**CCE-DES-FM-17**

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – *Imposición unilateral***

El último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato . No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Etapas – trámite**

Igualmente, la Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, claro está, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir: i) c*itación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Inaplicación – Entidades de régimen especial**

[…] el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De ahí que las entidades de *régimen especial* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

**CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Imposición unilateral – Proporcionalidad – Régimen jurídico – Derecho privado ‒ Ley 1437 de 2011**

[…] Frente a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo que, a su vez, se sustenta en el parágrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que en relación con este aspecto concreto, al existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad.

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resulta especialmente relevante destacar los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, los cuales contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Terminación – Cesación de la situación de incumplimiento – Potestad discrecional – Artículo 86 – Ley 1474 de 2011**

En relación con este literal [*d*, del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011], es necesario realizar algunas precisiones: *i)* esta norma regula la forma como debe actuar la entidad cuando cesa la situación de incumplimiento *durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio*, esto es, una vez iniciado*;* de manera que es ajeno a la norma anterior la definición de cómo debe actuar la entidad cuando la cesación de la situación de incumplimiento se da con anterioridad, es decir, cuando pese a un incumplimiento previo, el contratista cumple sus obligaciones, dejando de quedar pendiente el cumplimiento antes de que se inicie el procedimiento sancionatorio; en dicho caso la entidad no podrá iniciarlo, toda vez que como lo establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, este procedimiento, tendiente a la imposición unilateral de cláusulas penales o de multas procede «[…] sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]».

Sin perjuicio de lo anterior, […] iniciado el procedimiento sancionatorio, por estar el contratista incumpliendo las obligaciones, si esta situación cesa durante el trámite, esto es, después de iniciado, la entidad, discrecionalmente, puede terminarlo o continuarlo, como lo dispone el literal d) artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Bogotá D.C., **29/07/2020 Hora 23:55:0s**

**N° Radicado: 2202013000006874**

Señora

**María Clara Estarda Galeano**

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C – 434 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Multas – Cláusula penal – *Imposición unilateral* /PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Etapas – trámite / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Inaplicación – Entidades de régimen especial / CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS – Imposición unilateral – Proporcionalidad – Régimen jurídico – Derecho privado / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Terminación – Cesación de la situación de incumplimiento – Potestad discrecional – Artículo 86 Ley 1474 de 2011 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202012000004955 y 4202013000005167 |
|  |  |

Estimada señora Estrada:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde sus consultas del 12 y del 18 de junio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted plantea algunas preguntas relacionadas con los procedimientos administrativos contractuales sancionatorios:

«1. Los procesos administrativos sancionatorios adelantados por las entidades públicas deben regirse por una variedad de principios de raigambre constitucional, entre ellos, la proporcionalidad. Al respecto, sírvase indicar:

»i. En aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción y a falta de una

disposición contractual expresa, ¿debe la entidad pública contratante definir la proporción de la multa o cláusula penal a imponer al contratista? ¿Qué parámetros debe utilizar para la definición de dicha proporción?

»ii. En caso de que se trate de incumplimiento de labores o tareas recurrentes, y no del incumplimiento en entrega de productos determinados, ¿qué parámetros se recomienda utilizar para definir la proporción del incumplimiento?

»2. De conformidad con el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”. Al respecto, sírvase indicar:

i. ¿Qué pasa en caso de que el contratista cumpla parcialmente? ¿Se debe terminar el proceso o se debe continuar respecto a las obligaciones que continúan incumplidas?

ii. En caso de que se trate de incumplimiento de labores o tareas recurrentes, y no del incumplimiento en entrega de productos determinados, ¿es posible para el contratista acreditar el cumplimiento tardío de sus obligaciones y solicitar la terminación del proceso sancionatorio, aun cuando el plazo contractual para ejecutar la labor o tarea ya esté vencido?

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se estudiará, en términos generales, el régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, donde se desarrollará, entre otras cosas, la naturaleza jurídica de las cláusulas penales y de multas. Además, al interior de este tema, se desarrollarán los siguientes aspectos particulares: la proporcionalidad en la imposición unilateral de las cláusulas penales y las de multas; y la terminación del procedimiento sancionatorio contractual por cesación del incumplimiento, como una potestad discrecional.

