

## UNIÓN TEMPORAL: UN ANÁLISIS SOBRE EL DESCONOCIMIENTO DE SU NATURALEZA JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES.

David Reales Ríos<sup>1</sup>

### Resumen

La normativa colombiana, contempla que es posible acceder al contrato estatal a partir de estructuras plurales en aras de garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, sin embargo, hace pocas distinciones entre la Unión Temporal y Consorcio más allá de establecer un régimen insipiente que determina la responsabilidad, lo cual, termina en una falta de delimitación precisa de la institución, desnaturalizando a la Unión Temporal pues en la práctica se desdibuja el alcance de la solidaridad que la norma prevé y termina aplicando ésta de forma absoluta respecto de los integrantes de la estructura.

Así las cosas, este artículo presenta una reflexión sobre los elementos in natura de la Unión Temporal, su régimen jurídico aplicable respecto de contratistas singulares y consorcios, para establecer como en los procesos sancionatorios se puede resolver la indeterminación a partir de un esquema progresivo y fundamentado en principios para la aplicación de sanciones. Por último, se presentan conclusiones fundamentadas en un estudio dogmático y jurisprudencial sobre la causa, estableciendo que la naturaleza se encuentra determinada en la forma en que asumen los integrantes de la estructura plural la responsabilidad en el marco del proceso sancionatorio.

**Palabras Clave:** *Contratación Estatal, Fines del Estado, Unión Temporal, Consorcio, Responsabilidad.*

### **Abstrac**

Colombian law provides that it is possible to access the state contract from plural structures in order to ensure compliance with the essential purposes of the State, however, makes few distinctions between the Temporary Union and Consortium beyond establishing an insipient regime that determines liability, which ends in a lack of precise delimitation of the institution, denaturalizing the Temporary Union because in practice it blurs the scope of solidarity that the rule provides and ends up applying this in an absolute manner with respect to the members of the structure.

Thus, this article presents a reflection on the in natura elements of the Temporary Joint Venture, its legal regime applicable to individual contractors and consortia, to establish how in the sanctioning processes the indeterminacy can be resolved from a progressive scheme and based on principles for the application of sanctions. Finally, conclusions are presented based on a dogmatic and jurisprudential study on the cause, establishing that the nature is determined in the way in which the members of the plural structure assume the responsibility within the framework of the sanctioning process

**Key words:** *State Contracting, State Purposes, Temporary Union, Consortium, Responsibility.*

## Introducción

Por mandato Constitucional, dentro de los fines del Estado está garantizar a la población las condiciones mínimas de subsistencia de manera digna, esto, a través de derechos y servicios públicos. Sin embargo, el Estado no cuenta con la capacidad operativa para resolver todas las obligaciones que surgen en el entramado social ni abastecer sus propias necesidades de funcionamiento e inversión.

Para lograr cumplir la precitada función se apoya en terceros a través del contrato estatal, entendiendo este instituto jurídico como un acuerdo tendiente a proveer obras, bienes y servicios para una entidad estatal cumpliendo las directrices constitucionales y legales, acuerdo que se debe realizar con ciertas condiciones para la protección del patrimonio público.

Skocpol (1985), expone como los privados deben hacer acuerdos con el Estado, de tal manera que se permita llevar la prestación eficiente de los servicios que hacen parte de los fines esenciales del Estado, el contrato estatal, entonces se convierte en un medio de optimización de recursos para la prestación de los fines, haciendo que se tercerice la prestación del servicio o la consecución de bienes, haciendo que el Estado pueda cumplir con su función.

Así las cosas, con el fin de acceder a un contrato estatal como forma de colaboración los interesados concurren por regla general por medio de licitación pública (artículo 2.1 de la Ley 1150 de 2007) y de manera excepcional mediante selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, así como la mínima cuantía y la invitación pública para convenios ESAL, los cuales son mecanismos para seleccionar al futuro contratista que procuran garantizar la igualdad, transparencia y selección objetiva.

En ese sentido, la Unión Temporal, es un mecanismo que establece el estatuto de contratación por medio del cual varios interesados pueden unir esfuerzos técnicos, financieros y económicos para concurrir a un proceso de selección como un oferente plural, estableciendo que el tratamiento que se le da, bajo el principio de igualdad, es el de un oferente singular, por tanto, responde a la posibilidad de acceder al contrato estatal a partir de las diferentes integraciones propias del mecanismo.

El régimen sancionatorio del contrato estatal se encuentra plasmado en la norma jurídica de manera general, es decir, es aplicable para consorcios, uniones temporales, personas jurídicas y naturales, no obstante, se identificó que debido a la naturaleza de la unión temporal este régimen general debe observar ciertos parámetros que respeten la naturaleza del instituto al momento de su aplicación con el fin de que esta figura en particular no sea tratada como un consorcio.

Por lo anterior, la presente investigación busca establecer las causas que desde la imposición de sanciones podrían llevar a la desnaturalización jurídica de la unión temporal en Colombia, haciendo un análisis documental sobre el particular, para que de ese modo sea posible identificar la natura propia de esta figura jurídica, así como las sanciones que se derivan del incumplimiento a partir de un análisis *lege data* de orden hermenéutico constitucional y los elementos a tener en cuenta para no desconocer la naturaleza de la unión temporal al momento de aplicar el régimen sancionatorio del contrato estatal.

Esta investigación, busca establecer cuáles son los vacíos normativos que existen frente a la unión temporal en materia sancionatoria dentro del contrato estatal, por tanto, resulta ilustrativa toda vez que pretende identificar la naturaleza jurídica de la unión temporal para poder establecer si existe un elemento desnaturalizante en la imposición de sanciones.

También, como elemento consecuente, es importante estudiar la inexistencia de una ponderación respecto a la imposición sancionatoria o un orden determinado so pretexto de la ponderación material del incumplimiento imputable al contratista, a partir de esta investigación la administración, contratistas y proponentes podrán encontrar un insumo para determinar la forma de aplicación de sanciones en caso de unión temporal de modo que no se le de tratamiento de consorcio desnaturalizando de esta manera su figura, así como los pasos para llevar a cabo la aplicación de la responsabilidad solidaria y las sanciones

Es un documento investigativo de carácter cualitativo descriptivo con alcance analítico propositivo que busca responder a elementos de estudios sociales no cuantificables por la forma en que se estructuró la pregunta-problema, es decir, se plantea una monografía de tipo reflexiva como producto final de este trabajo desde una investigación hermenéutica sistémica, el cual se presenta en tres acápites, uno de estudio de la naturaleza de la institución, otro de análisis normativo aplicado y por último una propuesta a partir de los principios.

## **I. Naturaleza jurídica de las Uniones Temporales en Colombia.**

El concepto de naturaleza jurídica permite establecer presupuestos lógicos, de orden discursivo que generan definiciones para la comprensión de las instituciones. En ese sentido, las Uniones Temporales en Colombia, cuentan con unas características propias de la esencia de esta forma asociativa, respondiendo a unos parámetros normativos, así como a los desarrollos jurisprudenciales y dogmáticos que existen en torno a esta figura y que permiten establecer su naturaleza. Bajo ese supuesto, este acápite realizará una construcción teórica que permita establecer las características que distinguen a la Unión Temporal de otras figuras asociativas, analizando su construcción teórica y jurídica.

En el caso de la Unión Temporal dentro de la contratación estatal en Colombia, gran parte de los aportes los ha realizado el Consejo de Estado, resolviendo cuestiones de orden contractual y puntualizando en los elementos compositivos, causas, elementos de la esencia y formas de aplicación; de modo que, su definición permite extraer elementos de la esencia respecto a la temporalidad, la finalidad y las exclusiones de responsabilidad de los integrantes de la parte plural y para efectos del objetivo central de este texto, la forma de aplicación de las sanciones, siendo estos los elementos propios de la naturaleza de esta figura contractual, aspectos que se desarrollan de forma más precisa en los acápites siguientes de este texto:

### **1.1 La Unión Temporal en Colombia.**

Las instituciones jurídicas tienen su formación a partir de las necesidades que surgen de los diferentes tipos de relaciones que se pueden entablar en el mundo del derecho. En ese sentido, M<sup>c</sup>Causland & Ávila (1998) plantean que la Unión Temporal nace como un instrumento para el desarrollo de una gestión determinada que una parte singular no tendría en principio la capacidad de realizar, su acierto comercial ha sido tal, que se lleva a la práctica del contrato estatal colombiano y se incorpora como un actor para el acceso al mismo en calidad de oferente.

Alexandra Jaramillo (2020) en su texto titulado *Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación* hace un recorrido histórico, rastreando las figuras de colaboración empresarial hasta los Estados Unidos, en donde en los años 50 se volvieron comunes los mecanismos para forjar institutos jurídicos como la unión temporal,

el consorcio, el Joint Venture entre otras, identificándolos como formas de colaboración conjunta para un fin específico. Tales instituciones, relata la precitada autora (Jaramillo, 2020), llegan a Colombia a partir de los años 80 con el proceso de apertura económica, siendo estructuradas como contratos atípicos para el derecho comercial, pero se positivizan en el año 93 con el Estatuto Nacional de contratación.

Rodríguez (1994) en su texto *Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la ley 80 de 1993. Con doctrinas y jurisprudencias* narra cómo el consorcio ya se implementaba a partir del decreto 222 de 1983. Mientras que, en España, en la Ley 18 de 1982 ya se establecía la existencia de las uniones temporales, sobre la historia del instituto ha dicho la Corte Constitucional que:

Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del "Joint Venture" del derecho americano o al "Peternish" de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica. En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto de que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica. (C.C, C-414/94, p. 6, 1994.)

En ese sentido, la figura de la Unión Temporal se incorpora en la legislación de manera típica respondiendo a la necesidad de aunar esfuerzos empresariales para acceder al contrato estatal, pues antes de esto, se aplicaba como un mecanismo de conjunción de esfuerzos mancomunados para la ejecución de una actividad de comercio propiamente dicha. Es de precisar, que antes de la entrada en vigor de la ley 80 de 1993 en Colombia no se utilizaba la figura de la Unión Temporal para contratos estatales, pues el instituto existente era el consorcio, introducido en el decreto 150 de 1976.

Dada la necesidad de separar las actividades, de manera clara y teniendo en cuenta una distinción respecto a la responsabilidad de parte; se incorpora en la Ley 80 de 1993 la Unión Temporal, diferenciándose del consorcio en cuanto a la posibilidad de separar las actividades que

cada asociado se compromete a ejecutar, sobre esta distinción de actividades recaen las sanciones las cuales atienden a dicha separación de acciones. Así mismo, el desarrollo de esta figura se ha construido a partir del desarrollo jurisprudencial, convirtiéndola en un instituto que se ha forjado en diferentes escenarios, la dogmática, el desarrollo legal y la construcción jurisprudencial; esta confluencia en la construcción del concepto ha permitido ampliar de forma significativa la discusión sobre esta forma de asociación.

Habrá que partir entonces de la naturaleza del derecho de asociación, el cual se manifiesta a través de una libertad positiva que se ha dado a quienes hacen parte del Estado para que desarrollen sus actividades en conjunto, comprendiendo una serie de actividades amplias para la práctica jurídica de este derecho. Por definición, las Uniones Temporales responden a una composición plural que indica un ejercicio pleno del derecho que se enmarca en el ordenamiento jurídico a partir de una norma constitucional.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de casación civil ha establecido en sentencia según expediente No 88001-31-03-002-2002-00271-01 proferida el 13 septiembre de 2006 con Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, que la unión temporal es un instrumento de cooperación en el cual de manera transitoria y sin ánimo de asociarse las personas unen esfuerzos para llevar a cabo determinado negocio, sin que se establezca una sociedad entre ellos por no reunir los requisitos del contrato de sociedad.

