

LAUDO ARBITRAL

SALINAS MARÍTIMAS DE MANAURE LIMITADA - SAMA LTDA., LA ASOCIACIÓN DE AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS WAYUU DEL ÁREA DE INFLUENCIA INMEDIATA DE LAS SALINAS DE MANAURE -SUMAIN-ICHI-, LA ASOCIACIÓN INDÍGENA DE LA GUAJIRA WAYA WAYUU Y LA ASOCIACIÓN DE CHARQUEROS EXPLOTADORES DE SAL DE MANAURE LA GUAJIRA – ASOCHARMA-

CONTRA

LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Bogotá, D. C., 8 de septiembre de 2009

1. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA, PLANTEAMIENTO GENERAL DEL LITIGIO Y RESUMEN DE LO RESUELTO.

1.1 ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

1.1.1 El 27 de junio de 1991, el gobierno colombiano, a través del IFI Concesión de Salinas, firmó un acuerdo con la comunidad Wayuu de Manaure –al cual nos referiremos de aquí en adelante como “el acuerdo del 91”- en el cual se acordó que se crearía una sociedad de economía mixta en la cual el Estado colombiano tendría una participación no inferior al 51% y la comunidad Wayuu una participación mínima del 25%, para la explotación de las salinas de Manaure. Las utilidades de esa sociedad se destinarían a satisfacer las necesidades fundamentales de la comunidad Wayuu de Manaure.¹

1.1.2 Por diferentes circunstancias, la sociedad no se constituyó dentro del plazo acordado, lo cual llevó a que con sentencia T-007² de 1995, la Corte Constitucional decidiera una acción de tutela amparando los derechos fundamentales de la comunidad Wayuu de Manaure y ordenó que se cumpliera el acuerdo de 1991 tal como había sido firmado o que se adoptaran medidas alternativas que produjeran los mismos efectos sobre la comunidad Wayuu, en el sentido de permitirles gozar de un especial nivel de vida en el medio en el cual habitan.

1.1.3 La Ley 773 de 2002. Por inconvenientes de diversa índole y discusiones jurídicas, después de la sentencia de tutela la

¹ Los antecedentes históricos y el marco sociológico de este acuerdo pueden consultarse en el libro “Las Salinas de los Wayuu”. Valbuena Wouriyu, Gustavo (Custodio) Editado por el proyecto “Promoción y Defensa de los Derechos Sociales, Culturales y Económicos de la Comunidad Wayuu de las Salinas de Manaure y por Management Science for Development Colombia Ltda. Bogotá, 2.005 También pueden consultarse los debates para la aprobación de la ley 773 de 2.002. Algunos de los testimonios recibidos en este proceso también ilustran sobre estos antecedentes.

² Ver: Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 188 y ss.

sociedad no se constituyó y hubo de promoverse una ley que autorizara al gobierno nacional a crear la sociedad. Esta ley, cuyo proyecto fue presentado por el Gobierno Nacional, fue la 773 de 2.002, en la cual efectivamente, en su artículo 1, se autorizó al Gobierno Nacional para crear una sociedad de economía mixta, en calidad de concesionaria, vinculada al Ministerio de Desarrollo (actual Ministerio de Comercio Industria y Turismo) cuyo objeto principal sería la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de sales que se producían en las salinas marítimas de Manaure, Guajira, actividades que desarrollaba el Instituto de Fomento Industrial –IFI-, en virtud de un contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1 de abril de 1970, por el que se creó el ente IFI Concesión de Salinas.

- 1.1.4 En el artículo 2 de la ley se dispuso que en los 3 meses siguientes a su entrada en vigencia, el IFI, a nombre de la Nación, entregaría, en calidad de capital inicial de la nueva sociedad, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada, en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, Guajira, a la asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayuu del área de influencia de las Salinas de Manaure, “Sumain Ichi”, en un 25%, al Ministerio de Desarrollo Económico como representante de la Nación en la nueva sociedad el 51%, y el 24% restante al municipio de Manaure, Guajira. Estas transferencias accionarias se harían a las partes referidas como socias de la nueva empresa sin que implicara para ellas costo alguno.

Y agregaba este artículo:

“Al momento de constituirse la sociedad de economía mixta, que se autoriza en el artículo 1o. de la presente ley, la participación de la asociación “Sumain Ichi”, no podrá ser inferior al 25% del capital suscrito y pagado. Una vez constituido este porcentaje podrá variar al igual que el de los otros accionistas de la sociedad.

Las utilidades que obtenga el Municipio de Manaure, Guajira, como consecuencia de la participación en esta sociedad serán destinadas a atender los costos que implican el suministro de agua en su territorio a través del sistema no convencional de los molinos de viento.”

- 1.1.5 El artículo 3 dispuso:

“Entrega de los activos involucrados en la prestación de los servicios públicos. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley y con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de educación, salud, suministro de agua y saneamiento básico de la Media y Alta Guajira, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la nación entregará los activos involucrados en la prestación de dichos servicios públicos a las administraciones municipales responsables de su prestación y en cuyo territorio se encuentran ubicados dichos

activos, de acuerdo a las definiciones y procedimientos legales vigentes. El Gobierno Nacional entregará los activos involucrados a la prestación de los servicios públicos de provisión de agua en óptimas condiciones de funcionamiento.

PARÁGRAFO. La totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada, suscrito entre la Nación y el Instituto de Fomento Industrial, IFI, al que se refiere el artículo 1o. de la presente ley, que no estén vinculados a la prestación de servicios públicos o a la explotación de las salinas nacionales de Manaure, Guajira, serán igualmente transferidos a nombre de la Nación, por parte del Instituto de Fomento Industrial, IFI, a las administraciones municipales donde se encuentren ubicados.”

- 1.1.6 Esta ley fue objeto de 2 demandas de inconstitucionalidad, una en la parte de su artículo 1 que decía “en calidad de concesionaria” y otra por vicio de trámite. De la sentencia C -620 de 2.003, que resolvió sobre estas demandas, deben destacarse los siguientes puntos:

La ley otorgó una autorización para la creación de la sociedad, no impuso una obligación, con lo cual se dejó claro que para su constitución se requeriría la voluntad de las comunidades indígenas (uno de los argumentos de la demanda era que se violaba el derecho de la comunidad Wayuu a acceder a la salina por los mecanismos del Código de Minas). De manera que si éstas no accedían a la creación de la sociedad podían acudir a los mecanismos del Código de Minas (que concede prelación a las comunidades indígenas) para hacerse a la explotación de la mina cumpliendo los trámites y exigencias normales de dicho código. (De hecho, el Ministerio de Minas, por resolución 181087 de 21 de octubre de 2.002, había declarado y delimitado la Zona Indígena de Manaure, a favor de la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayuu del Área de Influencia de las Salinas de Manaure -SUMAIN ICHI- y ésta habían radicado una propuesta de contrato de concesión minera en INGEOMINAS, bajo el número DKT 161. El trámite del Código de Minas hubiera implicado someterse a un proceso licitatorio y el cumplimiento de requisitos e inversiones que no se requería cumplir por la sociedad que se crearía con base en la Ley 773 de 2.002.)

La Corte destacó que sin el mecanismo de la sociedad la comunidad Wayuu tendría serias dificultades para acceder a la explotación de las minas.

Resaltó que si bien la sociedad sería concesionaria de las salinas, la explotación de las mismas se haría dentro del marco de un contrato de concesión minera que celebrarían el Ministerio de Minas con dicha sociedad.

También llamó la atención en el sentido de que las utilidades de la sociedad no serían de libre disposición por los socios, sino que deberían ser invertidas en las necesidades de la comunidad, no solo de las que firmaran el contrato social, sino de todas las comunidades del área de influencia de las salinas. Bajo este entendimiento se declaró que la ley era constitucional.

- 1.1.7 Avalada la Ley por la Corte Constitucional, el gobierno decidió que

para lograr que la explotación de las salinas beneficiara no solo a la asociación que firmara el contrato de sociedad, que sería en principio SUMAIN ICHI, sino también a las otras comunidades del área de las salinas, una vez creada la sociedad la Nación cedería sus aportes, en una proporción tal que en la sociedad quedarán representadas no solo la comunidad SUMAIN ICHI, sino también la Asociación de Cosechadores de las Charcas Shorshimana y Manaure –WAYA WAYUU- y la Asociación de Charqueros Paralelos de Manaure - ASOCHARMA-

Esta decisión generó la duda jurídica de si el Estado podía ceder sus bienes a las asociaciones indígenas Waya Wayuu y Asocharma, que son de derecho privado, dado que el artículo 355 de la C.P. prohíbe a las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Consejo de Estado, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 3 de junio de 2004, conceptuó que en este caso sí era posible porque se haría en cumplimiento de un deber constitucional de proteger la diversidad étnica y cultural de los Wayuu.