**2.1. Régimen sancionatorio en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

En los conceptos del 16 de octubre de 2019 –rad. 2201913000007661–, del 5 de diciembre de 2019 −rad. 2201913000008964− y en el C-219 del 29 de abril de 2020 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció en relación con el régimen sancionatorio en materia contractual como herramienta para la dirección general del negocio y la realización de las actividades propias de vigilancia y control. La tesis propuesta se reitera y amplía a continuación.

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales generalmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre otras están: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se encuentran la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) por sus características, que se enunciarán en este concepto, se tratan en un grupo distinto las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas; aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son denominadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y por la doctrina como estipulaciones virtuales en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos y aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, pues en ellos, sin importar si se incorporaron o no dentro del instrumento negocial, se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En relación con dichas cláusulas, al analizarse el régimen sancionatorio contractual, procede destacar la cláusula excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal, y se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, señalados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado[[1]](#footnote-1):

(…) al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico –que aquí claramente coinciden–, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que “la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista…” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato; ii) iniciación del trámite de liquidación bilateral; iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años; iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento; y v) reporte al Secop, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

El último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal–, por el contrario, cuentan con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato[[2]](#footnote-2). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

En efecto, tratándose de las multas, en cumplimiento del principio de tipicidad, las partes deben determinar pormenorizadamente las acciones u omisiones objeto de sanción y el monto de la sanción a imponer, el cual, en todo caso, debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En esa línea se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la Sentencia del 15 de noviembre de 2011, expediente 20.916, con ponencia de Olga Mélida Valle de De La Hoz:

De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder.

De igual forma, en la sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367 y ponencia de Enrique Gil Botero, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que «el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso». Así mismo, frente al tema *sub examine,* el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008[[3]](#footnote-3), indicó *in extenso* lo siguiente:

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley– no las contempla de manera directa –salvo excepciones–. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria, que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.

Obsérvese cómo el «principio de legalidad» –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley–, en materia contractual se reduce a la simple «tipicidad» de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido–, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella– quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad.

De otro lado, la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) precisó que la tipicidad hacía referencia a «la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras».

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, además de autorizar la imposición unilateral de multas, también precisa que la declaración de incumplimiento tiene como propósito «hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato».

En este punto, conviene resaltar lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), en relación con las diferencias entre las multas y la cláusula penal, esto es: «[a]unque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común –en lo sustancial–, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato».

Igualmente, la Ley 1474 de 2011 contempla la posibilidad de declarar el incumplimiento cuantificando los perjuicios del mismo, claro está, previa citación del contratista y respetando el debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que se deben seguir: i) c*itación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne, por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición o no de multas y sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio del control judicial que podría llegar a efectuarse.

En este sentido, la entidad está facultada para cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, previa declaración del mismo y luego de haberse surtido el trámite antes referido. Esta facultad, en palabras de la Corte Constitucional, «[…] está reglada y se ejerce conforme a un procedimiento administrativo, del que debe darse cuenta en un acto administrativo motivado, de tal suerte que la cuantificación de los perjuicios no obedece a la mera discrecionalidad de la entidad estatal, ni es fruto de su capricho […]»[[6]](#footnote-6).

Valga la pena precisar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[7]](#footnote-7). De ahí que las entidades de *régimen especial[[8]](#footnote-8)* en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[9]](#footnote-9), esta Subdirección ha considerado que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio; además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[10]](#footnote-10) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[11]](#footnote-11).

Por tanto, las entidades de *régimen especial* pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»[[12]](#footnote-12), pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[…] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas […]».

No considera entonces esta Subdirección que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales[[13]](#footnote-13). Pero si en gracia de discusión gozaran de ella, el procedimiento administrativo que deberían adelantar para imponerlas no sería el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque, como se explicó, el primer inciso de dicha norma establece que rige para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Entonces, si se admitiera que estas entidades pueden declarar el incumplimiento mediante acto administrativo, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo regulado en los artículos 47 al 52 de la Ley 1437 de 2011, pues la primera de las referidas disposiciones establece, en armonía con el artículo 2 dicho Código –consagratorio del principio de subsidiariedad–, que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes». Sin embargo, se reitera que esto solo sería en el evento de aceptarse que dichos órganos del Estado tienen competencia para imponer sanciones contractuales; lo que en realidad no sucede.