Por otra parte, el art 38 de la Constitución Política de Colombia, establece que “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.” (1991). Esto, expone la visión más amplia de las libertades económicas que se puedan encarnar en una estructura plural, pues a partir de esta definición la estructura sobre la cual se asocien las personas responde a un derecho que ha sido dado por una norma superior y que por tanto hace parte de sus libertades dentro del desarrollo de sus derechos.

La Unión Temporal, es entonces, una forma reglada de asociación que responde a la separación de responsabilidades y esencialmente el ánimo de aunar esfuerzos jurídicos, financieros o técnicos dentro del ejercicio de una libertad constitucional; a partir de esto, se puede establecer que su origen responde al del progreso de una actividad económica, es decir, su origen está en el desarrollo comercial, respondiendo a los intereses propios de la actividad económica en estricto

sentido, de modo que la primera causa que puede extraerse de la Unión Temporal, sería la de una necesidad de conjunción para la consecución de un fin específico: esto sin adentrarse aún en materia de contratación estatal. En términos de Hart (1961) responde a la construcción de una institución que nace del orden sistemático, pues se configura a partir de un presupuesto superior pero que en la práctica significa una cohesión económica, es decir, es la interacción entre derecho y comportamiento social.

Para Hart (1961), en su libro *El Concepto de Derecho* este tipo de figuras jurídicas tiene un modo de origen que parte del desarrollo social haciendo que la norma la positive como una libertad, por cuanto esta institución se plasma a partir de la forma en la que se perciben los fenómenos connaturales al hombre, para el caso en concreto, la asociación con miras a la responsabilidad limitada, responde a los intereses propios del ser humano, quien quiere maximizar su beneficio sin arriesgar su patrimonio propio.

Peña (2018), al realizar un análisis de los elementos compositivos de la Unión Temporal, establece que debe ser correspondiente a la integración sistémica con el resto del ordenamiento jurídico, pues su causa de formación debe encajar en los lineamientos hermenéuticos de carácter constitucional y legal, respondiendo a una serie de principios que deben manifestarse en la formación de la parte plural, pues los principios hacen parte del mandato legal que facilitan la interpretación de las instituciones. Así las cosas, propone el autor, que los alcances de este instituto respondan a la materialidad del acceso al contrato estatal, permitiendo abrir el espectro a diferentes oferentes que quieren acceder al contrato y que por sí mismos no podrían, generándose la idea de una apertura de los procesos que amplía el espectro de oferentes y que es concordante con la carta política que busca materializar mayor cantidad de oportunidades para la mayor cantidad de sujetos posibles.

Esto, podría constituir una suerte de democratización del acceso al contrato estatal, que históricamente se ha visto limitado a ciertos oferentes que cumplen con las condiciones técnicas y financieras solicitadas sobre todo para proyectos de gran envergadura. Bajo este nuevo supuesto, las partes plurales son parte de la respuesta legal al nuevo modelo de Estado que se había forjado a partir de la carta política de 1991, aplicando los principios maximizadores de oportunidades que el Estado Social de Derecho propende por hacer valer en todas las actividades.



De igual forma, Yong, S. (2013), establece que las formas asociativas son un conjunto de esfuerzos que se suman para la participación dentro del contrato estatal, el consorcio y la unión temporal, son quizá las formas asociativas para tal fin por antonomasia, donde expone que debe tenerse en cuenta que ambas figuras colaborativas tienen elementos naturales que las separan en cuanto al tipo de responsabilidad que predicen y otros elementos que este texto desarrolla, lo anterior a fin de establecer la ontología de la unión temporal, así como su relevancia procesal.

La construcción del pensamiento del derecho occidental en términos de obligaciones de la Unión Temporal está determinada por la noción de la mancomunidad frente a las obligaciones, es decir, que en caso de incumplimiento en la ejecución de un componente del contrato estatal el integrante que ha cumplido con sus obligaciones debe entrar a ejecutar las actividades de su asociado incumplido, esto en virtud de la premisa de garantizar los fines del Estado.

Para cuestiones en la materia de estudio propiamente dichas, el estatuto de la contratación estatal refiere en el numeral séptimo del artículo séptimo, que una de las formas asociativas para acceder al contrato estatal es la unión temporal, la cual describe como:

Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. (Ley 80, 1993, art.7 núm7)

Tras la descripción legal del instituto jurídico, la Unión Temporal en Colombia se define como una forma asociativa con único propósito de carácter comercial en sentido amplio, se trata de la conjunción de esfuerzos para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, es por tanto que se trata de una figura cuya causa está definida en un sentido *lege data*, que se manifiesta en la intención de ser contratista del Estado, cumpliendo las funciones propias del contrato y no la de ser una figura asociativa permanente como las establecidas en la ley comercial.

## **1.2 Características de la Unión Temporal.**

Las características de la Unión Temporal, no se encuentran prescritas en el estatuto contractual de manera precisa, el desarrollo ha sido jurisprudencial por lo que debe entenderse que existen una serie de elementos dispersos en las diferentes normas sobre contratación contenidos en los artículos 9 y 13 de la ley 80 de 1993, así como las modificaciones respectivas de la ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011, que por demás el estatuto contractual establece una serie de elementos constitutivos de esta figura: El primero, responde al elemento temporal, pues esta figura de agrupación tiene límite en el tiempo toda vez que persigue un propósito específico, el cual de completarse deja sin efectos esta figura y de no alcanzarse también; El segundo, corresponde al elemento determinador, es decir, aquello que permite establecer sin ninguna contrariedad la esencia, pues el fin de la institución es acceder y ejecutar el contrato estatal, no corresponde a un objeto social sino a uno contractual y el tercero, es el elemento sancionatorio, el cual establece que quienes conforman el extremo plural solo responderán de acuerdo con su participación en la ejecución.

En ese sentido, La Unión Temporal, manifiesta el ejercicio de la libertad de asociación en uso de la libertad contractual, esto quiere decir, que conjuga en una misma figura dos libertades positivas que se desarrollan en el marco de una relación entre particulares y el Estado, y suscitan esfuerzos para acceder al contrato estatal, buscando siempre el resultado más benéfico para los conformantes, quienes están motivados por una causa económica.

En consecuencia, Álvarez (2012) precisa, que si bien las partes plurales no representan una persona jurídica propiamente dicha, sí son sujetos de obligaciones y a su vez cuentan con una capacidad legal propia de la parte, existiendo además un régimen individual para la interpretación jurídica de los actos de parte dentro del contrato estatal, actos como por ejemplo la presentación de la oferta, la ejecución contractual, así como el régimen sancionatorio que debe existir diferenciando las partes plurales desde su constitución y otorgamiento de capacidad. Es decir, nacen una serie de obligaciones individuales y colectivas, que de suyo propio se conjugan en la figura de la Unión Temporal como persona plural que se ha creado para el fin contractual específico, desde la presentación de la oferta hasta la liquidación del contrato de haber sido adjudicado, teniendo claridad permanente sobre la responsabilidad limitada de los integrantes

sobre cuestiones sancionatorias, lo cual, hace atractiva esta figura frente otras como el consorcio en donde la responsabilidad en materia sancionatoria es solidaria.

Sobre la existencia de la Unión Temporal en la vida jurídica, se debe precisarse que:

no es una persona jurídica, sino una modalidad de contrato asociativo no tipificado en la nuestra legislación [comercial], por lo que quienes la conforman, tienen amplia libertad para determinar los efectos y alcances del convenio que le da origen, entendiéndose que la responsabilidad de sus miembros es solidaria y mancomunada como ya se indicó, respecto de todas y cada una de las obligaciones que se deriven del contrato estatal, y frente a un eventual incumplimiento sus miembros se afectan de acuerdo con la participación que cada uno de ellos hubiere tenido en el contrato. (Superintendencia de Sociedades Concepto 220-139030)

Esta delimitación de carácter contractual, permite a los vinculados, establecer una serie de disposiciones dentro de su derecho de asociación que están al margen de las cuestiones del contrato estatal y que corresponden en primera medida a una relación privada entre los conformantes, quienes se obligan con el Estado en una sola relación común, pero cuyo vínculo entre ellos está mediado por la libertad propia que propicia el principio de autonomía de la voluntad privada entendido como una facultad dispositiva de los intereses propios.

Es de aclarar que, aunque la superintendencia de sociedades la incorpora como un instituto innominado, porque se refiere a su asiento comercial de orden privado; la ley 80 de 1993 lo tipifica en su articulado y lo diferencia desde las cuestiones sancionatorias ya expuestas, pues estas son las que determinan la naturaleza de la institución. Sin embargo, es pertinente recordar que existe una asunción del riesgo común por parte de quienes han constituido la estructura plural, quienes deben tener claro un sistema integral de riesgo pues son ellos los llamados a cubrirlos siendo consecuentes con la misma libertad que el ordenamiento les ha otorgado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

La coincidencia espacial que provoca la conformación de un nuevo ente es capaz de dar lugar a un incremento de los riesgos inherentes a la actividad productiva y de generar nuevos riesgos. Por tal razón, quien se encuentra en mejor posición para su prevención y gestión es el nuevo ente conformado. (C.S.J, SL462/21, p, 12, 2021)

En igual sentido, pero por parte del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la diferencia fundamental entre la composición de esta figura asociativa y el consorcio diciendo lo siguiente:

No obstante, en la unión temporal, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en mención deben imponerse según el grado de participación de cada miembro en la ejecución de estas, mientras que los integrantes de los consorcios responden solidariamente frente a las sanciones. (C.E, Sección Tercera, No 25000-23-27-000-2003-02200 01 (16883), p. 7, 2015)

En el derecho argentino en comparación con el colombiano, existen similitudes respecto de la distribución de las obligaciones y responsabilidades, según expone Fabris (2004) la distribución se da en función de la participación, lo que implica que la responsabilidad no es solidaria sino distribuida a prorrata. Enfatiza la autora, que la legislación aplicable a este instituto jurídico es la legislación mercantil, lo que la vuelve una parte comercial plural que se rige bajo las normas del derecho privado, por tanto, la responsabilidad se entenderá bajo el principio de autonomía de la voluntad privada, es decir, por el acuerdo entre las partes constituyentes.

Esta figura de la solidaridad mancomunada del derecho argentino resulta interesante, pues corresponde a la capacidad de las partes de establecer su propio régimen de responsabilidad. Esto amplía la capacidad privada de las partes de establecer sus condiciones de funcionamiento internas y su capacidad de afrontar el incumplimiento según lo tengan previsto, lo cual es el resultado de un examen de la gestión del riesgo de la contraparte en la ejecución de la obligación.

Entre otras características, en Colombia, la Unión Temporal se configura por medio de documento privado, lo cual, maximiza su naturaleza empresarial y dado su objeto determinado existe la noción de temporalidad. Se designan representantes, a quienes en el documento de constitución se les otorga ciertas facultades, en el mismo documento se establecen juntas directivas, nombramiento, reuniones, formas de contabilidad, mecanismos para la resolución de conflictos, así como cualquier otra cláusula que no sea contraria a la ley o al pliego de condiciones.

En cuanto a cuestiones tributarias, a la Unión Temporal se le otorga un Número de Identificación Tributaria: Si es objeto de adjudicación y con esto se le dan ciertas responsabilidades con el fisco; importante indicar que por mandato legal es discrecional si la facturación la hará la Unión Temporal o cada integrante por separado según las actividades o un solo integrante.