1.1.8 El 21 de diciembre de 2004, con Escritura Pública 135 de la Notaría Única de Uribia (de ahora en adelante “la Escritura 135”) se formalizaron varios actos jurídicos, así:

- a) Un contrato de sociedad, por el cual se crea SALINAS MARITIMAS DE MANAURE LTDA –SAMA Ltda-, que consta del artículo primero, al artículo trigésimo de la Escritura 135, el cual fue acordado, según consta en el artículo primero de la Escritura, por el Ministro de Comercio Industria y Turismo en nombre de la Nación, por el alcalde del Municipio de Manaure, y por el representante legal de la asociación SUMAIN ICHI.

El capital social quedó constituido por los activos vinculados al contrato de administración delegada desarrollado por el IFI Concesión de Salinas, a los cuales se les asignó un valor de \$60.720.000.000⁰⁰ y se declaró pagado en su integridad, distribuido así entre los socios iniciales: la Nación 51%, SUMAIN ICHI 25% y el Municipio de Manaure 24%. Después de la cesión de derechos de la Nación, lo cual se hizo en la misma Escritura (según acto al que nos referiremos en el próximo literal): SUMAIN ICHI 36%, Municipio de Manaure 24%, WAYA WAYUU 30% y ASOCHARMA 10%) En el contrato de concesión minera, al cual nos referimos también más adelante (literal “c”) se condicionó la entrega material de estos bienes a la sociedad creada, a que se contratara un operador privado.

Se dispuso que la naturaleza de la sociedad es la de una sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo), bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada, regida para el ejercicio de su objeto social y actos conexos por el derecho privado, pero sujeta, en cuanto a su régimen de contratación, a la Ley 80 de 1993 (artículo primero de la Escritura 135)

Su objeto social principal es la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure departamento de la Guajira, mediante el sistema de concesión y en la calidad de concesionaria que le confiere el Artículo 1 de la Ley 773 de 2.002. Se expresa en el artículo sobre el objeto social, que para las labores de explotación de las salinas se contratará, por licitación pública, un operador privado con capacidad técnica y económica para dichas labores.

Se crearon los órganos sociales usuales de las sociedades de responsabilidad limitada y se acordó que, además del control administrativo que por ley corresponde al Gobierno por tratarse de una sociedad de economía mixta, control al que se hizo referencia expresa en el Artículo vigésimo de la Escritura 135³, se creó un Comité Transitorio Institucional de Vigilancia (artículo décimo quinto de la Escritura 135) por 10 años, con funciones de asesoría y seguimiento, para lograr los propósitos perseguidos con la constitución de la sociedad, según el acuerdo del 91 y la Ley 773 de 2.002 y con funciones específicas de: -aprobar la designación del gerente; -emitir concepto previo favorable para la designación del operador privado; -emitir concepto sobre la planta de personal que estructure la junta general de socios; -asesorar a la junta en el señalamiento de las prioridades de inversión de la sociedad y de las utilidades de los socios; -asesorar al Gobierno Nacional en el diseño de los planes y programas de administración y capacitación intercultural que implante para la comunidad Wayuu acceda paulatinamente a la gestión técnica y administrativa de la sociedad, así como en la adopción por el gobierno de las medidas conducentes a su mejoramiento; -asesorar a la junta de socios en la adopción de las recomendaciones de la banca de inversión y en la integración de las charcas familiares a la comercialización de sal de la sociedad; -asesorar en las decisiones relativas a la cesión de cuotas e inclusión de nuevos socios; -recomendar al Gobierno la aplicación de la cláusula resolutoria de las cesión de aportes de la Nación a las comunidades indígenas (ver literal siguiente); -aprobar políticas de inversión de excedentes de tesorería; y las demás que la junta de socios le solicite.

Este comité está conformado por: -dos representantes de la sociedad; -un representante del Ministerio de Minas y Energía; -un representante del Ministerio de Comercio Industria y Turismo y -el representante legal del IFI Concesión de Salinas, el cual, una vez se termine la liquidación de este organismo, será reemplazado por otro representante del Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

En los artículos vigésimo primero a vigésimo quinto de la Escritura (pertenece al contrato de sociedad) se acordó que la sociedad

³ Por virtud de este control administrativo se pactó, en el Artículo vigésimo, que el Gobierno se aseguraría que las actividades y funciones de la sociedad se cumplan de acuerdo con el acuerdo del 91 y la ley 773 de 2002, en armonía con las políticas gubernamentales y de conformidad con los planes y programas adoptados con tal objeto, para lo cual la sociedad celebrará con el citado ministerio convenios, planes o programas de desempeño, en los cuales se determinen los compromisos y obligaciones de las partes, los plazos, deberes de información e instrumentos de control para garantizar la eficiencia y eficacia de la gestión.

contrataría un operador privado, con capacidad técnica y financiera para ejecutar la concesión minera, mejorar la infraestructura y aumentar el potencial productivo del centro salinero. El operador sería seleccionado por el procedimiento de licitación pública, por un comité conformado por representantes de la sociedad, previo concepto favorable del Comité Interinstitucional de Vigilancia. Los requisitos mínimos que se exigirían al operador privado serían definidos por la junta general de socios, con base en un estudio de banca de inversión que el IFI Concesión de Salinas contrataría para el efecto.

Como obligaciones mínimas que se exigirían al operador privado, se mencionaron las siguientes (Artículo vigésimo segundo): -contratar 75% de mano de obra de la región; -desarrollar un plan de inversiones aprobado por la autoridad minera, de acuerdo con el Código de Minas; administrar las cosechas indígenas asegurando su financiación; y dirigir y administrar el proceso de integración de las charcas familiares a la comercialización de sal de la sociedad.

Para resolver las diferencias entre la sociedad y sus socios, o entre éstos, se acordó una cláusula compromisoria del siguiente tenor literal:

“Artículos Trigésimo: Arbitramento.- Las diferencias que se presenten entre los socios o entre éstos y la sociedad durante la vigencia de ésta, su disolución o liquidación se someterán a la decisión de un (1) árbitro que será designado por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad y en su defecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a solicitud de cualquiera de las partes, entendiéndose por tales quienes discutan una misma pretensión. El árbitro fallará en derecho. Así mismo, requerirá autorización expresa para conciliar las pretensiones de las partes.

En caso de que la diferencia versare únicamente sobre asuntos técnicos, científicos o cuantitativos, en los cuales no se requiera pronunciamiento del derecho, las partes se someten desde ahora al arbitramento técnico, con un (1) árbitro designado en la forma antes prevista.”

b) Una cesión de derechos sociales de la Nación, representada por el Ministro de Comercio Industria y Turismo, a las asociaciones SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA, quienes manifestaron su aceptación a dicha cesión, todo lo cual consta en el artículo sexto de la Escritura 135

i. Esta cesión quedó sometida a condición resolutoria por cualquiera de los siguientes hechos.

1. Que los cesionarios voten favorablemente cualquier decisión, o autoricen cualquier acción o permitan cualquier omisión que contradiga la destinación general de los bienes, recursos o utilidades de la sociedad.

2. Que los cesionarios voten favorablemente cualquier decisión, o autoricen cualquier acción o permitan cualquier omisión que contradiga el destino específico de los bienes o recursos de la sociedad.
 3. Que los cesionarios voten favorablemente cualquier decisión, o autoricen cualquier acción o permitan cualquier omisión que modifique lo dispuesto en los estatutos de la sociedad sobre la contratación de un operador.
 4. Que los cesionarios voten favorablemente cualquier decisión, o autoricen cualquier acción o permitan cualquier omisión que contradiga los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales a los cuales están sujetos los bienes de la sociedad.
 5. Que los cesionarios voten favorablemente cualquier decisión, o autoricen cualquier acción o permitan cualquier omisión que contradiga el destino específico de las utilidades de la sociedad, según lo previsto en el acuerdo del 91 y en la Ley 773 de 2002
 6. Que los cesionarios voten favorablemente una reforma de los estatutos sociales que implique el desconocimiento, recorte, o disminución de los derechos de la Nación se reserva en la administración de SAMA como parte del Comité Interinstitucional Transitorio de Vigilancia, durante 10 años
- c) Un contrato de concesión minera, celebrado entre SAMA Ltda y la Nación, representada por el Ministerio de Minas y Energía, contrato que consta en los artículos trigésimo primero a quincuagésimo séptimo de la Escritura 135. Este contrato se remite, en lo no regulado por él expresamente, al Código de Minas y, por otra parte, contiene las cláusulas propias de los contratos de concesión, incluyendo la posibilidad de la imposición de multas por la concedente y una cláusula de caducidad de acuerdo con el Código de Minas. No se dispone nada en relación con la forma de dirimir diferencias entre las partes, por lo cual este aspecto se entiende regulado por el Artículo 293 del Código de Minas, Ley 685 de 2.001, el cual atribuye la competencia sobre estos contratos, en primera instancia, a los tribunales administrativos del lugar de su celebración.