Sin perjuicio de la anterior, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad del contrato, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer tales exorbitancias. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[14]](#footnote-14) y de las empresas sociales del Estado[[15]](#footnote-15). En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

**2.1.1. Proporcionalidad en la imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas**

Frente a la *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, en relación con la graduación de las sanciones en los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, cabe destacar el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 –en adelante, también, CPACA–, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos «cuando resultaren aplicables», lo cual, a nuestro juicio, deriva en la inaplicación de dichos criterios en estos procedimientos contractuales, porque se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Lo que, a su vez, se sustenta en el parágrafo del artículo 47 del CPACA que establece, en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio general, que: «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». De modo que en relación con este aspecto concreto, al existir regulación especial en otras leyes, se deben aplicar dichos criterios de proporcionalidad[[16]](#footnote-16).

En efecto, en el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Sin perjuicio de lo anterior, también se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente[[17]](#footnote-17)– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resulta especialmente relevante destacar los artículos 1596 del Código Civil[[18]](#footnote-18) y 867 del Código de Comercio[[19]](#footnote-19), los cuales contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales. Así lo ha señalado la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

Conforme a lo anterior, se debe tener presente que el decreto-ley 222 de 1983 -al igual que hoy acontece con la Ley 1.150 de 2007-, facultaron a las entidades públicas para que -previo pacto- impusieran y ejecutaran la cláusula penal pecuniaria frente a sus contratistas -al verificar un incumplimiento contractual-. Pero es necesario considerar, igualmente, que la normatividad -arts. 1596 del CC y 867 Co de Co.-, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado, han dispuesto y analizado la posibilidad de graduar -disminuyendo y aumentando- dicha cláusula.

De allí que, si el contratista afectado con la imposición de la cláusula penal considera que el monto establecido por tal concepto es excesivo, injusto o desproporcionado, puede acudir al juez para que revise la decisión administrativa[[20]](#footnote-20).

En tal sentido, las disposiciones anteriores constituyen los parámetros que deben observar las entidades estatales al imponer unilateralmente una multa o al ejercer unilateralmente la cláusula penal, pues las normas citadas aplican a ambos supuestos. Ahora bien, la regla general es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a sus montos, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Además, en su pacto y aplicación se deben observar las normas del derecho privado estudiadas previamente.

**2.1.2. Terminación del procedimiento sancionatorio contractual por cesación del incumplimiento. Potestad discrecional**

El literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece la posibilidad de terminar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual en caso de cesar la situación de incumplimiento. Literalmente establece:

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. *La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento*. (Cursiva fuera del original).

En relación con este literal, es necesario realizar algunas precisiones: *i)* esta norma regula la forma como debe actuar la entidad cuando cesa la situación de incumplimiento *durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio*, esto es, una vez iniciado*;* de manera que es ajeno a la norma anterior la definición de cómo debe actuar la entidad cuando la cesación de la situación de incumplimiento se da con anterioridad, es decir, cuando pese a un incumplimiento previo, el contratista cumple sus obligaciones, dejando de quedar pendiente el cumplimiento antes de que se inicie el procedimiento sancionatorio; en dicho caso la entidad no podrá iniciarlo, toda vez que como lo establece el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, este procedimiento, tendiente a la imposición unilateral de cláusulas penales o de multas procede «[…] sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista […]».