En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7o., puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes (Exposición de motivos Ley 80 de 1993)

La causa, por tanto, en términos de Habermas (1984) se define como la motivación que las partes de la relación jurídica tienen para tomar una determinada decisión con efectos jurídicos hacia el futuro. Bajo esta lógica, desde la acción comunicativa, la causa se manifiesta en el interés de acceder al contrato estatal por medio de una parte plural que solo se compondrá para tal fin, existiendo una relación teleológica donde la Unión Temporal es el medio.

La causa de la unión temporal, responde a la cohesión de esfuerzos entre distintas personas que se agrupan en una sola parte plural para poder cumplir con los requisitos que la administración ha establecido para acceder al contrato estatal, en ese sentido, la unión temporal se ha visto como una figura de asociación con responsabilidades previamente establecidas en el documento de constitución frente a la presentación de la oferta y ejecución del futuro contrato estatal y, la unión temporal es entonces

(...) un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad, que consistiría en la realización de obras o en la prestación de determinados servicios, mediante la asociación de los sujetos interesados en tales resultados. (Stancanelli, 1972, p. 1229)

Por lo anterior, la institución es una consecuencia determinante de una voluntad previa, que se enfoca únicamente en el resultado económico y que por tal razón cuenta con un régimen jurídico especial para acceder al contrato estatal; estableciendo que su conformación es un acuerdo comercial de carácter transaccional que se finaliza con el resultado obtenido o con la no consecución del fin planteado.

En España,

El principal marco de referencia legal de las Utes radica en la ley 18 de 1982, del 26 de mayo, sobre el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional, donde se regulan sus principales rasgos definitorios. Como se ha expuesto, las Utes carecen de personalidad jurídica propia y no deben inscribirse en el registro mercantil, siendo la responsabilidad de sus socios solidaria e ilimitada y, respecto a su duración, aunque la misma es indefinida, no podrá superar los cincuenta años. (Platero, 2017, p112)

Esto, denota que existe una característica disruptiva fundamental entre los ordenamientos español y colombiano, el régimen de responsabilidad es claro respecto de la forma asociativa en un sentido *lege lata* para el ordenamiento español, mientras que, en el ordenamiento colombiano si bien es cierto que la norma no establece la aplicación de la solidaridad total, la interpretación *lege fenderere* ha llevado a que se aplique en algunos casos la solidaridad total e ilimitada sin ningún matiz que atienda a la norma jurídica. En el mismo país, el consocio es una figura de derecho público por ejemplo, la cual resulta de la asociación entre personas de derecho público, limitando la participación de privados a la estructura de Uniones Temporales.

Entre otras características, en Colombia, la Unión Temporal se configura por medio de documento privado lo cual maximiza su naturaleza empresarial. Dado su objeto determinado existe la noción de temporalidad pues una vez obtenido el cumplimiento de lo pactado la Unión se disuelve. En cuanto a cuestiones tributarias, a la Unión Temporal se le otorga un número de identificación tributaria (NIT), si es objeto de adjudicación y con esto se le dan ciertas responsabilidades con el fisco. Es de mencionar, por mandato legal es discrecional si la facturación la hará la Unión Temporal o cada integrante por separado según las actividades o un solo integrante.

La Unión Temporal, según el artículo 13 de la ley 80 de 1993, tiene implícito la responsabilidad solidaria de las partes quienes se obligan a responder solidariamente por el cumplimiento del objetivo. Esto puede verse como dos características, la primera, el objeto es común a los integrantes de la estructura generando un esfuerzo común que conlleva dicho

resultado, el segundo, que si bien no se endilga una responsabilidad común para efectos sancionatorios, sí se hace para efectos de cumplimiento de las obligaciones.

Por su parte, en los Estados Unidos, se habla del contrato de Joint Venture, el cual tiene un desarrollo que avizora la contratación pública internacional. La Association of Corporate Counsel (2015) bosqueja que el futuro de la Unión Temporal en ese país será de carácter trasnacional, pues el mundo globalizado lleva a la estructuración de nuevos elementos que deben tenerse en cuenta en la pluralidad de sujetos que componen la Unión. En ese sentido, la asociación plantea que lo primero que debe resolverse para llegar a este estado es la distribución nominativa de los impuestos entre los partícipes y sus Estados de origen.

Según el mismo documento de la Association of Corporate Counsel (2015), en los Estados Unidos, existe un régimen específico de protección a Stake Holders de la Uniones Temporales, lo que facilita la resolución de conflictos específicos relacionados con la ejecución contractual, en ese orden, no es necesario acudir a diferentes jurisdicciones o procesos distintos para cada caso, existiendo entonces, un juez ómnibus que puede resolver los inconvenientes presentados entre la parte plural y sus grupos de interés.

Una característica común del derecho brasilero, uruguayo, argentino y colombiano es que las uniones temporales no configuran una persona propiamente dicha, por tanto, carecen de patrimonio sin perjuicio de que puedan constituir fondos económicos comunes para el desarrollo de su actividad comercial (Fabris, 2014). Parece ser, que las características formales de la Unión, son similares, lo que responde a un proceso de formación e incorporación común del derecho en América Latina.

Ahora bien, los integrantes de la estructura plural deben acreditar ciertos requisitos de manera independiente a la Unión Temporal, requisitos tales como la capacidad jurídica, la cual debe verse traducida en que el objeto social individual les permita adelantar el objeto del contrato. También el representante legal debe tener capacidad y cada uno de los miembros debe estar inscrito en el registro único de proponentes RUP según el mecanismo de selección al que desean concurrir.

Así las cosas, los miembros deben acreditar la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades, estar a paz y salvo en obligaciones de seguridad social y parafiscales, entre

otros elementos jurídicos y financieros. A nombre de la estructura plural debe tenerse claridad sobre las garantías de seriedad de la oferta o de cumplimiento que son a nombre de la estructura y que de suyo propio debe velar por la presentación oportuna de los documentos que acrediten estas garantías. El factor determinante de la naturaleza, a partir de la revisión dogmática y jurisprudencial, tiene que ver con la imposición individual de sanciones, pues este elemento califica como propio de la esencia de este instituto. La Unión Temporal, se distingue por la limitación en la responsabilidad que deviene de la capacidad administrativa-sancionatoria del Estado, pues cuenta con un clausulado legal que la limita a la participación en la ejecución de los conformantes.

Por otra parte encontramos como característica, la legitimidad en la causa de la Unión Temporal, en Fallo con Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00677-01(39945) del Consejo de Estado, disponiendo que la estructura plural tiene legitimación por activa y por pasiva, sin requerir que todos los integrantes concurren como demandantes o demandados individuales, pues como estructura es el titular de un interés jurídico de orden procesal que le es dado de suyo propio, el cual es de carácter litigioso e involucra a sus miembros por sustracción

Sobre los porcentajes de participación que se asignan en la conformación, debe precisarse que no tienen una más función más allá de la precontractual para efectos de calcular los indicadores financieros y de capacidad organizacional además de habilitar a la estructura para acreditar ciertas condiciones ponderables (incentivo vinculación de personal en condición de discapacidad, emprendimiento de mujeres, incentivo Mipyme) y de desempate, pues en la etapa contractual y sancionatoria lo que vale es la participación en la ejecución, pues esta es la forma en la cual los integrantes se comprometen a ejecutar el contrato a partir de la división estratégica.

En el momento de la conformación de la Unión Temporal, los integrantes tienen amplia discrecionalidad pues tienen capacidad de decisión en cuanto a nombres, obligaciones, extensión, mecanismos alternativos de solución de conflictos, facultades del representante, contabilidad, administración o facturación. Sin embargo, en otras no pueden disponer de autonomía, por ejemplo, frente a cesión de la participación a terceros o a otros integrantes sin autorización de la entidad, deber de informar a la entidad contratante si algún integrante le sobreviene una inhabilidad, en ese caso se debería ceder la participación. Sobre el particular encontramos:



Se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes (C.E, Sección Tercera, No 2015-00726-01 (61324), p. 12, 2019)

Por tanto, la figura de la Unión Temporal se caracteriza por la limitación de la responsabilidad que se deriva de la capacidad administrativa-sancionatoria del Estado, mediante la cual no se puede imponer una medida a toda la estructura; esto se debe a que la Unión Temporal cuenta con un clausulado legal que limita la participación en la ejecución de los conformantes, de modo que, la naturaleza de la imposición de sanciones y la limitación de la responsabilidad de la Unión Temporal son dos temas relevantes en el ámbito jurídico que tienen implicaciones importantes en la práctica. Es importante tener en cuenta estas cuestiones al tomar decisiones sobre qué tipo de figura jurídica es más adecuada para llevar a cabo determinados proyectos y al estructurar los contratos, especialmente frente a la responsabilidad dentro del régimen sancionatorio.

## **II. Régimen sancionatorio de las Uniones Temporales**

La literatura, hasta este momento, se encamina a cuestionar el planteamiento que ha tomado la administración frente a la imposición de sanciones a la unión temporal, a nivel jurídico porque en algunos casos desconoce que existe una diferenciación legal dada por la norma jurídica y a nivel epistémico, pues desconocen completamente la concepción de la Unión temporal en el derecho occidental, desde su naturaleza conceptual y desde la aplicación de los principios sancionatorios.

Sobre lo anterior, la agencia nacional de contratación estatal, Colombia Compra Eficiente, ha dicho que:

En otras palabras, la diferencia entre un consorcio y una unión temporal radica en la forma en la que se aplican las sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento, pues

mientras en el primero todos responden solidariamente por la sanción impuesta, en la unión temporal cada miembro responde de acuerdo con su porcentaje de participación en la ejecución del contrato. (Colombia Compra Eficiente, p. 8, 2016.)

Sin embargo, el concepto permite inferir que no existe claridad sobre la interpretación del articulado legal, pues el concepto limita la naturaleza a la aplicación de las multas y cláusula penal, las cuales, versan sobre cuestiones pecuniarias que se imponen de acuerdo con la participación en la ejecución, pero olvida la caducidad, así como la declaratoria de incumplimiento que es el paso previo a la ejecución de la cláusula penal. Es de aclarar, que no es viable declarar el incumplimiento del contrato en contra de la Unión Temporal cobrando solo al integrante incumplido, pues el acto administrativo de incumplimiento per se afecta directamente al integrante cumplido, aunque no tenga que pagar multa.

Calle & Solorzano (2012), desarrollan una característica importante de este modelo asociativo, si bien no corresponde a una persona jurídica y está conformada en pluralidad, existen ciertas responsabilidades tributarias que se derivan de esta figura y que por tanto son susceptibles de ser declaradas ante la autoridad de recaudo, pues este elemento es parte de todo un régimen especial de tratamiento para las operaciones que realizan.

Retomando el aspecto sancionatorio, que resulta un elemento propio de la naturaleza de la Unión Temporal, Zambrano (2021) establece que la imposición de sanciones debe responder necesariamente al debido proceso, buscando siempre dos aspectos a tener en cuenta: El primero, la imposición de la sanción debe responder a un análisis de proporcionalidad y razonabilidad respecto del grado de daño que sea causado con la conducta u omisión del contratista o al nivel de incumplimiento, segundo, el debido proceso también se predica respecto de la forma constitutiva de la parte plural que está ejecutando el contrato, pues a partir de la forma de constitución se aplica determinado régimen de responsabilidad.

