

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

REF. EXPEDIENTE No. : 15721

CONSEJERO PONENTE : DR. RICARDO HOYOS DUQUE

ACTOR : ESCOBAR Y ARIAS LTDA

DEMANDADO : FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 3 de septiembre de 1998, mediante el cual improbo la conciliación lograda entre las partes el 4 de agosto de 1998 ante el señor procurador 27 en lo judicial.

ANTECEDENTES PROCESALES

1º.- El 30 de junio de 1998, el representante legal de la sociedad Comercial Escobar y Arias Ltda. presentó solicitud de conciliación prejudicial ante el Procurador Judicial 27 delegado ante el Tribunal Administrativo del Tolima con el fin de

"1.- Declarar la ocurrencia de las circunstancias legales previstas en el artículo [866](#) del Código de Comercio, estableciendo en consecuencia la suspensión por parte del Distribuidor de las prestaciones de compra bimestral de aguardiente Tapa Roja restantes durante el presente año, de conformidad con la estipulación del Contrato No. 02 de 1995 FLT y sus contratos modificatorios.

2.- Subsidiariamente declarar la terminación del Contrato No. 02 de 1995 FLT en el evento tipificado por el artículo [870](#) del Código de Comercio, aplicable al presente por expresa remisión contractual.

3.- Reconocer a Título de indemnización por perjuicios compensatorios la suma de DOCE MIL MILLONES de pesos o la que llegare a demostrarse pericialmente."

2º.- El 4 de agosto de 1998 se celebró audiencia de conciliación en la cual las partes llegaron a un acuerdo en los siguientes términos:

"El distribuidor se compromete a adquirir en el presente año, mínimo un total de tres millones de unidades de 750 cc o su equivalente de aguardiente Tapa Roja. Como ya se ha adquirido la cantidad de un millón ciento ochenta y nueve mil setecientos treinta y ocho botellas de 750cc., el saldo restante, o sea, un millón ochocientas diez mil doscientas sesenta y dos botellas se distribuirán así para el presente año: el día 20 de septiembre de 1998 un mínimo de 400.000 botellas de 750 cc o su equivalente; el día 20 de noviembre de 1998 un mínimo de 500 botellas de 750 cc o su equivalente; el día 28 de diciembre de 1998 un mínimo de 910.262 botellas de 750 cc o su equivalente. En todo caso y para evitar situaciones que han afectado a la Fábrica en su programación de producción se compromete el distribuidor a informar a la Fábrica, con treinta días de anticipación como mínimo, las presentaciones (1.500 cc, 750 cc, 375 cc, o miniatura) en las cuales requiere el producto, a efectos de adquirir la cuota correspondiente. Lo mismo se aplicará en lo sucesivo a cualquier despacho futuro mientras esté vigente el contrato de