En el contrato de concesión minera, en el artículo quincuagésimo quinto de la Escritura 135, se pactó (entre SAMA Ltda y la Nación – Ministerio de Minas y Energía-) que SAMA Ltda debería contratar un operador privado de las salinas, antes del 1 de julio de 2006 y que mientras no lo hiciera no se le haría entrega material de los activos de las salinas y que su condición de concesionaria de las salinas quedaba sujeta a condición suspensiva. Mientras tanto, el IFI Concesión de Salinas continuaría a cargo de las salinas, pero entregaría a SAMA Ltda \$50.000.000^m y pagaría un a porte mensual del 3% de las ventas brutas de las salinas de Manaure,

con el cual se pagaría en 6 meses los \$50.000.000^o. SAMA Ltda asumió la obligación de adelantar las acciones necesarias para conseguir la licencia ambiental, la concesión portuaria, el análisis del estudio de la banca de inversión y las actividades propias para contratar, por licitación pública, el operador privado.

Por varias razones, como fueron las dificultades jurídicas para definir quién debía pagar un impuesto de timbre, tropiezos en los trámites ante las oficinas estatales para lograr las licencias requeridas y el registro minero, lo cual era necesario para contratar el operador privado por licitación pública, llevaron a que en varias oportunidades se prorrogara el plazo pactado en el contrato de concesión minera para la contratación del operador privado, el último de los cuales se venció el 30 de junio de 2.007

1.1.9 El 11 de octubre de 2.007, el Ministro de Comercio Industria y Turismo acudió a la Notaría 70 del Círculo Notarial de Bogotá y elevó a Escritura Pública, identificada como la N° 1592, una declaración manifestando que:

- a) El artículo quincuagésimo quinto de la Escritura 135 (que pertenece al contrato de concesión minera) suspende los derechos de SAMA Ltda. como concesionaria de las salinas mientras no contrate un operador privado
- b) Que SAMA Ltda ha incumplido reiteradamente esa obligación.
- c) Que el incumplimiento de SAMA Ltda de esa obligación es una condición resolutoria para disolver la sociedad.
- d) Que los cesionarios de los derechos sociales de la Nación en la sociedad SAMA Ltda, contrajeron la obligación de contratar un operador privado, cuyo incumplimiento acarrearía la resolución de pleno derecho de dicha cesión.
- e) Que ni las comunidades cesionarias de los derechos sociales cedidos, ni la sociedad, han cumplido las obligaciones propias de la contratación, por licitación pública, del operador privado.
- f) Que operó de pleno derecho la condición resolutoria de la cesión de derechos de la Nación a las comunidades indígenas.
- g) Que como consecuencia de haber operado la condición resolutoria y de la declaratoria que de ello se hace, el Ministerio adquiere nuevamente su calidad de socio mayoritario de SAMA Ltda., con una participación del 51%
- h) Que la nueva composición del capital de SAMA Ltda., es: Ministerio de Comercio Industria y Turismo 51%; Asociación SUMAI ICHI 25%; y Municipio de Manaure, Guajira, 24%

1.2 PLANTEAMIENTO GENERAL DEL LITIGIO Y RESUMEN DE LO RESUELTO

A manera de síntesis, solo para encuadrar conceptualmente el negocio y con la advertencia de que este resumen no reemplaza las consideraciones jurídicas del

laudo, las cuales se harán en extenso más adelante, el planteamiento general de la litis es el siguiente:

1.2.1 La Demanda

En la demanda se hacen, en general, cuatro peticiones:

La primera, relacionada con la declaración que hizo el Ministerio de Comercio Industria y Turismo en la Escritura 1592 del 11 de octubre de 2.007, en la que declara la resolución de pleno derecho de la cesión de su participación en la sociedad SAMA Ltda y dice que de ese momento en adelante tiene otra vez el 51% del capital de SAMA. Se pide que se declare que esa manifestación es un acto ineficaz de pleno derecho (que se reconozcan los presupuestos de la ineficacia de ese acto) o, en subsidio, que se declare que es absolutamente nulo.

La segunda, que se declare la nulidad de la exigencia de contratar un operador privado que se impuso a SAMA como condición suspensiva para recibir materialmente los activos vinculados a la explotación minera de las salinas.

La tercera, que la Nación indemnice a SAMA Ltda por no haber hecho la entrega material de los aportes, los cuales, habiéndose declarado la nulidad de la condición que impedía hacerlo, debió ocurrir desde la constitución de la sociedad, en diciembre de 2.004.

La cuarta, que la Nación indemnice a las comunidades Wayuu por no haber constituido SAMA Ltda y haber hecho la entrega material de los bienes vinculados a la explotación de las salinas, desde la firma del acuerdo del 91, o , al menos, desde 3 meses después de entrar en vigencia la Ley 773 del 14 de noviembre 2.002

1.2.2 La defensa.

Por su parte, la Nación defiende sus intereses alegando que la declaración de la Escritura 1592 de 2.007 es legítima, dado que operó una condición resolutoria de pleno derecho, consistente en que SAMA no contrató el operador privado y, además, sosteniendo que el Tribunal no tendría competencia para pronunciarse sobre la pretensión de que se declare que lo dicho en esa Escritura es ineficaz.

Segundo, que el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre actos que no forman parte del contrato de sociedad, tales como los supuestos incumplimientos de la Nación del acuerdo del 91 y de la Ley 773 de 2.002

Tercero, que no hay cláusula alguna de la Escritura 135 de 2.004 que esté viciada de nulidad.

Cuarto, que SAMA Ltda incumplió su compromiso de contratar el operador privado, y, por tanto, la Nación fue obligada a recuperar su participación en la sociedad, lo cual la hizo incurrir en perjuicios que deben ser indemnizados

1.2.3 Síntesis de la Decisión

Primero, se encuentra que la declaración del Ministerio de Comercio Industria y Turismo es un acto absolutamente nulo por objeto ilícito, dado que viola normas de orden y derecho público. Por que la ocurrencia de una condición resolutoria

pactada como de “pleno derecho” no permite a las partes de un contrato hacerse justicia por propia mano. Además, se encuentra que no todo lo que se manifiesta en la Escritura Pública 1592 de 2.007 es cierto.

Segundo, se acepta que el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre peticiones que no se originan en el contrato de sociedad, bien por basarse en hechos anteriores a este contrato o por pertenecer al contrato de concesión minera.

Tercero, teniendo en cuenta los antecedentes de la Escritura 135, en especial el acuerdo del 91 y la Ley 773 de 2.002, no se encuentra que la contratación de un operador privado a que se hace referencia en el contrato de sociedad atente contra norma alguna, sino que, por el contrario, parece una fórmula razonable para la explotación de unas salinas que requieren de importantes inversiones para las cuales los socios no tienen recursos. Respecto de la condición suspensiva de contratar el operador privado, pactada en el artículo quincuagésimo quinto de la Escritura 135, pero que pertenece al contrato de concesión minera, no se pronuncia el Tribunal por carecer de competencia.

Cuarto. Si bien el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre el incumplimiento de SAMA en cuanto a su obligación de contratar el operador privado dentro del plazo acordado en el artículo quincuagésimo quinto de la Escritura 135, que pertenece al contrato de concesión minera, se considera, sin pronunciarnos de fondo, que SAMA no pudo cumplir con esa obligación por hechos ajenos a su voluntad, como la imposibilidad de pagar el impuesto de timbre sobre el contrato de concesión y los problemas jurídicos que se suscitaron ante distintas dependencias para los trámites asumidos por SAMA.

Quinto. Como no se declara la nulidad de las cláusulas que se refieren al operador privado, y no se ha cumplido con la condición de contratarlo, no se accede a ninguna de las pretensiones de condena, todas las cuales dependen de esa declaratoria de nulidad y del incumplimiento de la Nación de hacer la entrega material de los bienes vinculados a la actividad de las salinas.

Sexto. Tampoco se condena a SAMA por el supuesto incumplimiento de su obligación de contratar el operador privado, primero, porque no resulta competencia del Tribunal, por ser ésta una obligación del contrato de concesión y, porque, si hubiera competencia, parece claro que hasta el momento hubo obstáculos insuperables, catalogables como fuerza mayor, que han hecho imposible cumplir esa obligación.