Sobre la proporcionalidad, debe decirse, que la norma la deja expresa, en cuanto establece que la sanción se impone en función de la participación y no como una unidad jurídica inamovible, pues de hacerse de ese modo, se estaría imponiendo una carga a las partes de asumir sanciones que no les corresponden, desconociendo un elemento normativo que por disposición expresa establece el régimen de responsabilidad de esta institución con respecto a sus conformantes.

Por lo expuesto se puede inferir: La constitución de una Unión Temporal se hace con el fin de separar las obligaciones de cada integrante ya sea por especialidad o financiamiento, pero en la práctica por la imprecisión de la norma jurídica se podría asumir un tratamiento diferente frente al régimen sancionatorio, es decir que es posible que las entidades públicas estén tratando a las uniones temporales como si fueran consorcios generando que se desconozca el espíritu de la norma jurídica.

Por otra parte, la legislación establece que las sanciones son de acuerdo con la participación en la ejecución. Esta afirmación ha sido interpretada de manera amplia, pues en la praxis se ha llevado a interpretar que la participación en la ejecución hace referencia a los porcentajes de participación que tienen los integrantes, sin embargo, la participación en la ejecución obliga a la entidad contratante a revisar las obligaciones o actividades que cada integrante se comprometió a llevar a cabo en el ejecución del contrato, las cuales, hacen parte del documento constitutivo de la Unión Temporal para poder determinar de manera objetiva a que integrante sancionar, de ahí que se plantee que existe un espectro amplio de interpretación.

A continuación, se encuentra un breve resumen de las diferencias principales entre la Unión temporal y el Consorcio.

<b>Consorcio</b>	<b>Unión Temporal</b>
Solidaridad en todos los aspectos contractuales (ejecución y sanción).	Solidaridad frente al cumplimiento del contrato (ejecución), para sanciones no existe solidaridad se debe examinar que integrante asumió en el documento de constitución la responsabilidad de ejecutar la actividad incumplida.

Tabla 1 Realizada por el autor

## **2.1 Proceso administrativo sancionatorio contractual.**

Ahora bien, el proceso sancionatorio responde a la capacidad de coacción del Estado, respetando una serie de regulaciones y principios para la protección de las partes afectadas en el proceso; pero en esencia es la manifestación clara de la capacidad de la administración para hacer cumplir los fines del Estado que han sido confiados en actividades asignadas a un tercero

contratista. Este proceso, debe cumplir con una serie de condiciones, las cuales deben supeditarse siempre al respeto de las garantías procesales que deben predicarse de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, dado que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual responde al Ius Puniendi del Estado (Mora, 2021), tiene dos elementos fundamentales para su entendimiento; el primero, responde a la noción de la protección del interés general y el segundo, es la forma descriptiva de las conductas sancionadas así como las garantías propias de las partes afectadas.

Rodríguez (2017) establece que la noción de proceso administrativo sancionatorio está incorporada al derecho colombiano desde el derecho francés, puesto que en este país ocurrieron las primeras teorizaciones desde tribunales especializados en asuntos administrativos, teniendo ellos el primer aporte a la noción de ordenamiento ajustado a directrices superiores, valoración de principios y tribunal especializado para asuntos administrativos, así las cosas, a la fecha, sus asuntos contractuales con la administración se resuelven ante el Consejo de Estado modelo que se replica en Colombia.

Lo anterior hace que los procesos en América Latina sean similares, pues existe una raíz europea común en la apropiación de las instituciones jurídicas, no obstante, lo que diverge es la forma en la que se entiende la responsabilidad y los alcances que se le dan a la autonomía de la voluntad privada en términos de la forma en que se establecen los regímenes de responsabilidad individual al interior de la parte plural.

Frente al primer elemento, es connatural al proceso de contratación la idea que la ejecución del presupuesto hace parte de una serie de actividades que se desarrollan en pro de los administrados, desplegándose el entendido de interés general. Ahora bien, respecto al segundo elemento mencionado, la descripción responde a la garantía legal derivada del debido proceso como un principio constitucional, pues establecer la preexistencia de la conducta, su sanción y los principios que la rigen, permite a quien está siendo objeto de juicio de reproche conocer cuáles son los alcances del proceso así como los elementos jurídicos propios de la actuación para poder ejercer una defensa adecuada como manifestación del principio de contradicción que es connatural a quien está siendo objeto de pronunciamientos.

Para Gómez (2020a) el proceso sancionatorio contractual es parte de la capacidad del Estado para proteger el Estado Social de Derecho, pues existe una dinámica teleológica entre el contrato estatal y el cumplimiento de los fines del Estado, haciendo que los medios para proteger la figura contractual respondan a la importancia de los fines mismos. Para ello, plantea el autor que los mecanismos legales designados para tal fin deben estar provistos de una estructura basada en principios para maximizar la efectividad de su aplicación.

El art. 86 de la ley 1474 establece que “Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.” (2011), siendo estos los mecanismos adoptados por el ordenamiento colombiano proteger los recursos del Estado y la satisfacción de los fines de este.

Así las cosas, el mismo artículo establece que el proceso a grandes rasgos cuenta con tres momentos, el primero, la citación a audiencia para debatir el hecho ocurrido, el segundo, la realización de la audiencia propiamente dicha, en donde se realizará el debate probatorio y el tercero, la decisión de fondo e imposición de sanción. Esto implica, una lógica articulada en donde el juzgador debe tomar en consideración los argumentos de ambas partes, sin embargo, es de anotar que todo el proceso ocurre bajo una lógica inquisitorial.

Sobre el contenido del acto que cita la audiencia, el mismo artículo establece que debe tener una imputación fáctica y una imputación jurídica sobre la calificación de la conducta sobre la cual versa el procedimiento para la imposición de una sanción, toda vez que esto responde a un ejercicio de rigurosidad del derecho, en el cual, la administración debe tener clara la acusación que está realizando pues las consecuencias económicas derivadas del procedimiento son consecuencias que podrían llevar al detrimento patrimonial.

Gómez & Mora (2011) exponen que el criterio administrativo sancionatorio, es solamente una parte de todo un engranaje sistémico de responsabilidad que puede derivarse desde un acto o una omisión que haya dado inicio a un incumplimiento del contrato estatal y que por tanto se derive en una sanción; dentro de ese orden sistémico el régimen de responsabilidad aplicable corresponde a un conjunto de normas que van desde el procedimiento sancionatorio administrativo hasta el derecho penal como última ratio en los casos que así lo ameriten.

Aunque en términos generales se ha descrito el proceso sancionatorio, está bien claro que enfrente de la unión temporal propiamente dicha, si bien el proceso es el mismo, dada su naturaleza, la imposición de la sanción debe ser fijada de conformidad con las actividades que se acordaron realizar en cabeza de cada integrante para la ejecución al momento de constitución y en términos prácticos que uno de los elementos de la estructura plural genere un incumplimiento no puede afectar sancionatoriamente a quienes no tienen que ver con esta conducta.

Esto implica que en algunos casos el fallador o quién va a emitir el concepto de fondo sobre las cuestiones sancionatorias, en uso de su discrecionalidad termine confundiendo las figuras jurídicas del consorcio y la Unión Temporal, pues la norma adjetiva no establece un régimen particular o siquiera una norma aclaratoria sobre el particular, terminando en muchas ocasiones en una sanción que no reconoce los principios propios del ordenamiento sustantivo y que desnaturaliza las instituciones jurídicas.

Ahora bien, es de reconocer que la normativa sancionatoria está diseñada para aplicarse a contratistas singulares y consorcios al tener responsabilidad solidaria en todos los aspectos, lo cual genera que no se tenga un reconocimiento especial en cuanto a lo sancionatorio para la Unión Temporal, haciéndose necesario un trato diferencial desde la norma adjetiva que reconozca los elementos sustantivos de este instituto jurídico. Para Albarracín (2021) la falta de descripción normativa del instituto procesal de la Unión Temporal, termina convirtiéndose en un riesgo frente a la asignación de funciones, la descripción del procedimiento sancionatorio o el establecer efectivamente la participación real de las partes de la estructura plural. Lo anterior, tiene como consecuencia lógica el defecto de conformación normativa que terminó asumiendo quienes integran la estructura plural y que en términos sancionatorios lleva a la posibilidad de una aplicación equivocada el régimen sancionatorio.

Esta tesis, se puede complementar por lo expuesto por Ramírez (2018) quien explica cómo en el mundo globalizado existe un riesgo inherente a las figuras asociativas, pues estas figuras permiten una serie de mezclas de recursos que evaden de alguna manera los controles naturales de una persona jurídica o natural, por tanto, la autora considera que todos estos riesgos deben asociarse para la generación de un sistema integrado de riesgo que permita determinar en términos

de cooperación las estructuras jurídicas y normas aplicables para endilgar responsabilidad de cualquier clase a las estructuras plurales.

Es menester mencionar que, en aras de cumplir con el debido proceso, al procedimiento sancionatorio se le aplican una serie de principios como normas de interpretación hermenéutica y como guías del procedimiento propiamente dicho: de suyo propio, se tiene que destacar el debido proceso como un mandato constitucional, el derecho de contradicción que se materializa a través de la interacción en audiencia y con la posibilidad de aportar pruebas por parte del contratista.

Aclara Gómez (2020b) que si bien los principios parecen estar orientados hacia la protección del contratista como extremo débil de la relación jurídica, existe un principio que se configura en favor de la administración y es el principio de discrecionalidad tal como menciona el autor, este principio le permite establecer a la administración la adecuación jurídica necesaria para la imputación del título jurídico sobre el cual se va endilgar responsabilidad para posteriormente fijar la sanción, así mismo, si bien la sanción tiene unos parámetros normativos así como contractuales la administración es libre de recorrerlos en virtud del nivel de incumplimiento y la tasación del daño.

Para efectos procesales y cómo se mencionaba en el acápite anterior, la Unión Temporal podrá concurrir representada por quien las partes que conforman la estructura plural hayan designado como representante de la misma así como cada uno de los integrantes por separado quienes pueden concurrir con abogado o representados por quien para efectos ocupe el cargo de representante de cada una de las partes; esto garantiza, que tengan un asiento en la bancada de la defensa de sus intereses, no de forma meramente formal sino a través de una serie de acciones positivas que les permiten controvertir el procedimiento sancionatorio.

Bermúdez (1998), establece que las sanciones son todas aquellas retribuciones negativas que se le pueden imponer al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sanciones que de suyo propio están recubiertas por un imperativo legal que deviene de la norma jurídica. En ese sentido, en el marco sancionatorio del contrato estatal se encuentran como mecanismos de sanción multas, caducidad y declaración de incumplimiento que conllevan a la efectividad de la cláusula penal.