distribución. Así mismo el distribuidor acepta adquirir o cancelar para este año las cuotas, estén o no producidas, ya que es necesario ordenar y ajustar la programación de producción. 2º.- Como se estima que al adquirir 3 millones de unidades en el presente año, de acuerdo a las proyecciones de ventas y comportamiento del mercado de licores se estaría presentando al cierre del 31 de diciembre un stop de 3 millones de unidades de 750 cc, se acuerda como formula de solución ampliar por dos años el contrato 02 del 5 de enero de 1995 a fin de hacer desaparecer, en forma gradual, el embodegamiento planteando las siguientes cuotas mínimas para los años 1999 y 2000 así: para el año 1999 un total mínimo de un millón de botellas así: Marzo 5, 100.000 botellas; noviembre 5, 120.000 botellas; diciembre 5, 340.000 botellas. Para el año 2000 un total mínimo de dos millones de botellas así: marzo 5, 200.000 botellas; mayo 5 240.000 botellas; julio 5 440.000 botellas; septiembre 5 200.000 botellas; noviembre 5, 240.000 botellas; diciembre 5, 680.000 botellas. Es entendido que las cuotas aquí establecidas corresponden a cantidades mínimas en unidades de 750 cc o su equivalente. 3º. El distribuidor se compromete a cancelar como mínimo, durante el presente año, la suma de tres mil millones de pesos por concepto de Participación Departamental adicionales a los ya cancelados a la fecha de hoy aunque no retire el producto de la Fábrica. 4º.- A partir del primero de septiembre de 1998 y hasta el 31 de diciembre de 1999 el valor que el distribuidor paga por concepto de arrendamiento en la fábrica de licores será \$2.500.000 mensuales pagaderos por trimestre vencido; para el año siguiente, año 2000, se aplicará como incremento al arriendo el IPC del año inmediatamente anterior. Hasta el 31 de agosto de 1998 se conserva el valor mensual que es de \$400.000. 5º.- En virtud de que se hace necesario adoptar mecanismos que conduzcan a fortalecer la comercialización del producto e incrementar las ventas, las partes acuerdan contratar con una firma de reconocida idoneidad en el área de mercadeo un estudio que determine las medidas tendientes al mejoramiento de condiciones de comercialización, proyecto para el cual la firma ESCOBAR Y ARIAS aportará la suma de 25 millones de pesos los cuales serán entregados a la Fábrica de Licores de conformidad con el avance en la ejecución del estudio en cuestión. 6º.- Correlativamente con el propósito de incrementar el potencial de ventas se extenderá al distribuidor el incentivo actual en un botella más por cada veinte de las adquiridas dentro de la cuota, pudiendo éste comercializarla libremente con el propósito de generar recursos para reforzar el programa de publicidad y marketing y compensación de costos financieros. Se cancelará como se liquida actualmente. 7º.- En concordancia con los puntos anteriores, a fines del mes de octubre de cada año y durante la vigencia del contrato las partes elaboraran el presupuesto de publicidad para el año siguiente el cual se ejecutará a partir del mes de enero. El valor de este presupuesto será asumido por partes iguales, es decir, 50% cada uno y es de estricto cumplimiento. Este valor es independiente a que el distribuidor o la Fábrica por su propia cuenta decidan iniciar campañas publicitarias adicionales, en cuyo caso estos valores serán asumidos independientemente sin por esto eximirse, ni el distribuidor ni la fábrica, de la responsabilidad del cumplimiento de las estrategias definidas y de las acciones contempladas en el presupuesto elaborado. Para lo que resta del año 1998 las partes acordarán las estrategias publicitarias y el presupuesto a más tardar el dos de octubre. 8º.- Cada 30 días por lo menos las partes se reunirán en las instalaciones de la Fábrica con el fin de evaluar el comportamiento de las ventas, comportamiento de cliente y otros aspectos inherentes al mercado con el fin de hacer las sugerencias y o correctivos necesarios. De estas reuniones se elaboraran una acta y las conclusiones allí determinadas serán de estricto cumplimiento. La Fábrica se reserva el derecho de ejercer la interventoría con funcionarios de la empresa y o con personas naturales y o sociedades independiente. 9º.- Los vacíos o diferencias que puedan generarse del presente acuerdo serán dirimidos a través del tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio u otro sistema legal que las partes acuerden. 10º.- Si a pesar de los esfuerzos realizados en

comercialización queda algún inventario al término del contrato se concederá al distribuidor un tiempo para colocar el producto en el mercado, equivalente al tiempo que resulte de dividir el total de inventarios a diciembre 31 en el equivalente de botellas de 750cc entre el promedio mensual de ventas en botellas de 750 cc del último año sin perderse la exclusividad.- 11°.- A partir de las compras de septiembre de 1998 el margen de comercialización será el definido en el artículo 23 del Decreto 3071 del 23 de diciembre de 1997 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 12°.- Las demás estipulaciones contractuales se mantendrán vigentes. 13°.- El señor HENRY ESCOBAR, representante legal de la firma ESCOBAR Y ARIAS LTDA manifiesta que renuncia a cualquier reclamación futura por incumplimiento o cualquier causa con razón del contrato 02 de 1995 atribuible a la Fábrica de Licores del Tolima."

3°.- El gobernador del Departamento del Tolima en escrito presentado el 14 de agosto de 1998 solicitó la improbación de la conciliación, por las implicaciones jurídicas y económicas que acarrearía al haberse aprobado por fuera de los parámetros trazados por su gobierno y la Junta directiva de la fábrica de Licores del Tolima.