2. CAPÍTULO SEGUNDO: DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL.

2.1 El 4 de febrero de 2008, la sociedad Sama Ltda. por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de dirimir el conflicto suscitado con La Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía, Instituto de Fomento Industrial en Liquidación e IFI-Concesión de Salinas En Liquidación respecto del contrato de sociedad contenido en la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia. Esta solicitud fue sustituida en su integridad por escrito radicado el 3 de abril de

2008, incluyendo como partes convocantes a las asociaciones Sumain-
Ichi, Waya Wayúu y Asocharma.

- 2.2 El 10 de abril de 2008, mediante Auto No. 2, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a los integrantes de la Parte Convocada, corriéndole traslado de la convocatoria. Adicionalmente y en la misma providencia, según lo previsto por el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y con el objeto de integrar debidamente el contradictorio, el Tribunal ordenó notificar el Auto referido y correr traslado de la convocatoria al representante legal del Municipio de Maure, en calidad de socio de la sociedad Sama Ltda.
- 2.3 El 11 de abril de 2008, se notificó personalmente del Auto Admisorio de la convocatoria y se le corrió traslado de la misma al señor Humberto Rafael Martínez Fajardo, en calidad de alcalde y representante legal del Municipio de Manaure (Guajira). El representante legal del Municipio de Manaure, dejó vencer el término de traslado sin realizar actuación alguna.
- 2.4 El 15 de abril de 2008, el doctor Felipe de Vivero Arciniegas, actuando como apoderado de la Nación-Ministerio de Minas y Energía, IFI-Concesión de Salinas, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo presentó sendos recursos de reposición contra el Auto Admisorio de la convocatoria. De dichos recursos de reposición se corrió traslado al apoderado de la Parte Convocante, el cual fue descorrido mediante escrito presentado el 17 de abril de 2008.
- 2.5 El 29 de abril de 2008, mediante Auto No. 3, el Tribunal de Arbitramento resolvió los recursos presentados desestimando los argumentos esgrimidos por los integrantes de la Parte Convocada y confirmando el Auto No. 2 del 10 de abril de 2008.
- 2.5 El 16 de mayo de 2008, mediante apoderado judicial, cada uno de los integrantes de la Parte Convocada contestó la convocatoria ante el Tribunal y propuso excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado el 27 de mayo de 2008. Con la misma fecha el apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, presentó demanda de reconvención.
- 2.7 El 23 de mayo de 2008, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y notificó el auto admisorio de la reconvención por estado del 27 de mayo de 2008, corriéndole traslado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.
- 2.8 El 29 de mayo de 2008, el apoderado de la Parte Convocante descorrió, oportunamente, el traslado de las excepciones propuestas a la demanda principal.
- 2.9 El 6 de julio de 2008, el apoderado de la Parte Convocante contestó la demanda de reconvención ante el Tribunal y propuso excepciones de mérito.
- 2.10 El 17 de junio de 2008, el apoderado de La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo descorrió, oportunamente, el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda de reconvención.

- 2.11 El 8 de agosto de 2008 se citó a las partes para la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 29 de agosto del 2008. En dicha audiencia se contó con la presencia del delegado del Ministerio Público y ésta fue declarada fracasada por el Tribunal en razón a la falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

3. CAPÍTULO TERCERO: DEMANDAS Y EXCEPCIONES

3.1 DEMANDA

3.1.1 HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

- 3.1.1.1 El Estado Colombiano a través del Ministerio de Desarrollo Económico, Ministerio de Minas e IFI Concesión de Salinas y, la comunidad Wayuu, suscribieron un Acuerdo el 27 de Julio de 1991 relativo a la explotación de las minas de sal de Manaure.
- 3.1.1.2 El acuerdo de julio 27 de 1991 se suscribió con el fin de darle solución a una problemática económica – social que se presentó en Manaure debido a que la comunidad Wayuu venía explotando ancestralmente las minas de sal de Manaure y el Estado Colombiano, a través del Banco de la Republica, en 1936 asumió la explotación directa de dichas minas con el compromiso de realizar una serie de obras en la región así como el pago de unas compensaciones a favor de la comunidad Wayuu, lo cual fue incumplido por el Gobierno. El mencionado acuerdo fue suscrito por la nación representada por el Ministerio de Desarrollo Económico, Ministerio de Minas y Energía y el IFI Concesión Salinas.
- 3.1.1.3 Posteriormente y mediante el contrato de administración delegada de abril 1º de 1970, El Banco de la República delegó la administración y explotación de las minas en el IFI.
- 3.1.1.4 Para cumplir con dicha administración, se creó el organismo gubernamental denominado IFI Concesión Salinas, como una entidad estatal encargada de la explotación de las minas de sal existentes en el país.
- 3.1.1.5 En el acuerdo de julio 27 de 1991 el Estado confiesa que la explotación de las minas por parte de la comunidad Wayuu es de carácter histórico y anterior a la formación del mismo Estado Colombiano.
- 3.1.1.6 Igualmente se acepta que la comunidad Wayyu tiene una vinculación centenaria en la explotación de las minas de Manaure.
- 3.1.1.7 Igualmente se acepta que la explotación de sal por el Estado ha afectado el medio ambiente, ha traído cambios en la región y ha afectado la forma de producción y vida de la comunidad Wayuu.

- 3.1.1.8** Teniendo en cuenta todo lo anterior, el acuerdo de julio 27 de 1991 se suscribió con el fin de terminar los conflictos existentes entre el Estado, IFI Concesión salinas y la comunidad, así como con el fin de fortalecer el desarrollo de la comunidad wayuu.
- 3.1.1.9** Para lograr los fines anteriores, en el documento de julio 27 de 1991 básicamente se acordaron dos mecanismos:
- a) La constitución del fondo de bienestar social y desarrollo de la comunidad Wayuu de Manaure (FonWayuu).
 - b) La Constitución de una sociedad de economía mixta con participación de la comunidad Wayuu y con el fin de asumir la explotación de sal que en esa época venía adelantando el IFI.
- 3.1.1.10** La sociedad se constituiría teniendo en cuenta los siguientes criterios:
- a) Rentabilidad económica y factibilidad ambiental;
 - b) Garantizar la óptima calidad de la sal;
 - c) Garantizar la participación de la comunidad Wayuu en la política general de la sociedad.
 - d) Reorganizar la cosecha indígena de las charcas.
- 3.1.1.11** En el mismo acuerdo del año 91, el estado se comprometió a que los pasivos que tuvieran el IFI, no afectarían a la nueva sociedad.
- 3.1.1.12** La nueva sociedad debía estudiar la factibilidad de poner a funcionar una planta refinadora de sal.
- 3.1.1.13** De igual forma, en el punto 4, el Estado se comprometió a garantizar el cumplimiento de los acuerdos logrados con la comunidad Wayuu, mientras se constituía la nueva sociedad.
- 3.1.1.14** De igual forma se acordó la constitución de una comisión técnica con el fin de establecer los mecanismos de entrega de las utilidades a los socios.
- 3.1.1.15** Pese a que el Estado garantizó el cumplimiento del acuerdo logrado y se previó un plazo de 6 meses para implementar la constitución de la sociedad, el Estado no cumplió con ninguna de sus obligaciones consignadas en el mencionado acuerdo de 1991.
- 3.1.1.16** En vista de que el estado no atendía las justas reclamaciones de la comunidad Wayuu, la Procuraduría General de la Nación, de manera oficiosa, presentó una acción de tutela contra el Estado Colombiano a fin de que se le obligara a cumplir con lo que se comprometió en el acuerdo del año 1991.
- 3.1.1.17** De todas maneras, la comunidad Wayuu ya venía reclamando al Estado que cumpliera con sus compromisos adquiridos desde el año 1991.