Sobre las multas, el Consejo de Estado, en sentencia del Exp. 28.875 del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa ha dicho que “La multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria” (C.E, Exp 28.875, p.1, 2014) esto quiere decir que se convierten en un mecanismo para conminar al contratista a que cumpla sus obligaciones, las multas son tazadas de acuerdo a los criterios legales y contractuales, que evidencian que existe una manifestación del poder punitivo del Estado en materia administrativa sancionatoria, en la cual, la administración en uso de los poderes que la ley le ha concedido para gestionar los mecanismos de coacción en aras de no generar un daño mayor al que el contratista incumplido ya ha generado. Respecto a la competencia temporal, el Consejo de Estado en el proveído ya mencionado indica que:

Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de estas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo. (C.E, Sección Tercera, Exp 28.875, 2014, p. 1)

Ahora bien, la cláusula penal por su parte se computa como un instrumento contractual que permite asegurar el cumplimiento de una obligación, la cual recae sobre la obligación principal y sus efectos sobre las secundarias, siendo un elemento de orden inter-partes que se activa ante el incumplimiento o retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales. Aunque esta figura se emplea en el contrato estatal, la fuente normativa es de carácter civil, pues la definición de esta cláusula está dada por el Art. 1592 del Código Civil, el cual expresa:

La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

Esta estipulación contractual tiene doble naturaleza, pues es un mecanismo coercitivo, pero también resulta una tasación anticipada de perjuicios a través de un análisis de riesgo frente al posible incumplimiento del contratista, este medio es un acuerdo inter-partes en el cual se



establecen los lineamientos frente al incumplimiento, ejecutar esta cláusula hace parte de los derechos de la administración, quien en todo caso deberá ser garante del debido proceso.

Buitrago (2014) expone que la estipulación contractual libra a las partes de la carga probatoria sobre la tasación de los perjuicios, debido a que se han pre calculado y de entrada se sabe cuáles son las condiciones de pago en caso de ejecución de la cláusula. Por lo anterior, la cláusula penal pecuniaria es un pacto contractual de orden accesorio que funciona como mecanismo para resarcir perjuicios ante la caducidad o la declaratoria de incumplimiento como resultado de un incumplimiento grave, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado en sentencia No 17009, consejero ponente Enrique Gil Botero.

En ese mismo sentido encontramos la declaratoria de incumplimiento que en las palabras del Ministerio de Vivienda expresa que:

Consiste en la manifestación de la administración y/o su declaratoria en sede judicial, respecto al incumplimiento de las obligaciones del contratista, de manera total o parcial o por su cumplimiento irregular o imperfecto, el cual puede ser declarado durante el plazo de ejecución o una vez vencido dicho plazo dentro del término establecido para su liquidación la cual puede ser declarada en sede administrativa. (Minvivienda, p.2, 2020)

García (2021), establece que la declaración de incumplimiento es un proceso que se desarrolla en la protección de los intereses del Estado y que por tanto hace parte del régimen de autotutela al cual están obligadas las entidades estatales, pues en procura del cumplimiento de este principio, el Estado debe generar una serie de condiciones para salvaguardar la integridad de las prestaciones sobre las cuales es acreedor frente a sus contratistas. Debe hacerse mención que en este proceso esta lineado y reglado a la luz del debido proceso como elemento de doble connotación, pues este funciona como derecho para las partes y como principio orientador para la actividad de declaratoria, bien sea en sede administrativa o en estrados judiciales.

Por otra parte, encontramos a la caducidad del contrato como otra sanción aplicable, referida en el siguiente sentido:

Es la sanción que impone la Entidad al contratista por hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, a través de acto administrativo

debidamente motivado en el que se da por terminado el Contrato y se ordena la liquidación del mismo en el estado en que se encuentre. (Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, p.13, 2018)

En sentencia 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) del 2013, proferida Consejo de Estado del Magistrado Enrique Gil Botero, se expone que la caducidad tiene consecuencias graves para quien es sancionado, pues el contratista queda en situación de inhabilidad e inhabilidad sobreviniente teniendo que renunciar a los contratos en ejecución y de facto se activa la cláusula penal para indemnización de la entidad, habrá que entender que en cuanto a la Unión Temporal, si bien es solidaria frente al cumplimiento, las implicaciones sancionatorias serán individualizadas respecto de la participación en la ejecución del contrato de conformidad con las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

Una vez determinadas las sanciones, debe establecerse que una de las bases del debido proceso es la identificación clara del sujeto pasivo de la sanción, entendiendo que la estructura plural no es persona y por tanto debe establecerse con claridad la distinción de figuras, es decir, diferenciar la Unión Temporal del Consorcio, pues en ambos casos la responsabilidad es solidaria frente a la ejecución pero frente a la sanción debe establecerse para las Uniones que estas son individuales a las partes pues desconocer este principio sería desnaturalizar la institución y confundirla con otra estructura.

Frente a esto, el tribunal de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa ha dicho que:

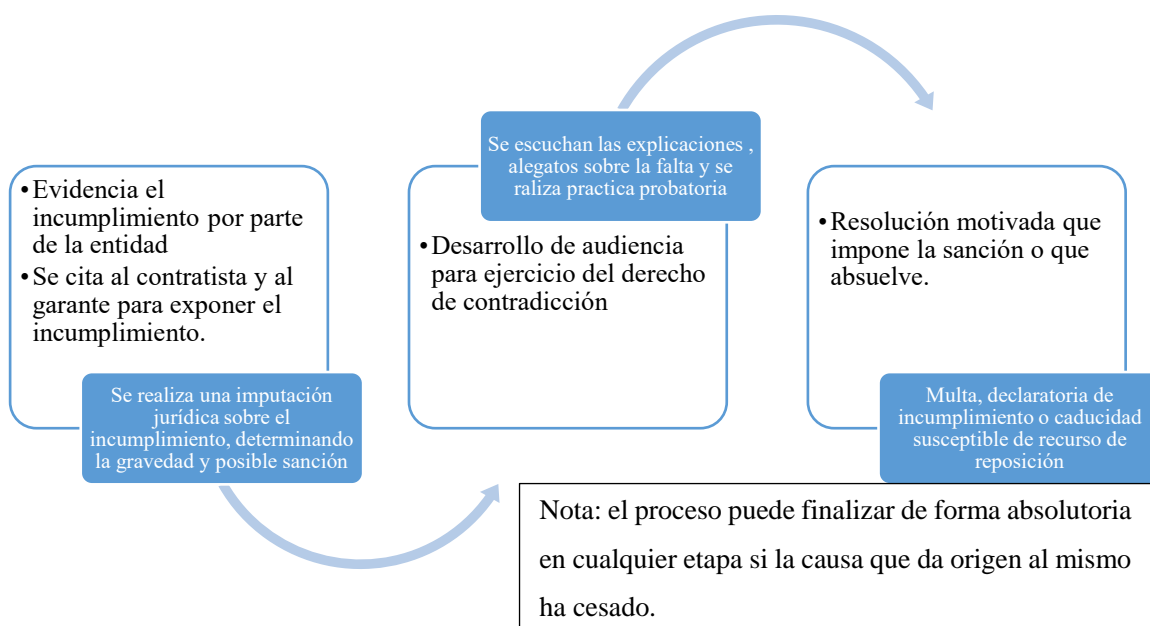
No obstante, en la unión temporal, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en mención deben imponerse según el grado de participación de cada miembro en la ejecución de estas, mientras que los integrantes de los consorcios responden solidariamente frente a las sanciones. Además, el consorcio y la unión temporal no son personas jurídicas sino la unión de personas para presentar una propuesta y celebrar y ejecutar un contrato con una entidad pública. (C.E, Sección Cuarta, No 25000-23-27-000-2003-02200 01(16883), p. 8-9, 2010)

Ahora bien, frente al criterio de ejecución solidaria, existe una indeterminación normativa que podría terminar generando que la entidad contratante trate a la Unión Temporal como un

Consortio. Esta indeterminación podría confundir al contratante entre la solidaridad de ejecución y la de la sanción, volviéndolas una sola especie de solidaridad y generando incertidumbre toda vez que la ley no menciona ni distingue, en qué momento y bajo qué parámetros se configura la responsabilidad solidaria.

### Gráfica 1

*Breve exposición del proceso sancionatorio.*



## 2.2 Régimen sancionatorio de las Uniones Temporales según la jurisprudencia

A continuación, se hace un análisis de diferentes sentencias que han tocado los temas administrativos sancionatorios respecto a las Uniones Temporales, estas sentencias han permitido establecer parámetros en cuanto a principios, procedimiento e interpretación de las normas jurídicas aplicables en los casos que hay lugar a una sanción para los contratistas, dichas sentencias se presentan en orden cronológico y se hace un análisis de relevancia de estas para el tema en particular.

En Sentencia C-472 de 2016 del magistrado Alejandro Linares Cantillo, la Corte Constitucional realizó un análisis del art. 32 de la Ley 80 de 1993, estableciendo que no debe haber

lugar a expresiones confusas o que generen incertidumbre en los procesos sancionatorios, toda vez que existe una correlación directa entre la taxatividad y la legalidad en materia sancionatoria; de igual forma constituye las bases constitucionales para la aplicación del principio de legalidad aplicable a los contratistas del Estado.

Se trata pues del desarrollo dogmático de los principios del Estado y del derecho, los cuales se correlacionan en materia administrativa sancionatoria para permitir que exista un proceso claro que no beneficia a ninguna de las partes sino que por el contrario imponga cargas respectivas, proporcionales, claras y que se desarrollan dentro del debido proceso como eje axial de todo el procedimiento sancionatorio, en ese sentido, el fallo interpola algunos elementos de carácter adjetivo para poder reivindicar la importancia del debido proceso como elemento articulador de toda la actividad de imposición de la sanción.

En sentencia con radicado No 11001-03-28-00-2014-00117-00, proferida por el Consejo de Estado, consejero ponente Lucy Bermúdez, confirmó la sanción de inhabilidad para contratar con el Estado impuesta a una unión temporal que había presentado documentos falsos en un proceso de contratación. El despacho de instancia consideró que se trataba de una infracción grave a los principios de transparencia y legalidad en la contratación estatal, lo cual llevó a pronunciarse sobre los márgenes de discrecionalidad, la proporcionalidad de la sanción y los alcances de la misma; la providencia amplía un poco la noción de la proporcionalidad de la sanción, pues si bien la norma no es clara sobre cómo se debe ponderar la misma, pues generalmente esto obedece a una estipulación contractual: es claro, que existen una serie de nociones que permiten al fallador establecer los grados de gravedad del incumplimiento, así como los grados de gravedad de determinadas conductas que generan inhabilidades por el tipo nocivo de comportamiento que afecta a los fines del Estado por las razones expuestas durante esta investigación.

Ahora bien en sentencia C-166 de 1995 del magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, precisa que las sanciones son el elemento coercitivo propio de esta clase de procesos y que por tanto generan transparencia al proceso de ejecución del contrato, de modo que se puede apreciar, un análisis respecto de las sanciones de dos maneras: La primera, como medida que ayuda a prevenir el incumplimiento y la segunda como como medida posterior de sanción por defraudación al interés

general, haciendo además la alta Corporación, un estudio histórico donde establece que los actos de corrupción en Colombia son cuestiones diarias y que por tanto deben tenerse mecanismos para mitigarla, como por ejemplo las sanciones dentro del contrato estatal.

En esta ocasión, el tribunal constitucional en su función de guarda de la constitución, genera un antecedente jurisprudencial que responde un poco a un problema histórico que debe tener ciertas contingencias desde la estructura propia del manejo de los recursos, pues la idea de estructurar sanciones obedece al criterio de prevención general negativa para evitar que se incurra en una conducta lesiva para el patrimonio público, dañosa para el interés general y que se retrase el cumplimiento de las obligaciones contractuales, las cuales han sido determinadas para solventar una necesidad así como materializar los fines del Estado.