4°.- El tribunal mediante auto de 3 de septiembre de 1998 improbo el acuerdo al que llegaron las partes por las siguientes consideraciones:

"Confrontadas el Acta de Conciliación con las Cláusulas del Contrato No. 02 de 1995, suscrito entre las partes que aquí concilian (folios 14 a 19 del expediente), las modificaciones que de él se han hecho y demás material probatorio aportado, se advierte causal de ilegalidad, pues el objetivo pretendido con la celebración de esta audiencia era el de evitar un proceso judicial, sobre situaciones derivadas del contrato, al tenor del artículo 87 mencionado, pero se desvirtuó porque, se concilió sobre aspectos no contenidos en las pretensiones que sustentaban la petición de conciliación como eran:

"1.- Declarar la ocurrencia de las circunstancias legales previstas en el artículo [866](#) del Código de Comercio, estableciendo en consecuencia la suspensión por parte del Distribuidor de las prestaciones de compra bimestral de aguardiente Tapa Roja restantes durante el presente año, de conformidad con la estipulación del Contrato No. 02 de 1995 FLT y sus contratos modificatorios.

2.- Subsidiariamente declarar la terminación del Contrato No. 02 de 1995 FLT en el evento tipificado por el artículo [870](#) del Código de Comercio, aplicable al presente por expresa remisión contractual.

3.- Reconocer a Título de indemnización por perjuicios compensatorios la suma de DOCE MIL MILLONES de pesos o la que llegue a demostrarse pericialmente."

Obsérvese que el artículo [866](#) del Código de Comercio se refiere a la retractación de los contratos cuando se estipulen arras. Y el artículo [870](#) ibídem, se refiere a las acciones alternativas en los contratos bilaterales cuando uno de las partes incumple, puntos omitidos e ignorados en la conciliación prejudicial celebrada el 4 de agosto pasado. (folios 77 a 83).-

Sin embargo, se acordó sobre puntos ajenos a la petición de conciliación como fueron la prórroga del contrato, siendo una determinación extra petita que generaría desigualdad de condiciones frente a los demás proponentes en un futuro y afectaría un detrimento de la Ley la transparencia contractual con que se ejerce la contratación de conformidad con la Ley [80](#) de 1993 y se violaría el procedimiento de contratación.

Lo anterior contraviene igualmente el numeral 1° del artículo 9° del Decreto 173 de 1993, que

exhorta a los interesados para conciliar las diferencias objeto de la petición (se subraya).-

La misma situación se predica con relación al total de pedidos y cuotas para los años 1998, 1999, 2000; el ejercicio de la interventoría contractual; el adelantamiento de campañas publicitarias etc., temas ajenos a la conciliación propuesta.

Obsérvese que es la misma Ley, (artículo 60 Ley 23 de 1991), la que no se limita a que se exponga el caso sino que se aduzcan o indiquen las pruebas que respalden las pretensiones, y que se concilien las diferencias objeto de la petición conciliatoria."

5º.- Inconforme el convocante de la conciliación con lo decidido por el a quo, presentó recurso de apelación en el cual señala que el gobernador no está legitimado para impugnar la conciliación realizada, lo cual solo pueden efectuar las partes intervinientes en el acuerdo de voluntades y ello cuando se presente un vicio del consentimiento. Expresa además que el acuerdo logrado entre las partes no resulta lesivo para el patrimonio público ni es violatorio de la ley. Por último, señala que el nuevo gerente de la Fábrica de Licores, sin esperar que el Consejo de Estado resuelva la apelación que ahora ocupa la atención de la Sala, decretó la caducidad del contrato.

6º.- En el trámite de la segunda instancia el apoderado judicial de la parte convocada presentó memorial mediante el cual solicita se confirme la decisión del a quo en el que manifiesta que la conciliación celebrada por las partes es ilegal por haberse pactado un nuevo contrato y ser incongruente con la solicitud inicial. Adicionalmente considera que es lesiva para los intereses de la empresa. Por último anota que

"... en materia de conveniencia o inconveniencia considero que la Sala debe tener en cuenta las peticiones del gobernador y del actual gerente de la Fábrica que, en este caso, precisamente por ser los funcionarios interesados en la buena marcha de la misma creo que son los más calificados para determinar su conveniencia o inconveniencia. No se trata, de modo alguno, de sugerir que luego de pactado un acuerdo la entidad pueda considerar "a posteriori" que el mismo es inconveniente y que su manifestación sea suficiente para que el mismo se impruebe.