Sin perjuicio de lo anterior, y como se desarrollará más adelante, iniciado el procedimiento sancionatorio, por estar el contratista incumpliendo las obligaciones, si esta situación cesa durante el trámite, esto es, después de iniciado, la entidad, discrecionalmente, puede terminarlo o continuarlo, como lo dispone el literal d) artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

*ii)* Aclarado que la norma se refiere a la cesación del incumplimiento una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, se debe destacar que la potestad otorgada a la entidad para terminarlo, con fundamento en dicha circunstancia, *es una decisión discrecional*[[21]](#footnote-21). Esto es evidente en la norma, toda vez que utiliza el término común con el que se otorgan potestades discrecionales: *podrá.* En tal sentido, se puede decidir sobre la conveniencia o no de terminar el procedimiento, al advertirse que cesa la situación de incumplimiento, de manera que no es un deber hacerlo.

 *iii)* El presupuesto para que se active la potestad discrecional consiste en que la entidad conozca la «*cesación de la situación de incumplimiento*». Esta circunstancia también debe valorarla la entidad; pues solo en tal caso se activa la potestad conferida. Además, la cesación del incumplimiento podría ser frente a algunos de los incumplimientos por los cuales se adelanta el procedimiento sancionatorio; en tal caso, la entidad podrá terminarlo *parcialmente*, esto es, frente a algunos de los supuestos de incumplimiento, pudiendo continuar con los demás. En todo caso, las posibilidades anteriores siguen siendo facultades discrecionales.

 También cabe resaltar que la posibilidad de terminar el procedimiento aplica en los casos en que efectivamente cese la situación de incumplimiento, pues, atendiendo a las prestaciones de ciertos contratos, existen obligaciones que deben cumplirse en determinado momento, atendiendo a la finalidad con que se haya celebrado el negocio jurídico, pues la ejecución de prestaciones tardías, en ciertos contratos, podría no reportarle utilidad a la entidad, por lo que dichos «cumplimientos» tardíos en realidad no implicarían que el contratista cese en la situación de incumplimiento. Esto sucedería, por ejemplo, si un contratista se compromete a entregar algunos refrigerios para un evento que se realizará el 30 de agosto, incumpliendo dicha obligación, por lo cual la entidad inicia un procedimiento sancionatorio y, durante su trámite, el contratista entrega los refrigerios, por ejemplo, el 2 de septiembre, cuando la entidad ya no los necesita.

 *iv)* Finalmente, la potestad discrecional comentada aplica en los supuestos en que la entidad, *por cualquier medio*, tenga conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento; conocimiento al que puede llegar por sus actuaciones oficiosas o por advertencia de cualquier interesado.

1. **Respuesta**

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se responderán las preguntas planteadas por la peticionaria:

«1. Los procesos administrativos sancionatorios adelantados por las entidades públicas deben regirse por una variedad de principios de raigambre constitucional, entre ellos, la proporcionalidad. Al respecto, sírvase indicar:

»i. En aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción y a falta de una

disposición contractual expresa, ¿debe la entidad pública contratante definir la proporción de la multa o cláusula penal a imponer al contratista? ¿Qué parámetros debe utilizar para la definición de dicha proporción?

»ii. En caso de que se trate de incumplimiento de labores o tareas recurrentes, y no del incumplimiento en entrega de productos determinados, ¿qué parámetros se recomienda utilizar para definir la proporción del incumplimiento?

En el procedimiento sancionatorio contractual las entidades estatales deben actuar de acuerdo con el principio de proporcionalidad para «graduar las sanciones». En tal sentido, los parámetros a emplear son los siguientes: primero se deben atender las circunstancias de cada caso en particular y revisar cuidadosamente la forma como se pactaron las penalidades asociadas al incumplimiento en el contrato. Además, se deben tener en cuenta las normas de derecho privado a las que remite la Ley 80 de 1993 –art. 32, 40 y 13, particularmente[[22]](#footnote-22)– y que complementan dicho estatuto contractual; de manera que, en relación con el principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones, resultan aplicables los artículos 1596 del Código Civil[[23]](#footnote-23) y 867 del Código de Comercio[[24]](#footnote-24), los cuales contienen los parámetros para tasar el monto de las *penas* a imponer pactadas en el contrato; disposiciones que deben ser observadas por las entidades estatales en los procedimientos sancionatorios, so pena de que, en caso de demandarse su nulidad, el juez declare la nulidad parcial de los actos administrativos que aplican dichas cláusulas contractuales.