Por otra parte encontramos también, la sentencia No 02298 de 2018 del Consejo de Estado, la Consejera Sandra Ibarra confirmó la sanción de multa impuesta a una Unión Temporal por no haber cumplido con los términos del contrato celebrado con una entidad estatal, todo bajo la premisa de un análisis estricto de cumplimiento en primera medida, aunado esencialmente al desarrollo de los principios de buena fe, eficiencia, eficacia, celeridad y las garantías que el Estado debe tener sobre las ejecuciones contractuales. En igual sentido la misma corporación hace un análisis del elemento central del contrato estatal, y desarrolla toda la ejecución del contrato; en ese sentido, precisa el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa que la premisa básica del proceso de ejecución es el cumplimiento estricto del contrato, pues este tiene implícita la buena fe, la eficacia y otra serie de principios que, de quebrantarse, hace al contratista merecedor de una sanción por incumplimiento.

En otro caso con el No de radicado 11001-03-27-000-2017-00026-00(23198) de 2019 del Consejo de Estado, el Consejero ponente Guillermo Alberto González Charry, establece que en el caso de las uniones temporales las cláusulas contractuales son obligatorias para toda la estructura plural y que no se puede argumentar que por disenso entre los miembros de la estructura plural no se pueden cumplir obligaciones específicas, pues de manera solidaria se han obligado al cumplimiento de las mismas desde la adjudicación del contrato. En esta providencia, los demandantes yerran al argumentar que existe disenso sobre cómo se deben cumplir las obligaciones contractuales, pues al parecer de este alto tribunal; es una cuestión que no debe afectar

la ejecución del contrato, pues las obligaciones son claras y las partes de la estructura tenían previo conocimiento de las obligaciones que se sometían a cumplir de manera solidaria en virtud de la forma en la que se presentaron a las fases preparatorias del contrato.

En igual sentido, también podemos referir la sentencia SU 214 de 2022 del magistrado ponente Jorge Enrique Ibáñez, donde la Corte Constitucional realiza un examen en concreto sobre las sanciones a la Unión Temporal y destaca la necesidad de respetar el debido proceso como derecho fundamental, aun cuando no se trate de una persona natural; las garantías constitucionales deben aplicarse en sentido estricto para la protección de los intereses del accionante, quien es sujeto de derecho y quien tiene unos impulsos económicos que le hacen merecedor a las herramientas jurídicas propias del procedimiento.

En caso sub iúdice se deja ver un análisis más flexible sobre la adjudicación de derechos a las uniones temporales recordando siempre: primero no son compositivas de persona y segundo existen derechos que en abstracto constituyen principios para cualquier tipo de actuación, siendo el debido proceso uno de estos. En esta ocasión la Corte, realiza todo un examen de los elementos esenciales de la Unión Temporal, donde encuentra que las obligaciones contractuales deben cumplirse de forma solidaria pero que las sanciones deben ser impuestas a quien ha causado el incumplimiento a la luz de la conformación de la estructura plural.

Finalmente encontramos la sentencia No 11001-03-06-000-2022-00250-00 del 2022 del Consejo de Estado, donde la Consejera ponente María del Pilar Bahamón, reafirma la responsabilidad de las Uniones Temporales respecto de la ejecución de las obligaciones contractuales, en el marco de una responsabilidad es solidaria pero haciendo la salvedad que la sanción no es solidaria, sin embargo reitera el compromiso de los integrantes en el marco de la contratación pública toda vez que se trata de un esfuerzo unido dentro de la ejecución del contrato y que por tal, las obligaciones deben darse en el marco de ese esfuerzo independientemente de los acuerdos de participación que existan entre las partes.

Así las cosas, la normativa habla de responsabilidad solidaria en la ejecución, pero no es clara la forma en que debe asumirse en términos de la Unión Temporal, no especifica una condición temporal o de funcionamiento de la misma, por lo cual los efectos de dicha solidaridad se transfieren al espectro sancionatorio repercutiendo directamente en las sanciones impuestas a

quienes conforman la parte plural, aun cuando estos no deberían asumir esta carga; aspectos que podrían desconocer la naturaleza jurídica de la Unión Temporal pues estas se equiparan a aquellas que están diseñadas para el Consorcio desde la solidaridad en el cumplimiento y en la sanción. El quid del asunto radica en que la aplicación de la multa para la Unión Temporal desconoce su naturaleza toda vez que la norma está diseñada para consorcios y contratistas singulares, este tipo de sanción está mencionada de forma general en la normativa; sin embargo, no es claro si debe imponerse al integrante o a la estructura plural, por cuanto frente al segundo caso, afectaría a todos los partícipes, existiendo un desequilibrio dentro del régimen sancionatorio.

De ese modo, el art. 17 de la ley 1150 de 2007 establece que las multas son susceptibles de diferentes modos de cobro como: “mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva” (Ley 1150, art,17, 2007), en ese orden, la compensación es una afectación que se enfoca directamente al contrato y que perturba al integrante cumplido. Por su parte, en la declaratoria de incumplimiento y caducidad se afecta directamente el contrato por lo que se ven afectados como consecuencia todos los miembros de la Unión Temporal, desconociendo de inmediato la naturaleza jurídica de esta estructura, pues de ipso facto aplica la solidaridad, presumiendo su existencia y equiparándola con el Consorcio.

### **Capítulo III. Aplicación del régimen sancionatorio de la contratación estatal en la Unión Temporal sin desconocer su naturaleza.**

Los principios como directrices de interpretación en la actividad jurisdiccional y en la actividad administrativa responden a la necesidad del ordenamiento jurídico de fijar líneas de interpretación sobre la normativa, pues a través de estos se direcciona la actividad del derecho bajo un criterio superior que hila todo el ordenamiento y define cuales son los mecanismos de acción frente a determinadas circunstancias, permitiendo unificar criterios limitando la discrecionalidad y así evitar discriminaciones negativas frente a la aplicación de la norma.

Para Guastini (2011), el concepto de principio responde a una necesidad de delimitación, pues es una herramienta discursiva que permiten conocer la realidad de una institución jurídica a partir de los elementos estructurales de todo un sistema, tal visión, responde a una construcción realista de la ontología jurídica que hace que el ser de un elemento no varíe a partir de sus

condiciones accidentales y que el fenómeno jurídico se mantenga perpetuado en la institución, la cual se reconoce materialmente a partir de sus elementos, siendo esto posible gracias a las estructuras basadas en principios.

De ese modo, los principios que rigen el derecho administrativo sancionatorio se desprenden en principio del ordenamiento constitucional, empezando por el debido proceso consagrado en el art.29 de la Constitución Política: Porque es desde el debido proceso que se deben predicar todas las actuaciones, en especial aquellas que tienen una consecuencia negativa como lo son las actuaciones de carácter sancionatoria, en ese sentido, posteriormente se hará un análisis de la forma de imposición de las sanciones desde lo que a la luz de esta reflexión debería ser el orden de imposición y la forma de reconocimiento de las partes de la estructura plural dentro de la sanción propiamente dicha, como propuesta de la investigación.

El debido proceso, per se, representa una garantía de la naturaleza jurídica de las instituciones, pues a la luz de este se realizan los procedimientos propios mediante los cuales se puede sancionar a determinada estructura sin confundirla con otra o sin desnaturalizarla, en el caso de la Unión Temporal, el debido proceso aplicable a esta implica necesariamente un estudio de su estructura, así como la materialización de los principios administrativos que consagra la Constitución en el artículo 209.

Es decir, la administración en su rol de fallador debe entender los elementos compositivos de una institución, los cuales, son aquellos que la determinan en virtud de su naturaleza, respondiendo a un análisis descriptivo de la propia institución. Para el caso jurídico, los elementos serán aquellos que hacen parte inmutable de su esencia y que permiten el desarrollo pleno del instituto. Tal concepto, es en la praxis bastante útil, pues permite acercarse a la materialidad de las instituciones, haciendo que prevalezca el derecho material sobre el sustancial y sobre las construcciones doctrinarias.

Para Barthes (1971), este tipo de elementos se abordan a partir de la construcción semiótica de las instituciones normativas, partiendo de la base de que la elucubración de los elementos jurídicos que están plasmada en la norma, la cual se define desde una serie de principios. Para esto, el legislador debe apoyarse en un criterio lingüístico y en la premisa de que todo funciona bajo sistemas, integrando nociones superiores al concepto para su desarrollo mismo como lo son



principios o normas de alcance constitucional, en materia sancionatoria, estos serán, los principios: Debido proceso, contradicción, unidad de materia entre otros, por el mismo sendero Gómez (2020a) recopila una lista de principios que son propios de la actividad sancionatoria entre los que encontramos: Legalidad, tipicidad, discrecionalidad, presunción de inocencia, Non bis in ídem, audiencia, no reformatio in peius e igualdad.

Estos principios, como máximas de optimización, que el mismo autor consagra como superior, el eje articulador de todo el ordenamiento en el momento de empezar los procesos sancionatorios a la luz del contrato estatal, es el interés general en la materialización de los fines del Estado. Si bien los principios buscan maximizar la eficiencia del ordenamiento, no es posible quedarse únicamente con ellos como descriptores o marcadores de discurso, también deben estar en función de los institutos para que estos permanezcan sin desconocerse en su natura, tal como es el caso de la Unión Temporal.

Martinez (1963) establece que el conocimiento jurídico cuenta con una doble dimensión, un estatuto teórico y un práctico, en temas de Unión Temporal, el estatuto teórico comprende el conjunto de principios, axiomas, reglas y directores que existen respecto a la figura en sí. Respecto del práctico, en materia sancionatoria, se trata de los procedimientos que se establecen para la consecución de un derecho o el cumplimiento de la obligación, en ese sentido, se trata del estatuto procesal que se ciñe a las reglas fijadas por la jurisprudencia.

Como se mencionó en el acápite anterior, por vía jurisprudencial se establece que la responsabilidad sobre la ejecución es solidaria, pero las medidas sancionatorias son de orden individual respecto del acuerdo de actividades que se ha establecido en el acuerdo constitutivo de la Unión Temporal, y lo que deja la puerta abierta para una interpretación discrecional de quien toma la decisión de imposición de sanción, pues la normativa no precisa un criterio específico para la imposición propiamente dicha, siendo esto lo que determina la naturaleza jurídica de la institución en cierto modo. El desconocer la naturaleza jurídica, termina convirtiéndose en un desconocimiento de las reglas jurídicas y a la legalidad en estricto sentido, toda vez que existe un desconocimiento de causa que da origen a la institución, para este caso en concreto a la Unión Temporal, rompiendo los principios propios de la esencia del derecho, la seguridad jurídica y las

diferentes acepciones que se desarrollan en torno a los preceptos jurisdiccionales derivados del concepto.

En el caso concreto de la Unión Temporal, es esencial comprender su naturaleza jurídica para aplicar correctamente las reglas y la legalidad que la rigen, sin embargo, el problema radica en la descripción corta de la norma sobre la materia, ya que el estatuto contractual con sus modificaciones no establece un régimen detallado y preciso para las estructuras plurales en especial la Unión Temporal, que puede llevar a una indeterminación en la aplicación del procedimiento sancionatorio, lo cual resulta contradictorio, ya que el procedimiento parte de la naturaleza del instituto por normas de principio, de modo que es necesario que las normas que regulan instituciones como la Unión Temporal sean más claras y precisas en su descripción de la naturaleza jurídica, para evitar la indeterminación y la falta de aplicación correcta de las reglas y la legalidad que la rigen, de esta manera, se pueden garantizar la seguridad jurídica y el correcto funcionamiento de los preceptos jurisdiccionales en el ámbito jurídico.