- 3.1.1.18** En la sentencia T- 007 /95 que definió la tutela, la Corte expresamente manifestó lo siguiente: “La administración incumplió los compromisos contraídos (...) la constante que explica la conducta oficial es, de manera general, el insuperable desgano administrativo en la ejecución de las medidas a implementarse...”
- 3.1.1.19** En la PARTE RESOLUTIVA TERCERA de la sentencia T-007/95 se le concedieron 90 días hábiles al Estado para tomar las medidas correctivas que fueran del caso y a favor de la comunidad Wayuu.
- 3.1.1.20** No obstante tratarse de una sentencia de tutela en firme y proferida por la Corte Constitucional, el Estado no ha cumplido con lo mandado en la sentencia.
- 3.1.1.21** En vista del incumplimiento al acuerdo del año 91 y el incumplimiento a la sentencia de tutela T-007 de 1995, la comunidad Wayuu siguió protestando y exigiendo el cumplimiento a lo prometido, lo cual produjo un nuevo documento de fecha febrero 12 de 1995 que se conoce con el siguiente título: ERNESTO SAMPER PIZANO, FIRMA EN MANAURE EL “DOCUMENTO DESARROLLO DEL ACUERDO CON LOS WAYUU”. En dicho documento el Estado reitera sus obligaciones del año 91 y además precisa lo siguiente:
- a) La creación de la empresa de economía mixta SAMA.
 - b) El estado se comprometió a reactivar las Salinas de Manaure y a realizar una serie de inversiones con el fin de entregar a la nueva sociedad la explotación de las minas, “en condiciones óptimas de producción”.
 - c) Sama revisaría, y actualizaría el estudio de factibilidad para la instalación de la planta de refinación de sal para cuyo montaje, el IFI dispondría de una suma de inversión que sería adicional al capital social de Sama.
- 3.1.1.22** Posteriormente y de manera tardía, el gobierno finalmente promovió un proyecto de Ley para constituir la sociedad de economía mixta prevista desde el acuerdo de 1991.
- 3.1.1.23** Como consecuencia del proyecto presentado por el gobierno se expidió la Ley 773 del 19 de noviembre de 2002.
- 3.1.1.24** La mencionada Ley 773 autorizó la constitución de la sociedad de economía mixta (Sama Ltda.), empresa que en calidad de concesionaria tendrá como objeto social principal “...la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, Guajira, actividades que actualmente desarrolla el instituto de fomento industrial IFI...”
- 3.1.1.25** En el artículo 2º de la mencionada Ley se dispuso que dentro de los 3 meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley, el IFI a nombre de la Nación, debía entregar la totalidad de los activos vinculados a la explotación de las minas de sal de Manaure a la nueva sociedad.

- 3.1.1.26** El artículo 1º de la Ley 773 de 2002 fue demandado ante la Corte Constitucional y dicha corporación lo declaró exequible mediante sentencia C-620 de julio 29 de 2003.
- 3.1.1.27** En dicha sentencia se deja en claro que la autorización para constituir Sama tiene como antecedente y finalidad, cumplir con lo acordado en julio 27 de 1991.
- 3.1.1.28** A pesar de los términos perentorios de la ley y de la sentencia de exequibilidad de julio de 2003, el Estado seguía dilatando la efectiva constitución de la sociedad, bajo el pretexto de requerirse un concepto del Consejo de Estado.
- 3.1.1.29** El Consejo de Estado, sala de Consulta y servicio civil, rindió concepto favorable a la negociación, del día 3 de junio de 2004.
- 3.1.1.30** Finalmente, mediante Escritura publica 135 del 21 de diciembre de 2004, suscrita en la notaria única de Uribía, se constituyó la sociedad comercial y de economía mixta denominada Sama Ltda., la cual se rige por el derecho privado.
- 3.1.1.31** A la constitución de Sama Ltda. comparecieron como partes: por un lado, la Nación representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Minas y el IFI Concesión Salinas y por otra parte, el municipio de Manaure; finalmente, también asistieron como partes los representantes de las comunidades indígenas Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma.
- 3.1.1.32** Todas las partes anteriormente anotadas, de común acuerdo, expusieron lo relativo a los antecedentes y razones por las cuales se constituye la sociedad Sama, en las primeras 14 páginas de la Escritura y en la primera cara del la paginas 15.
- 3.1.1.33** En esas consideraciones preliminares, las partes, de común acuerdo, reiteradamente se remiten al acuerdo del año 1991, a la sentencia T-007 de 1995, a la Ley 773 de 2002, a la sentencia C-620 de 2003 y al concepto del Consejo de Estado – Sala de consulta de fecha junio 3 de 2004.
- 3.1.1.34** A través de todos los tratos preliminares, los cuerdos previos y la constitución de Sama Ltda. Se evidenció la existencia y actuación de dos partes diferentes: la parte fuerte representada en el Estado o Nación colombiana y por otro lado, la parte débil o comunidad indígena Wayuu, lo cual fue corroborado y explicitado por la Corte Constitucional en sentencias T-007 de 1995 y C-620 del 2003.
- 3.1.1.35** Desde la negociación del acuerdo del año 91 hasta la fecha se ha evidenciado que en los tratos preliminares y contractuales siempre ha habido dos partes: la parte fuerte o Estado Colombiano y la parte débil o comunidad Wayuu.
- 3.1.1.36** Abusando de esta posición dominante el Estado no solamente dilató injustificadamente el compromiso adquirido desde el año 1991 en el sentido de constituir la sociedad Sama Ltda., sino que igualmente

elaboró la minuta que se convirtió en los estatutos sociales contenidos en la EP N° 135.

- 3.1.1.37** El Estado Colombiano, contando con la facilidad que le ofrecen los asesores judiciales internos y externos de dos ministerios y del IFI, preparó unos estatutos acomodados abiertamente a su favor y en contra de la comunidad Wayuu, cuyos representantes, de buena fe, creyeron que el gobierno elaboró una minuta conforme a la ley y en condiciones de equidad.
- 3.1.1.38** El gobierno Colombiano aprovechándose y abusando de su posición dominante, introdujo una serie de cláusulas abusivas y de cláusulas nulas, en la Escritura 135 del 2004.
- 3.1.1.39** El gobierno colombiano, abusando de su posición dominante, introdujo en la Escritura Pública N° 135 una serie de cláusulas que desconocen abierta y manifiestamente la Ley 773 de 2003, la sentencia C-620 de 2003, la sentencia T-007 de 1995; así como el concepto del Consejo de Estado de junio 3 de 2004 el cual, si bien no resultaba obligatorio, si debió ser tenido muy en cuenta.
- 3.1.1.40** El contrato contenido en la Escritura publica 135 de 2004 bajo el título de “CONSTITUCIÓN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y CESION DE DERECHOS DE LA NACION SALINAS DE MANAURE LIMITADA SAMA LTDA”. fue suscrito por tres partes a saber: la Nación representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía e IFI Concesión Salinas; el Municipio de Manaure y, la comunidad Wayuu representada por las asociaciones Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma.
- 3.1.1.41** Pese a lo anterior, en realidad en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía se Consignaron tanto el contrato de constitución de Sama Ltda., como una contrato de concesión minera; pero ambas relaciones jurídicas están íntimamente ligadas y conectadas razón por la cual la numeración de los artículos es una sola, como si se tratara de un único contrato.
- 3.1.1.42** Sama Ltda. tiene como objeto social la explotación de la minas de sal de Manaure, mediante el sistema de concesión y en su calidad de concesionaria que le confiere el Artículo 1 de la Ley 773 de 2002.
- 3.1.1.43** Sama Ltda. además tiene por objeto “...contribuir al logro de los objetivos del acuerdo celebrado el 27 de julio de 1991 entre el IFI – Concesión Salinas y la comunidad Wayuu...” según lo previsto en el artículo primero de los estatutos.
- 3.1.1.44** El capital social de Sama se constituyó por la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las Salinas de Manaure y en los términos de la Ley 773 de 2002; aportes que se dice ser entregados por la Nación por intermedio del IFI.
- 3.1.1.45** En las sociedades de responsabilidad Ltda. Los socios quedan obligados a realizar sus aportes en forma real y efectiva, al momento de constituir la sociedad, pero hasta el momento la Nación no ha cumplido con su obligación de entregar real y materialmente los bienes

que se obligó a aportar, encontrándose en mora desde el día 21 de diciembre de 2004, debiendo indemnizar los perjuicios ocasionados a la sociedad y a los socios demandantes.

- 3.1.1.46** Pese a que en la constitución figura la Nación como socio fundador, en la misma Escritura 135 de 2004, artículo sexto y con el fin de dar cumplimiento a lo previsto por la Corte Constitucional en su sentencia C-620 de 200, la Nación, cedió sus cuotas sociales a las comunidades indígenas demandantes, en la siguiente forma: Sumain Ichi el 11% a Waya Wayuu el 30% y Asocharma el 10% para un total del 51%.
- 3.1.1.47** Por cuanto desde la misma Escritura de constitución la Nación dejó de ser socia de Sama Ltda., jurídicamente resulta imposible que por un acto unilateral le quite la calidad de asociados a quienes había cedido previamente sus cuotas sociales, debido a que el régimen de cesión de cuotas sociales está regulado por normas imperativas en el Código de Comercio (régimen de sociedades limitadas).
- 3.1.1.48** Las reglas imperativas correspondientes a las formalidades que se deben cumplir para realizar cualquier traspaso de cuotas sociales por acto entre vivos, disponen que su violación ocasiona la ineficacia de la correspondiente relación jurídica. Por lo tanto, el negocio jurídico contenido en la Escritura Pública N° 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá mediante el cual la nación, unilateralmente y sin tener la calidad de socia, retoma para sí el 51% de la cuotas sociales de Sama, es completamente ineficaz.
- 3.1.1.49** Pese a que la ineficacia no requiere declaración judicial, se solicita al tribunal de arbitramento que verifique los presupuestos de la misma con el fin de que ordene la cancelación del registro mercantil de la Escritura 1592 de 2007.
- 3.1.1.50** Las sociedades comerciales cuentan con la junta de socios y la junta directiva; sin embargo, en Sama se constituyó un comité transitorio interinstitucional de vigilancia cuya legalidad se pone en duda.
- 3.1.1.51** Igualmente, en los estatutos de Sama, artículos vigésimo primero y siguientes, se consignaron una serie de cláusulas correspondientes a un operador privado para el manejo y la explotación de las Salinas de Manaure cuyos textos fueron impuestos abusivamente por el Estado.
- 3.1.1.52** En el contrato de concesión minera regulado a partir del artículo trigésimo primero de la Escritura 135 de 2004 se establecieron una serie de cláusulas en especial una cláusula que dispuso que la concesión minera a favor de Sama, quedada sometida a una condición suspensiva, cuyo texto fue impuesto abusivamente por el Estado.
- 3.1.1.53** Debido a que con la demanda se solicita al Tribunal que declare la nulidad absoluta de varias cláusulas contractuales, se deberá citar al proceso, como litis consorte necesario, al municipio de Manaure, con el fin de que el árbitro pueda pronunciarse sobre la nulidad, pero sin que se pueda proferir ninguna condena en contra del municipio de Manaure, razón por la cual no se demanda a dicha entidad.