Pero en el presente caso, dadas las circunstancias dentro de las cuales se realizó la conciliación, resulta claro que quien representó en ella a la Fábrica de Licores no tuvo en cuenta los factores anteriormente mencionados y su consentimiento para tal acto no constituyó la ejecución de la voluntad de quienes tenían legalmente el deber de regir los destinos de la empresa."

7º.- Mediante memorial presentado el 12 de marzo del presente año el apoderado judicial del convocante aportó copia de la propuesta comercial enviada por el gerente general de la Fábrica de licores del Tolima al gerente de la sociedad Escobar y Arias Ltda, en los siguientes términos:

"Conocedor no sólo de su trayectoria comercial que lo ha vinculado a ésta empresa por más de una década, sino de su moralidad comercial y crediticia y de su altamente demostrado compromiso institucional con la Fábrica; muy respetuosamente me permito proponer a Usted la realización de una transacción comercial basada en los siguientes términos:

La Fábrica de Licores del Tolima inició actividades de venta directa al público a partir de enero 6 del corriente año; para lo cual fijó mediante resolución número 003 de la misma fecha una lista de precios que concede descuentos por compras en volumen.

Sobre este mismo esquema, la Fábrica busca un comprador que tenga capacidad financiera para adquirir un mínimo de 330.000 unidades de 750 cc., o su equivalente, otorgando desde luego la

Fábrica unas condiciones de precio favorables para el comprador que cumpla con el requisito de volumen.

Como condiciones favorables, la empresa esta dispuesta a:

1.- Otorgar protección de mercado por un término no superior a ciento veinte (120) días calendario; durante los cuales la empresa se abstendrá de realizar facturaciones(1) de Aguardiente Tapa Roja para ser comercializado dentro del territorio del Departamento del Tolima; a no ser que se presenten uno o más compradores que cumplan con los requisitos de volumen.

2.- La protección de mercado de que trata el numeral uno, será ordenada mediante acto administrativo motivado.

3.- La Fábrica otorgará al comprador (que adquiera como mínimo 330.000 unidades de 750 cc., o su equivalente de Aguardiente Rapa Roja en una o varias facturaciones que no disten entre sí de más de 10 días) un descuento igual al 20% sobre los valores fijados en el artículo primero de la resolución número 003 de enero 6 de 1999 para ventas de 120 a 600 unidades de 750 cc., o su equivalente, liquidándose el descuento sobre el "Total a pagar" allí descrito.

4.- Adicionalmente y con el fin de compensar el esfuerzo financiero a realizar, la empresa bonificará la compra con la entrega de dos (02) unidades de 750cc, por cada veinte (20) de 750 cc, o su equivalente facturadas. Sobre esta bonificación el comprador sólo deberá cancelar, de estricto contado, el valor correspondiente al IVA.

5.- Se podrán pactar condiciones de crédito siempre y cuando por lo menos del sesenta por ciento (60%) de la compra se cancele de estricto contado. Para la otorgación de crédito se exigirá carta de crédito. Aceptación Bancaria y/o constitución de garantía real.

Como quiera que en la actualidad tanto la firma por Usted representada como ésta Fábrica, se encuentra a la espera del fallo a proferirse por parte del honorable Consejo de Estado respecto de la conciliación prejudicial que en agosto pasado se suscribiera entre las partes, si la sociedad "Escobar & Arias Ltda" acepta realizar la transacción descrita, la Fábrica de Licores del Tolima tendría en cuenta dicha compra dentro del volumen general pactado en el acto descrito para el año de 1999 esto en el evento en que el pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado sea favorable al acta conciliatoria." (subraya fuera del original)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- A partir de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro país que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del juez administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos.

Ya el Código de Procedimiento Civil en el artículo [341](#) había facultado a la Nación y a las entidades territoriales con la previa autorización del gobierno nacional, gobernador o alcalde según fuere el caso para transigir. También el Código Contencioso Administrativo en el artículo [218](#) en términos similares a los del Código de Procedimiento Civil permitió de manera inequívoca el allanamiento a las pretensiones de la demanda de las entidades públicas y la transacción.

Esto significa que en cuanto al acudir a los mecanismos de solución alternativa de conflictos las

entidades de derecho público efectúan un acto de disposición de los dineros del Estado (art. [2470](#) Código Civil), la ley ha querido rodearlos de exigencias mayores que las establecidas en el tráfico jurídico entre particulares.