Es necesario, por tanto, que las normas sean más precisas en su descripción de la naturaleza jurídica de estas instituciones, para evitar estos problemas y garantizar su correcto funcionamiento en el ámbito jurídico, ya que si la Unión temporal es imprecisa, la afectación a sus partes en últimas sería la misma que la del consorcio en cuanto a los efectos negativos e inseguros de las sanciones, desconociendo la naturaleza jurídica del instituto, vulnerando la seguridad jurídica como principio rector de los contratos. Esta indeterminación podría resolverse si se clarifica lege data la naturaleza y las diferencias fundamentales de la Unión Temporal y el Consorcio.

Por otra parte, respecto de la multa como mecanismo para conminar al incumplido en el caso de la multa, por ejemplo, debería multarse únicamente al incumplido para responder a la individualización del infractor, respetando la individualización, así como la proporcionalidad, aun cuando el cobro de esa multa si se pueda realizar a partir del descuento en los pagos lo cual afecta el integrante cumplido. De hacerse de otra manera se estaría generando un daño al conjunto y no simplemente una sanción a quien ha incumplido lo que rompe el principio de individualización de la sanción en cuanto se trata de una Unión Temporal, la cual, por naturaleza responde a la división de la responsabilidad y no a la solidaridad.

Desde los principios, en especial aquellos relativos al debido proceso, la multa se debe aplicar al integrante incumplido toda vez que así se puede materializar la individualización del agente, situación propia del derecho sancionatorio, de este modo, multar solo al integrante incumplido responde a la seguridad jurídica, el principio de legalidad, el principio de debido proceso y el de determinación del sujeto, de modo que el referido mandato de optimización en palabras de profesor Robert Alexy, se torna como un instituto de doble naturaleza, como un derecho y como directriz de interpretación hermenéutica para todas las actuaciones tendientes a sancionar; en cuanto a la individualización, se trata de una garantía procesal del juzgamiento propiamente dicho pues reconoce que hay un sujeto específico quien ha cometido la falta, la seguridad responde a la capacidad de certeza de las partes frente a las situaciones derivadas del incumplimiento, afianzando la confianza y legalidad que envuelve todo el desarrollo precontractual, contractual y poscontractual, pues es la sujeción a las normas que hacen que se cumpla.

Como se hizo mención en los párrafos anteriores, el cobro por compensación resulta reprochable, pues desconoce en efecto la naturaleza de la Unión Temporal y confunde plenamente la limitación en la responsabilidad sancionatoria que se predica de este instituto por la solidaridad propia del Consorcio, sin embargo, la justificación es que al tratarse de la materialización de los fines del Estado, la administración debe garantizar la captación de los recursos de la manera más fácil posible, sirviendo también de advertencia para las partes de la Unión. En ese sentido el Parágrafo art 17 ley 1150 2007 dispone que:

La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. (Ley 1150 de 2007)

Es decir, no necesariamente la compensación es la vía más indicada para el cobro de la multa, pues existen otras vías que no desconocen la naturaleza jurídica de la Unión Temporal, como podría ser la efectividad de la póliza contractual, lo cual evitaría la compensación y de facto desconocimiento in natura de la Unión Temporal. En ese sentido, el cobro coactivo también puede ser empleado, entendiendo este como la facultad que tiene la administración de cobrar aquellas

acreencias que de suyo, le son debidas sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Para Camacho (2009) dado que la responsabilidad sobre la ejecución es solidaria, la única distinción puede darse en términos sancionatorios, sin embargo, la inobservancia de las figuras termina convirtiéndose en una aplicación de la solidaridad absoluta dentro del contrato, haciéndola un elemento de carácter relevante dentro del contrato en su conjunto y no vista en cada una de las etapas e instituciones que concurren para materializar los fines esenciales del Estado.

Así las cosas, si la entidad lo ve necesario, podría llamar a la responsabilidad solidaria, como una facultad extraordinaria que permita un cambio transicional en las normas sobre la Unión Temporal, que aunque aparentemente desnaturaliza la Unión, responde a dos cuestiones fundamentales en el contrato: Primera, que debe garantizarse sobre todas las cosas el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y la segunda: La entidad es el director del contrato y esto le faculta con prerrogativas excepcionales, así como ampliarlas, todo enmarcado dentro de un debido proceso.

En ese orden de ideas, es importante realizar un llamado al uso correcto de las figuras sancionatorias en aras de garantizar la naturaleza de las instituciones resulta ser de la administración, pues en ella se ha confiado la guía y guarda del contrato, no solo para el cumplimiento de los fines del Estado sino para la preservación de las garantías de las partes. En ese sentido, la entidad, incluso antes de imponer multas podría llamar al integrante cumplido a subsanar los defectos de ejecución de su partícipe incumplido. De ese modo, se evidencian que existe una doble función por parte del Estado, la primera: Cumplir los fines esenciales que constitucionalmente están proscritos y la segunda ser un garante de la ejecución basada en la aplicación de principios como el debido proceso, proporcionalidad y legalidad en estricto sentido, pues nadie debe afrontar cargas que no son propias de su posición o de su obrar.

Ahora bien, la declaratoria de incumplimiento y la caducidad por su parte, son elementos que más podría desconocer la naturaleza de la Unión Temporal, pues si bien el incumplimiento podría ser de uno de los integrantes de la estructura no se le declara el incumplimiento o caducidad a ese miembro en particular, se declara incumplimiento o caducidad sobre el contrato afectando notoriamente a las demás partes, pues los efectos de la sanción recaen sobre el contrato y por

consiguiente sobre todos los integrantes asociados, no solo frente a quien ha incumplido, pues las consecuencias de la declaratoria de incumplimiento serían las siguientes:

La incorporación del incumplimiento en el RUP (Registro Único de Proponentes) de conformidad con lo establecido en la Ley debido a que la entidad oficiara a la respectiva Cámara de Comercio para la inscripción correspondiente. La comunicación a la Procuraduría General de la Nación para que sea tenida en cuenta en el certificado de antecedentes disciplinarios tanto en la persona natural como en la persona jurídica.

Cerrar la posibilidad para que contratista termine el respectivo contrato, lo cual es grave ya que hay recursos públicos de por medio que puede al final dejar obras inconclusas. (García, 2021, pp. 28-29)

Esto es un problema práctico que se podría solucionar de dos formas, la primera, una determinación normativa por parte del legislador que establezca con mayor claridad los procedimientos sancionatorios a la luz de las figuras plurales en el contrato estatal y la segunda, un uso concienzudo de la discrecionalidad para la interpretación correcta de la ya existente normativa, para que de este modo prime la naturaleza de la institución respecto de la indeterminación normativa, aplicando la discrecionalidad en positivo para subsanar vacíos jurídicos.

Sobre la caducidad como mecanismo sancionatorio debe decirse que:

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (Ley 80, art.18, 1993).

Lo anterior quiere decir, que corresponde a una forma de sanción mediante la cual se da por terminado el contrato con todas las consecuencias legales, si bien, en términos técnicos es el resultado de un incumplimiento grave, las consecuencias se dan para todos los integrantes de la parte plural, obviando el debido proceso toda vez que se sanciona a quien no tiene culpa y las consecuencias se aplican indiscriminadamente, de nuevo, sin reconocer la naturaleza del instituto.

Es de acotar, que no existe un orden de imposición de las sanciones, pues se parte del criterio de gravedad, sin embargo el problema radica, en que una falla grave generalmente va acompañado de una mala supervisión del contrato, situación que está en cabeza de la entidad administrativa como rectora del contrato, pues es ella quien debe velar por la ejecución plena a partir de la supervisión constante; si la supervisión es constante el criterio de gravedad de la falta puede mitigarse, permitiendo establecer un orden lógico frente a las sanciones que imponen.

En este sentido, resulta fundamental que la entidad administrativa responsable del contrato ejerza una supervisión constante y rigurosa para prevenir fallas graves en la ejecución de este. Si se cumple con esta tarea de manera adecuada, es más probable que se puedan detectar y corregir a tiempo las situaciones que podrían derivar en sanciones más graves. De este modo, se podría establecer un orden lógico y coherente en la imposición de las sanciones, basado en la gravedad real de las faltas cometidas y en una evaluación justa y equilibrada de las circunstancias que las rodean.

Asimismo, una supervisión adecuada no solo permite prevenir sanciones innecesarias o desproporcionadas, sino que también contribuye a garantizar una ejecución efectiva y satisfactoria del contrato en beneficio de todas las partes involucradas, maximizando la economía, eficiencia y eficacia del contrato, respondiendo de nuevo a los principios constitucionales, no solo sancionatorios, sino del contrato estatal y de la administración.

A manera propositiva, se presenta el siguiente orden lógico para la imposición de la sanción dentro del contrato estatal para la Unión Temporal, así como los elementos que se deben tener en cuenta para respetar la naturaleza jurídica de este instituto procesal, esto, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad de la sanción y del cumplimiento del interés general.

Esta propuesta surge de un análisis de los principios rectores del procedimiento sancionatorio administrativo, teniendo en cuenta que es necesaria una redefinición de la noción y alcance del concepto de solidaridad, pues existe una falencia normativa respecto del particular, la cual, lleva a la administración a la indeterminación de la Unión Temporal respecto a la forma en que se debe aplicar la sanción:

En primer lugar, debe conminarse al contratista a través de una serie de llamados de atención y solicitudes producto de la adecuada supervisión, segundo, imponer la multa al contratista incumplido. Esto se propone, toda vez que para que exista debido proceso la norma adjetiva debe establecer no solo un procedimiento para sancionar, sino fijar un proceso de orden de sanciones, que respondan a la lesividad material de la falta y a la proporcionalidad de la sanción respecto de la actuación.

Esta primera etapa, incorpora una serie de avisos que permiten colegir al contratista que está siendo supervisado de forma debida y por tanto lo llevan a orientar su actuar hacia la ejecución proba del contrato. Así las cosas, se trata entonces de una manifestación clara del principio de legalidad, el cual goza de doble naturaleza, puesto que es una directriz sustantiva tanto como adjetiva, así como un derecho del cual gozan las partes durante el proceso del contrato estatal, incluyendo lo relativo a las cuestiones sancionatorias.

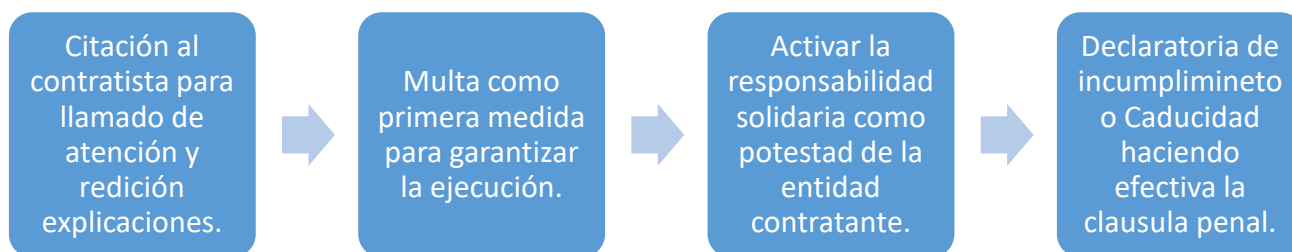
Resuelto esto, la declaratoria de incumplimiento no debería ser una medida que se tome al inicio del proceso sancionatorio, pues resulta desproporcionado y uno de los principios rectores del derecho sancionatorio es la proporcionalidad de la sanción, pues este corresponde a la forma de ponderación de las medidas que utiliza la administración para castigar las falencias en la ejecución, el uso desproporcionado termina convirtiéndose en una carga que el contratista bajo ninguna lógica de derecho debería llevar, máxime cuando se trata de Uniones Temporales, pues la parte cumplida se ve afectada de manera desproporcionada.