- 3.1.1.54** Al momento de constituirse Sama, los bienes objeto de aportación se estimaron de común acuerdo entre las partes, en la suma consignada en la Escritura de constitución. Pero como el Estado no ha cumplido con su entrega real y material, el deterioro, obsolescencia y pérdida de los activos, debe ser compensada por el gobierno nacional.
- 3.1.1.55** Desde que el Estado se comprometió a constituir Sama Ltda. y aportar como capital social los mismos activos que tenía el IFI Concesión Salinas destinados a la explotación de las minas de Manaure, los mencionados activos se han venido deteriorando, se han vuelto inservibles o simplemente se han perdido, debido a la ineficacia y pésima administración del IFI y por lo tanto, pese a que el Tribunal disponga la entrega real y material del aporte y así lo haga efectivamente el Gobierno, Sama Ltda. recibirá, en bienes, un aporte sustancialmente inferior al que figura en la Escritura de constitución. Por lo tanto el Estado debe responder por el faltante, hasta completar, en valor presente, la misma suma que se comprometió a aportar en diciembre de 2004.
- 3.1.1.56** Como el Gobierno nacional, desconociendo las sentencias de La Corte Constitucional y la Ley 773 del 2002, al constituir a Sama no permitió que efectivamente la Concesión minera y su explotación la hiciera directamente la sociedad sino que siguió manejando y explotando las minas a través del IFI Concesión salinas; y debido a que el IFI ha sido completamente negligente y descuidado en su labor de administración, como se demostrará en el proceso, el gobierno nacional debe reparar los perjuicios causados a Sama por impedirle la explotación y generación de utilidades como lo hubiera hecho un profesional en el campo de la explotación de las minas de sal.
- 3.1.1.57** Tal como se acreditará en el proceso, la pésima administración del IFI en la explotación de las minas de Manaure lo único que ha producido es pérdidas, en los últimos 20 años.
- 3.1.1.58** La pésima y mala administración del IFI en la explotación de las Minas de Manaure permitió que en gran parte, los sistemas de recolección transporte, almacenamiento y procesamiento del agua salada para la producción de sal que fueron diseñadas técnicamente, ya no se puedan utilizar, por el daño y deterioro de gran parte de las instalaciones mineras.
- 3.1.1.59** El Estado no ha cumplido desde la constitución de sama, con la obligación de transferirle a dicha sociedad el porcentaje del 3% previsto en la escritura de constitución, pues en ningún año los ha liquidado en los términos convenidos y por el contrario, desde junio del año pasado congeló dicha transferencia, avocando a Sama Ltda. a una situación gravísima, pues estos son sus únicos ingresos.
- 3.1.1.60** Para la definición de este proceso se debe tener muy en cuenta que la motivación para crear Sama Ltda. era realizar una labor social en beneficio de la comunidad Wayuu y por tal razón se acordó que todas las utilidades recibidas por los socios, serían destinadas a obras de infraestructura y desarrollo de los Wayuu.

- 3.1.1.61** Como resultado de lo anterior, hoy la explotación de sal se hace en forma completamente anti técnica e ineficiente, produciendo una sal de baja calidad y ocasionando grandes pérdidas.
- 3.1.1.62** Los procedimientos anti técnicos utilizados por el IFI en la explotación de las minas han permitido que grandes toneladas de salmuera se cristalicen y que gran parte de la sal sea sustraída por terceros.
- 3.1.1.63** El IFI ha celebrado con terceros una serie de contratos completamente lesivos, para la explotación y comercialización de sal, lo que ha originado grandes pérdidas.
- 3.1.1.64** El IFI, tiene completamente descuidadas las instalaciones y no ha realizado las inversiones a que se obligó y que un buen profesional hubiera realizado para mantener las instalaciones mineras en debida forma. Es más, el IFI no cuenta con un programa de mantenimiento y reposición de activos de las minas de Manaure y por tal razón, en los perjuicios debidos a Sama también se deben tener en cuenta el efecto negativo que tomará el montaje y adecuación de las minas y sus equipos, para lograr una explotación eficiente y económicamente viable.
- 3.1.1.65** Como el Estado se comprometió a resolver los problemas sociales y económicas de la comunidad Wayuu a través de la constitución de Sama, desde el año 1991 y solo cumplió con la constitución de dicha sociedad en el año 2004, la comunidad Wayuu perdió la oportunidad de haber recibido las utilidades que hubiera generado un buen hombre de negocios en la explotación de minas de sal, durante este mismo periodo, y por lo tanto, estos perjuicios también se reclaman en el proceso.
- 3.1.1.66** Debido a que existe acuerdo entre las partes en el sentido de que las organizaciones indígenas Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma representan a la totalidad de las comunidades wayuu, es pertinente que todas las indemnizaciones por los perjuicios causados por el Estado a los Wayuu, se indemnicen a favor de dichas instituciones.
- 3.1.1.67** Debido a que el Estado no cumplió con los compromisos asumidos desde el año 1991 y la comunidad Wayuu no ha obtenido los ingresos proyectados como utilidades, en su calidad de socios de la sociedad que explotaría las minas, no se pudieron hacer las inversiones que la comunidad requiere en salud, educación y bienestar social, lo cual la ha mantenido en un Estado de pobreza y atraso social. Por lo tanto, el Estado también deberá indemnizar estos perjuicios ocasionados a la comunidad Wayuu.
- 3.1.1.68** El Estado no ha cumplido con su obligación de gestionar lo relativo a la conservación y adecuación del puerto marítimo de Manaure.
- 3.1.1.69** Lo que ahora pretende el Estado es entregar a Sama Ltda. unas minas en ruina y unos activos obsoletos y completamente deterioros que hacen inviable la supervivencia de Sama Ltda. con el fin de lavarse las manos y permitir la liquidación pacífica y sin tropiezos del IFI, proyectada para julio de este año.

- 3.1.1.70** La desidia del IFI en la explotación minera de las minas de sal de Manaure ha sido tal que hasta el momento ni siquiera ha obtenido el registro minero que otorga el Ministerio de Minas y Energía, lo cual debió obtener desde el momento en que asumió el contrato de administración delegada.
- 3.1.1.71** En obligación primordial del IFI mantener los bienes en excelentes condiciones de operación y el realizar las inversiones que fueran del caso para que la compañía fuera rentable y se produjera sal de optima calidad, pero el IFI no cumplió dicha tarea.
- 3.1.1.72** En el artículo trigésimo de los estatutos se consigno la clausula compromisoria para que las diferencias relacionadas con el contrato contenido en la Escritura 135 de 2004 de la notaria única de Uribía sean resueltas por un arbitro único.
- 3.1.1.73** En la mencionada cláusula se dispuso que le arbitro sería designado por el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio del domicilio social o en subsidio por el de la Cámara de Comercio de Bogotá. Debido a que en la ciudad de Manaure no existe Cámara de Comercio, la competencia recayó en Bogotá.

Precisamente, como en Manaure no hay Cámara de Comercio, todos los documentos se inscriben en Riohacha.

- 3.1.1.74** El Estado tampoco ha cumplido con su compromiso de preparar al personal administrativo y técnico que como miembros de la comunidad Wayuu, debe encargarse de la administración y manejo de las minas, una vez le sean entregadas formalmente a Sama.