En tal sentido, las disposiciones anteriores constituyen los parámetros que deben observar las entidades estatales al imponer unilateralmente una multa o al ejercer unilateralmente la cláusula penal, pues las normas citadas aplican a ambos supuestos. Ahora bien, la regla general es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, incluido lo referente a sus montos, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Además, en su pacto y aplicación se deben observar las normas del derecho privado estudiadas previamente y desarrolladas en el numeral 2.1.1. de las consideraciones.

 En relación con el último aspecto planteado por la peticionaria, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la competencia otorgada según el numeral 8 del artículo 11 y numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente atiende consultas relativas a temas contractuales en lo que se refiere a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública; por tal motivo, esta Agencia carece de competencia para decidir sobre la legalidad de las decisiones tomadas por las entidades estatales con ocasión de su actividad contractual, o para pronunciarse respecto de actuaciones contractuales específicas. En tal sentido, se remite la peticionaria a las consideraciones realizadas en el numeral 2.1.1. de este concepto, las cuales aplican en términos generales frente a cualquier incumplimiento.

»2. De conformidad con el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 “La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”. Al respecto, sírvase indicar:

i. ¿Qué pasa en caso de que el contratista cumpla parcialmente? ¿Se debe terminar el proceso o se debe continuar respecto a las obligaciones que continúan incumplidas?

ii. En caso de que se trate de incumplimiento de labores o tareas recurrentes, y no del incumplimiento en entrega de productos determinados, ¿es posible para el contratista acreditar el cumplimiento tardío de sus obligaciones y solicitar la terminación del proceso sancionatorio, aun cuando el plazo contractual para ejecutar la labor o tarea ya esté vencido?

Frente a las preguntas anteriores, al igual que en el supuesto anterior se reitera, en primer lugar, que de conformidad con la competencia otorgada según el numeral 8 del artículo 11 y numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente atiende consultas relativas a temas contractuales en lo que se refiere a la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública; por tal motivo, esta Agencia carece de competencia para decidir sobre la legalidad de las decisiones tomadas por las entidades estatales con ocasión de su actividad contractual, o para pronunciarse respecto de actuaciones contractuales específicas.

Sin perjuicio de lo anterior, y abordando los cuestionamientos en términos abstractos, cabe aclarar que la posibilidad de terminar el procedimiento administrativo sancionatorio cuando la entidad tienen conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento, es una potestad discrecional, de manera que la disposición permite que la entidad termine o continúe con el procedimiento administrativo. En todo caso, se remite a la peticionaria al numeral 2.1.2. de este concepto, donde se desarrolló a profundidad este tema, de manera que con base en dichos parámetros cada entidad estatal debe valorar la conveniencia de continuar o no con el procedimiento administrativo sancionatorio y frente a cuáles incumplimientos.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-1)
2. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Exp. 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17.009, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: «Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». [↑](#footnote-ref-7)
8. Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-9)
10. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-10)
11. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

»Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

»1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

»En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*

[…]»*.* [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-12)
13. Como se ha señalado en distintos conceptos de esta Subdirección, como el C-219 del 29 de abril de 2020 y el C-280 del 6 de julio de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

»Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

»PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-15)
16. Esta misma interpretación se expuso en el concepto C-211 del 21 de abril de 2020 y conforme a las líneas anteriores se deben entender las consideraciones realizadas en dicho concepto. [↑](#footnote-ref-16)
17. El inciso primero del último artículo establece: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». [↑](#footnote-ref-17)
18. «Artículo 1596. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal». [↑](#footnote-ref-18)
19. «Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

»Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

»*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-19)
20. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Exp: 17.009. C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-20)
21. «La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración». (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Séptima edición, Madrid: ed. Civitas, 1995. P. 447). [↑](#footnote-ref-21)
22. El inciso primero del último artículo establece: «Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo [2](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2)o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». [↑](#footnote-ref-22)
23. «Artículo 1596. Rebaja de pena por cumplimiento parcial. Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal». [↑](#footnote-ref-23)
24. «Artículo 867. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

»Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

»*Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte*» (Cursiva fuera del original). [↑](#footnote-ref-24)