Tercero la entidad puede hacer efectiva la responsabilidad solidaria, de suyo propio o bien a petición de parte del integrante cumplido mediando la autorización de la entidad como rectora del contrato. Llamando entonces a los integrantes cumplidos a ejecutar las actividades que no les corresponden, pero son obligatorias en virtud de la responsabilidad solidaria, este paso habilita a que si el contrato sigue presentando falencias en la ejecución, la entidad pueda dar trámite a la finalización del contrato a través de la declaratoria de incumplimiento, la caducidad o estaría habilitada para multar al integrante sobre el cual se impone la responsabilidad solidaria.

La razón de que se emplee en este punto la responsabilidad solidaria es que existe, según este modelo, unas etapas previas que permiten al contratista subsanar las faltas sin necesidad de agravar la situación de quienes componen la parte plural. Una vez realizados los llamados

anteriores se puede afectar el contrato para que exista una respuesta real que solucione las situaciones que se han presentado en la ejecución contractual y que son constitutivas de incumplimiento. Como se mencionó en el capítulo anterior declarar un incumplimiento contractual de manera indiscriminada afecta sancionatoriamente a los integrantes de la estructura, violando el debido proceso, el principio de proporcionalidad, la igualdad y la naturaleza propia de la Unión Temporal. Esto, para poder concretar el debido proceso como elemento estructural de todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, respetando el llamado constitucional a generar efectividad en las garantías que se otorgan a los asociados.

Así las cosas, el procedimiento que se adelanta en la praxis podría resultar no solo violatorio de varios principios tales como el de proporcionalidad, debido proceso e individualización, sino que desconoce la naturaleza de la Unión Temporal, pues frente a todo termina convirtiendo a todas las partes que la componen en responsables de manera solidaria frente a la ejecución y frente a las sanciones. Para tales fines, sería, incluso más práctico para la administración que solo existiese una figura plural para acceder al contrato o mejor aún delimitar claramente los elementos de las figuras plurales. A continuación, se muestra de forma gráfica el orden propuesto para las imposiciones de las sanciones para que se respete la proporcionalidad.



**Gráfica 2** *Propuesta de orden sancionatorio.* Realizada por el autor

Este orden de ideas y tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, los procesos de este tipo deben estar enmarcados en un análisis del objeto a sancionar y uno de la modalidad de la conducta del agente, es decir, un estudio objetivo frente a uno subjetivo, atendiendo a la especialidad de cada caso, pero puede servir como una guía de orden general, ya que es posible que en el acuerdo de Unión Temporal todos los integrantes tengan la obligación de llevar a cabo la tarea incumplida, caso en el cual no se debe observar ningún orden.



El modelo planteado por el autor responde a la revisión teórica que se ha realizado durante esta maestría y durante la elaboración de este documento, es el resultado de un estudio escalonado y que responde a la proporcionalidad de la sanción, indicando un paso a paso que no debe tomarse como fórmula absoluta pero que si responde al concepto de ordenamiento coherente. Este ha resultado también de la experiencia empírica del autor dentro de los procesos sancionatorios de la naturaleza abordada en este documento.

### **Conclusiones**

La Naturaleza Jurídica de las Uniones Temporales en Colombia se encuentra determinada en la forma en que asumen los integrantes de la estructura plural la responsabilidad en el marco del proceso sancionatorio, si bien se trata de una figura en donde se suman los esfuerzos aunados para acceder y desarrollar el contrato estatal, el elemento in natura es que la responsabilidad es solidaria respecto de la ejecución, pero no respecto de la sanción.

Así las cosas, tras un análisis de las prescripciones normativas, se puede inferir que el régimen sancionatorio está pensado para consorcios y contratistas singulares, desconociendo los parámetros y tratamientos especiales que deberían dársele a las Uniones Temporales, restringiendo su aplicación a causa de la aplicación indiscriminada e imprecisa del concepto de solidaridad, por tanto, para no desconocer la naturaleza jurídica de la Unión Temporal, primero se propone una reestructuración del régimen sancionatorio a partir de una aclaración precisa de la diferenciación entre la Unión Temporal, el Consorcio y los contratistas singulares en materia de delimitación de la sanción a la luz del concepto de solidaridad en cada caso; segundo tener en cuenta la aplicación de la solidaridad así como la proporcionalidad de las sanciones en función de la etapa y de la gravedad del incumplimiento, esto, ante la ausencia de regulación en materia de responsabilidad solidaria.

La investigación tuvo como resultado y aporte a la comunidad jurídica, propone un esquema para la aplicación de sanciones a la Unión Temporal de tal forma que no se desconozca su naturaleza estructurado de la siguiente forma: 1) se realice una citación al contratista para llamado de atención y pueda rendir explicaciones sobre el incumplimiento. 2) Se conmine a través de la multa a la parte incumplida de la Unión Temporal como primera medida para garantizar la ejecución del contrato. 3) Activar la responsabilidad solidaria como potestad de la entidad

contratante, entendiendo que existe una prerrogativa excepcional que le permite hacer un cambio para la garantía de los fines del Estado y 4) declarar el incumplimiento o Caducidad haciendo efectiva la cláusula penal según sea el caso.

### Referencias bibliográfica

- Albarracín, K. (2021). Los riesgos legales de las uniones temporales en las licitaciones públicas en Colombia. Universidad Libre de Colombia.
- Álvarez, A. (2012). La capacidad jurídica de consorcios y uniones temporales en el marco de la contratación estatal. *Verba Iuris*(27), 105-124
- Association of Corporate Counsel. (2015). *Joint Ventures International Transaction Guide: United States*. Association of Corporate Counsel.
- Barthes, R. (1971). *Elementos de semiología*. Alberto Corazón Editor.
- Bermúdez, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho*. Pp.321-334.
- Calle, A., & Solórzano, Y. (2012). Guía para el adecuado manejo de consorcios y uniones temporales según la normatividad vigente en Colombia. Universidad de Medellín ].
- Camacho, E. (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública-Reforma de la ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia.
- Colombia Compra Eficiente, (2016). *Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación*. Colombia Compra Eficiente.
- Congreso de la república de Colombia. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2007. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Congreso de la república de Colombia. (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Congreso de la república de Colombia. (26 demayo de 1873). Ley 84 de 1873. *Codigo Civil de Colombia*.
- Congreso de la república de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1998. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, (13 de diciembre de 2022) , Radicación Número 11001-03-06-000-2022-00250-00. C.P: Bahamón, M.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, (29 de abril de 2010) número de radicación 25000-23-27-000-2003-02200 01(16883). C.P: Briceño, M.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (25 de octubre de 2019) Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00677-01(39945). C.P: Marín, M.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (25 de octubre de 2019). Sentencia 2015-00726/613224 C.P: Velásquez, NM
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (10 de septiembre de 2014). , Exp 28.875 C.P: Santofimio, J.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (13 de noviembre de 2018). , Sentencia No 17009 C.P: Gil, E.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, (25 de octubre de 2013). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) C.P: Gil, E.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, (8 de febrero de 2018) , Radicación número: 11001-03-28-00-2014-00117-00. C.P: Bermúdez, L.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, (22 de octubre de 2018) , Sentencia 02298 de 2018. C.P: Ibarra, S.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, (6 de noviembre de 2019) , Radicación Número 11001-03-27-000-2017-00026-00(23198). C.P: González, G.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (15.a ed.). Legis.
- Corte Constitucional. (16 de junio de 2022). Sentencia SU 214 de 2022. MP: Ibañez, J
- Corte Constitucional. (20 de abril 1995). Sentencia C-166 de 1995. MP: Herrera, H
- Corte Constitucional. (22 de septiembre 1994). Sentencia T-414/94. MP: Barrera, A
- Corte Constitucional. (31 de agosto de 2016). Sentencia C-472 de 2016. MP: Linares, A
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil . (10 de febrero 2021). SL462-2021. MP: Dueñas, C.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil . (13 de septiembre 2006). No 88001-31-03-002-2002-00271-01. MP: Arrubla, J.

Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. (2018). ¿Qué es la caducidad de un contrato?. Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

<https://serviciocivil.gov.co/tablero-de-control/info-importante-tablero-de-control/que-es-la-caducidad-de-un-contrato#:~:text=La%20caducidad%20del%20Contrato%20es,estado%20en%20que%20se%20encuentre.>

Fabris, L. (2004). Responsabilidad solidaria en las Uniones Transitorias de Empresas [Universidad Austral] Tesis de la Maestría en Derecho Empresario.

García, G. (2021). Declaratoria de incumplimiento contractual derivada de los procedimientos sancionatorios permiten mantener la imparcialidad y seguridad jurídica para los contratistas. Universidad Santo Tomás.

<https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/35322/1/2021gustavogarcia.pdf>

Gómez, R. (2020b). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Ius et Praxis*, 26(2), 193-218. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200193>

Gómez, S & Mora, M. (2011). Régimen sancionatorio en la contratación pública, diagnóstico y análisis jurisprudencial. Universidad de la Sabana.

Gómez, V. (2020a). Principios sustantivos y procedimentales del régimen sancionatorio contractual, conflictos contractuales de la administración y los derechos de los contratistas. Universidad del Rosario.

Guastini, R. (2011). *Interpretar y Argumentar*. Siglo del Hombre editores.

Habermas, J. (1984). *The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society* (Vol. 1). Beacon Press.

Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Jaramillo, A. (2020). Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación. *Revista E-Mercatoria*, 18(1), 135–161. <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n1.05>

M`Causland, M & Avila, M. (1998). Modalidades de colaboración empresarial consagradas en la ley 80 de 1993. Regulación de formas de “Joint Venture”. *Revista de derecho privado*. (3), 75-89.

Martinez, J. (1963). *La estructura del conocimiento jurídico*. Universidad de Navarra.

- Ministerio de obras públicas y transporte. (23 de septiembre de 1992). Exposición de motivos de la ley 80 de 1993.
- MinVivienda. (2020). PROCEDIMIENTO: IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO. <https://www.minvivienda.gov.co/sites/default/files/procesos/GCT-P-06%20%20Incumplimiento%20Contractual%205.0.pdf>
- Peña, D. (2018). *Generalidades en la contratación estatal* Universidad Santo Tomás]. Maestría en derecho contractual público y privado. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/16786/2019elianape%C3%B1a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Platero, A. (2017). Las uniones temporales de empresa en el ordenamiento jurídico español. *Ratio Juris* Vol. 12 N.o 25. pp. 89-116. DOI: 10.24142/raju.v12n25a5
- Presidencia de la república de Colombia. (11 de junio de 1976). Decreto 150 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas.
- Rodríguez, C. (2017). El derecho administrativo sancionador francés: evolución histórica del principio de separación de poderes y perspectiva actual. *Gabilex*, (10). Pp. 242-276
- Rodríguez, R. (1994). *Nuevos contratos estatales comentarios a la Ley 80 de 1993, con doctrinas y jurisprudencias*. Jurídicas Wilches
- Skocpol, T. (1985). Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research. In P. B. Evans, D. Rueschemeyer, & T. Skocpol (Eds.), *Bringing the State Back In* (pp. 3-37). Cambridge University Press. <https://books.google.com.co/books?id=sYgTWHQbNAAC>
- Stancanelli, G. (1972). *Los consorcios en el Derecho Administrativo*. Madrid.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. Ibañez.
- Zambrano, F. (2021). *Una mirada analítica sobre las multas, la declaratoria de incumplimiento y de caducidad en los procesos contractuales en Colombia*. Universidad Santo Tomás.