3.1.2 PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

3.1.2.1 PRETENSIONES PRINCIPALES

- 3.1.2.1.1** Que se disponga y/o reconozca que en la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá se presentaron los presupuestos de la ineficacia; sanción prevista en el artículo 897 CCo.
- 3.1.2.1.2** Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Cámara de Comercio de Riohacha cancelar la inscripción de la Escritura publica 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.
- 3.1.2.1.3** Que se declaren nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía, cuya nulidad sea acreditada en el proceso.
- 3.1.2.1.4** Que se declare que la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas ha incumplido gravemente con su obligación realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la

Escritura de constitución de Sama Ltda. N ° 135 del 21 de diciembre de 2004.

- 3.1.2.1.5** Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, efectuar la entrega real y material del aporte comprometido, en la constitución de Sama Ltda., dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del laudo o dentro del termino que disponga el Tribunal.
- 3.1.2.1.6** Que igualmente se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios causados por la mora en la entrega real y material del aporte, desde la constitución de Sama Ltda. (Diciembre 21 de 2004) hasta la entrega real y material de los aportes;
- 3.1.2.1.7** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios causados y resultantes del menor valor de los bienes que se obligó a entregar como consecuencia de su aporte, según valor que les asigne el perito a la fecha del experticio, comparado con el valor que aparece en la escritura de constitución de Sama.
- 3.1.2.1.8** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios ocasionados desde la constitución de la sociedad hasta la fecha de entrega real y material de los activos y de las instalaciones mineras; perjuicios que consisten en las utilidades que hubiera obtenido un buen hombre de negocios en la explotación de las minas de sal de Manaure, teniendo en cuenta el capital que se dice aportado en la escritura de constitución de Sama Ltda. y las condiciones de las minas existentes en ese momento.
- 3.1.2.1.9** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sama Ltda. los perjuicios causados por cuanto la Nación no hizo el mantenimiento y las reparaciones necesarias como tampoco las inversiones que se requerían para una explotación eficiente y económicamente viable de las minas de sal de Manaure, desde la constitución de Sama Ltda. Hasta el tiempo que prudencialmente se determine como necesario para poner la empresa en condiciones óptimas de explotación
- 3.1.2.1.10** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar en favor de Sama Ltda. cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la Escritura N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía.
- 3.1.2.1.11** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión

Salinas a pagar a favor de las comunidades indígenas SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA los perjuicios causados por no haber cumplido con la obligación de constituir oportunamente la sociedad Sama Ltda., y realizar los aportes a que se comprometió el Estado, en la cuantía que se acrediten en el proceso y durante el periodo que va desde el acuerdo del año 1991 (Julio 27 de 1991), hasta el día anterior a la vigencia de la Ley 773 de 2002.

- 3.1.2.1.12** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de las comunidades indígenas Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma, los perjuicios causados por no haber constituido la sociedad Sama Ltda. y realizar los aportes en los términos previstos en el Ley 773 de 2002 y desde el término previsto en mencionada Ley, hasta la fecha efectiva de constitución de Sama, esto es, 21 de diciembre de 2004, en la cuantía que se pruebe en el proceso.
- 3.1.2.1.13** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu, y Asocharma los perjuicios ocasionados por el actual atraso en cultura, salud y educación de la comunidad Wayuu; atrasó ocasionado por razón de que dicha comunidad no recibió las utilidades que hubiera percibido desde el año 1991, si estas se hubieran invertido en programas de salud, educación y bienestar social, como se dispuso desde el mencionado acuerdo de 1991.
- 3.1.2.1.14** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso.
- 3.1.2.1.15** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a pagar los perjuicios que aparecen en todas, algunas o alguna de las pretensiones anteriores, debidamente indexadas.
- 3.1.2.1.16** Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

3.1.2.2 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRIMERAS

En caso de no prosperar las pretensiones principales, la Parte Convocante propuso las siguientes subsidiarias primeras:

- 3.1.2.2.1** Que se disponga que en la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá esta viciada de nulidad.
- 3.1.2.2.2** Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Cámara de Comercio de Riohacha cancelar la inscripción de la Escritura

publica 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.

- 3.1.2.2.3** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio y Energía y/o IFI Concesión Salinas, incumplió con las obligaciones contractuales previstas en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribí.
- 3.1.2.2.4** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas incumplió con lo previsto en la ley 773 de 2002.
- 3.1.2.2.5** Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a cancelar los perjuicios causados a Sama Ltda. en la cuantía que se prueben en el proceso y debidamente indexados.
- 3.1.2.2.6** Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas a cancelar a Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma, los perjuicios que se acrediten en el proceso y debidamente indexados.
- 3.1.2.2.7** Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

3.1.2.3 PRETENSIONES SUBSIDIARIAS SEGUNDAS

En caso de no prosperar las pretensiones subsidiarias primeras, la Parte Convocante propuso las siguientes subsidiarias:

- 3.1.2.3.1** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, incurrió en abuso del derecho al no haber constituido oportunamente Sama Ltda. y según los términos previstos en el acuerdo suscrito con la comunidad Wayuu del 27 de julio de 1991.
- 3.1.2.3.2** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, incurrió en abuso del derecho al haber incluido y propuesto en la escritura de constitución de Sama Ltda. (Escritura 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribí) una serie de cláusulas abusivas, según se demuestre en el proceso.
- 3.1.2.3.3** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la Escritura publica N° 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá.
- 3.1.2.3.4** Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, incurrió en abuso del derecho al no haber entregado oportunamente de manera real y material, los aportes que se

comprometió en la Escritura constitución de Sama Ltda., e igualmente al no permitir la explotación y administración directa de las minas por parte de Sama Ltda.

- 3.1.2.3.5 Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.
- 3.1.2.3.6 Que como consecuencia, se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas, a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya wayuu y Asocharma los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.
- 3.1.2.3.7 Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1 RESPECTO DE LOS HECHOS

Toda vez que la convocatoria se dirigió contra La Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI-Concesión de Salinas, el apoderado de los integrantes de la parte convocada, al contestar la demanda presentó documentos separados, a nombre de cada una de las entidades representantes de La Nación contra las cuales se dirigió la demanda. En los escritos de contestación de la convocatoria, el apoderado negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos y frente a otros manifestó no constarle.

3.2.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

En los documentos de contestación de cada una de las entidades convocadas se rechazan todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte convocante y solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte actora.

3.2.3 EXCEPCIONES

Con los escritos de contestación de la demanda, el apoderado de los integrantes de la parte convocada propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron.

- 3.2.3.1 **EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.**
 - 3.2.3.1.1 Desconocimiento de la calidad de socio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de SAMA LTDA.
 - 3.2.3.1.2 Falta de Competencia por Inexistencia de Cláusula Arbitral

- 3.2.3.1.3 Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento para declarar la existencia de supuesto de ineficacia.
- 3.2.3.1.4 Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir sobre asuntos intransigibles.
- 3.2.3.1.5 Ausencia de Legitimación en la Causa por Pasiva.
- 3.2.3.1.6 Inexistencia de Causales de Nulidad
- 3.2.3.1.7 Ausencia de Incumplimiento.
- 3.2.3.1.8 Inexistencia del daño
- 3.2.3.1.9 Caducidad de la Acción
- 3.2.3.1.10 Ausencia de Abuso del Derecho
- 3.2.3.1.11 Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes
- 3.2.3.1.12 Excepción Genérica
- 3.2.3.2 **EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.**
- 3.2.3.2.1 El Ministerio de Minas y Energía no es parte del Pacto Arbitral
- 3.2.3.2.2 Inexistencia de Causales de Nulidad
- 3.2.3.2.3 Falta de Competencia por Inexistencia de Cláusula Arbitral
- 3.2.3.2.4 Ausencia de Incumplimiento
- 3.2.3.2.5 Inexistencia del daño
- 3.2.3.2.6 Caducidad de la Acción
- 3.2.3.2.7 Ausencia de Abuso del Derecho
- 3.2.3.2.8 Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes
- 3.2.3.2.9 Excepción Genérica
- 3.2.3.3 **EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL IFI-CONCESIÓN DE SALINAS**
- 3.2.3.3.1 Imposibilidad de vincular al proceso a IFI – Concesión de Salinas.
- 3.2.3.3.2 El Instituto de Fomento Industrial no es parte del Pacto Arbitral
- 3.2.3.3.3 Inexistencia de Causales de Nulidad
- 3.2.3.3.4 Condición suspensiva e inexistencia de las obligaciones reclamadas
- 3.2.3.3.5 Falta de Competencia por inexistencia de la Cláusula Arbitral

- 3.2.3.3.6 Ausencia de Incumplimiento
- 3.2.3.3.7 Inexistencia del Daño
- 3.2.3.3.8 Caducidad de la Acción
- 3.2.3.3.9 Ausencia de Abuso del Derecho
- 3.2.3.3.10 Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes
- 3.2.3.3.11 Excepción Genérica

3.3 DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Dentro de la debida oportunidad legal, La Nación representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo presentó demanda de reconvencción contra Sama Ltda.