De ahí que no sean de recibo para la Sala los argumentos expuestos por el apoderado del recurrente, cuando con fundamento en una decisión de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia referida a una conciliación de carácter laboral afirma que la posibilidad de su revisión es excepcional y que sólo procede frente a la invocación de vicios del consentimiento. Y no es exacta esa asimilación ya que la conciliación en materia laboral, en cuanto a las relaciones individuales, a diferencia de lo que sucede en materia contencioso administrativa, no está sujeta a la previa homologación por parte del juez y una vez acordada el acta correspondiente tiene fuerza de cosa juzgada (art. [78](#) Código Procesal del Trabajo; art. [54](#) Decreto 1818 de 1998).

II.- Lo primero que debe destacar la Sala en el presente caso, es el hecho de que el gobernador del Departamento del Tolima hubiera manifestado su oposición a la conciliación efectuada entre las partes.

Para el apoderado de la sociedad convocante dicho funcionario "no tiene nada que hacer si pretende cuestionar el acuerdo conciliatorio, pues no es parte del mismo, ni representa a la Fábrica de Licores del Tolima, ni la Junta Directiva de esta empresa le ha dado mandato representativo para tal fin".

A pesar de que al proceso no se aportó el documento que acreditara la naturaleza jurídica de la Fábrica de Licores del Tolima, del contrato suscrito entre las partes (fl. 14) se deduce que es una empresa industrial y comercial del Estado del orden departamental cuyo gerente es nombrado y removido libremente por el gobernador del departamento (fls. 107-108).

Como entidad descentralizada del orden departamental que es, la Fábrica de Licores del Tolima se encuentra sometida a la tutela gubernamental a través de la correspondiente secretaría, con miras a ejercer "el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política y programas de la administración departamental", en los términos del art. 264 del Código de Régimen Departamental(2).

En estas condiciones y a pesar de la autonomía que como persona jurídica ostenta la Fábrica de Licores del Tolima, para la Sala no puede resultar intrascendente la solicitud de improbación de la conciliación lograda entre las partes formulada por el gobernador del Tolima, "por las implicaciones jurídicas y económicas que acarrearía en caso de llegarse a aprobar esta conciliación efectuada por fuera de los parámetros trazados en mi gobierno y por la Junta Directiva de la Fábrica de Licores del Tolima".

III.- De la misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público(3).

Esto significa que hasta tanto el juez no apruebe u homologue el acuerdo conciliatorio, las partes pueden válidamente desistir del mismo cuando adviertan que el acuerdo logrado no resulta favorable o conveniente a sus intereses.

Reitera la Sala que en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una ellas en sentido contrario.

En este orden de ideas, la solicitud del gerente de la Fábrica de Licores del Tolima en esta instancia para que se impruebe la conciliación lograda ante el procurador judicial 27 en lo administrativo no puede ser ignorada por el juez llamado a controlarla y tiene el alcance de una retractación con respecto al acuerdo.

Adicionalmente, el hecho de que las partes con la conciliación pretendían prorrogar un contrato que posteriormente fue terminado por declaratoria de caducidad, según la manifestación del apoderado de la sociedad convocante y que ahora las partes se encuentran en un proceso de negociación en el que se involucra el acuerdo logrado, conducen a la Sala a confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

R E S U E L V E

CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 3 de septiembre 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

Ausente

GERMAN RODRIGUEZ V. JESUS MARIA CARRILLO B.

Presidente Sección

RICARDO HOYOS DUQUE JUAN DE DIOS MONTES H.

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

CARLOS ALBERTO CORRALES

Secretario Sección

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 Se exceptúan ventas a realizarse por promoción comercial y en el punto de venta ubicado en el Aeropuerto Perales de la ciudad de Ibagué.

2 Las disposiciones del título X sobre entidades descentralizadas del Código de Régimen Departamental no fueron modificadas por la Ley [489](#) de 1998 ya que esta se refiere al orden nacional.

3 Los arts. 60 y 65 de la Ley 23 de 1991 señalaban que el juez al revisar el acuerdo conciliatorio debía verificar que esta no fuera lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o que no se hallara viciada de nulidad absoluta.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