3.3.1 HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

- 3.3.1.1 El 21 de Diciembre de 2004 se constituyó la sociedad Sama Ltda. por parte de La Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Municipio de Manaure, y la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi, mediante escritura Pública número 135 otorgada en la Notaría Única de Uribia.
- 3.3.1.2 En el artículo cuarto de la mencionada escritura Pública, se dispusieron los acuerdos sobre la conformación del capital de Sama Ltda.
- 3.3.1.3 En el artículo cuarto de la Escritura Pública 135 del 21 de Diciembre de 2004, también se acordó la cesión de las cuotas de la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; a la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi, a la Asociación Waya Wayuu, y a la Asociación Asocharma.
- 3.3.1.4 El Capítulo V: LA OPERACIÓN DE LA CONCESIÓN, contiene como obligación de SAMA, contratar un operador privado, “con capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutar eficientemente la concesión, mejorar la infraestructura y aumentar el potencial productivo del centro salinero.”
- 3.3.1.5 En el artículo quincuagésimo quinto de la Escritura Pública 135 del 21 de Diciembre de 2004, otorgada en la Notaría Unica de Uribia, se estableció que la contratación del operador privado se llevaría a cabo antes del 1 de Julio de 2006.
- 3.3.1.6 En dicho término no se contrató el operador privado por parte de SAMA LTDA., y fue necesario suscribir la Escritura Pública 2608 otorgada el 30 de Junio de 2006 en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá, prorrogando por nueve meses el término del artículo quincuagésimo quinto de la Escritura Pública 135 del 21 de

Diciembre de 2004 y estableciendo como plazo máximo para contratar al operador privado, el 28 de Febrero de 2007.

- 3.3.1.7** Dado que Sama Ltda. no cumplió con el término previsto anteriormente, se suscribió una nueva prórroga por un mes, esto es, hasta el 30 de Abril de 2007, para la contratación del operador privado, según consta en la Escritura Pública 2377 del 30 de Marzo de 2007, otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.
- 3.3.1.8** El plazo otorgado en la Escritura Pública 2377, mencionada en el hecho anterior, tampoco fue cumplido por SAMA LDA., razón por la cual se prorrogó por un mes más, mediante Escritura Pública 2932 del 30 de Abril de 2007 otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.
- 3.3.1.9** SAMA no ha dado cumplimiento a la obligación de contratar el operador privado para llevar a cabo las actividades mencionadas, a pesar de haberse prorrogado en varias oportunidades el término para ello.
- 3.3.1.10** Por esta razón, se elevó a Escritura Pública la declaración de la ocurrencia de la condición resolutoria que recaía sobre la cesión de cuotas a las Asociaciones SUMAIN ICHI, ASOCHARMA y WAYA WAYUU, según consta en la Escritura Pública 1592 otorgada en la Notaría 70 del Círculo de Bogotá en inscrita en la Cámara de Comercio de Riohacha.
- 3.3.1.11** El incumplimiento de SAMA ha generado a la Nación, representada por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, perjuicios económicos, en la medida que, como consecuencia de la ocurrencia de pleno derecho la condición resolutoria de la cesión de las cuotas sociales, por no haber contratado al operador privado, obra nuevamente en calidad de socia, con todos los deberes y gastos que ello implica.

3.3.2 PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Las pretensiones de la demanda de reconvencción se refieren a las siguientes:

- 3.3.2.1** Que se declare que Sama Ltda. incumplió las obligaciones contenidas en la Escritura Pública 135 del 21 de Diciembre de 2004, otorgada en la Notaría Única de Uribia, modificada mediante las Escrituras públicas números 2608 otorgada el 30 de Junio de 2006 en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá; 2377 del 30 de Marzo de 2007, otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá y 2932 del 30 de Abril de 2007 otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.
- 3.3.2.2** Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a Sama Ltda. a la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, los perjuicios ocasionados.
- 3.3.2.3** Que se condene a SAMA a pagar las costas y gastos del proceso.

3.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

3.4.1 RESPECTO DE LOS HECHOS

El apoderado de la convocante, al contestar la demanda, negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos y frente a otros manifestó no constarle.

3.4.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

Las rechaza todas y cada una de ellas y solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte reconveniente.

3.4.3 EXCEPCIONES

Con la contestación de la demanda de reconvencción, el apoderado de la parte reconvenida propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron.

3.4.3.1 Inoperancia de la Obligación relativa al nombramiento de operador privado.

3.4.3.2 Nulidad Absoluta

3.4.3.3 Cláusulas Abusivas

4. CAPÍTULO CUARTO: DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

4.1 INSTALACIÓN

El día 3 de abril de 2008, el Tribunal fue debidamente instalado e integrado por el doctor Ramiro Araujo Segovia, como árbitro único. A su turno, los emolumentos fijados en el Auto No. 6 del 10 de julio de 2008 fueron oportunamente consignados y asumidos por las partes en la proporción que les correspondía.

La primera audiencia de trámite se celebró el 29 de agosto de 2008, fecha en la cual el Tribunal asumió competencia.

El 29 de agosto de 2008, el Tribunal decretó pruebas.

Por lo anterior, y por encontrarse reunidos los presupuestos procesales, el Tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, conforme al artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, habida cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el 29 de agosto de 2008 y el término fue suspendido de común acuerdo por las partes en ocho (8) oportunidades, así: (i) entre el 22 de septiembre de 2008 y el 27 de octubre de 2008, ambas fechas incluidas; (ii) entre el 14 de noviembre de 2008 y el 1 de diciembre de 2008, ambas fechas incluidas; (iii) entre el 5 de diciembre de 2008 y el 20 de enero de 2009, ambas fechas incluidas; (iv) entre el 22 de enero de 2009 y el 23 de febrero de 2009, ambas fechas incluidas; (v) entre el 23 de febrero de 2009 y el 24 de marzo de 2009, ambas fechas incluidas; (vi) entre el 6 de mayo de 2009 y el 19 de mayo de 2009, ambas fechas incluidas; (vii) entre el 10 de junio de 2009 y el 6 de julio de 2009, ambas fechas incluidas, y (viii) entre el 8 de julio de 2009 y el 31 de agosto de 2009, ambas fechas incluidas. Lo

anterior permite al Tribunal pronunciarse de fondo sobre la controversia, toda vez que al momento de proferir el presente laudo no ha transcurrido el término máximo de seis (6) meses, desde la fecha de la primera audiencia de trámite.

4.2 PRUEBAS

4.2.1 PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS PARTES

Mediante Auto No. 13 (equivocadamente numerado como Auto No. 9) de fecha 29 de agosto de 2008, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplían con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

- Testimonio de Elmer de Jesús Altamar Gómez, recibido el día 2 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Custodio Valbuena Guauriyu, recibido el día 2 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Luis Guillermo Forero Rodríguez, recibido el día 2 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Mario Alfonso Serrato Valdes, recibido el día 3 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Juan Carlos Zuñiga Vera, recibido el día 3 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Francisca Beatriz Freyle Mengual, recibido el día 3 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Eduardo Arce Caicedo, recibido el día 3 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Miguel Ernesto Cantillo Figueroa, recibido el día 10 de septiembre de 2008.
- Testimonio de Juan Andrés Carreño Cardona, recibido el día 10 de septiembre de 2008.
- Inspección Judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de IFI-Concesión de Salinas, llevada a cabo el día 10 de noviembre de 2008.
- Inspección Judicial con exhibición de documentos en las instalaciones del Ministerio de Minas y Energía, llevada a cabo el día 10 de noviembre de 2008.
- Inspección Judicial en las instalaciones del IFI ubicadas en las Salinas de Manaure (Guajira), llevada a cabo el día 2 de diciembre de 2008.
- Dictamen Pericial Técnico de Minería (denominado Primer Peritaje) rendido el 24 de marzo de 2009 por el perito Incorbank.
- Dictamen Pericial Técnico en Valoración de Empresas (denominado Segundo Peritaje), rendido el 23 de febrero de 2009 por el perito Incorbank.
- Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los oficios que fueran solicitados y decretados como pruebas y las respuestas que se recibieron fueron incorporadas al expediente.
- De igual forma, se tuvieron en su valor legal los documentos debidamente allegados al proceso.

Dentro de las pruebas que se decretaron y no se practicaron por desistimiento de las partes, se encuentran las siguientes:

- Interrogatorio de Parte al representante legal de la sociedad Sama Ltda.
- Testimonio de Carlos Parra.

- Oficio a la Contraloría General de la República

4.2.2 PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO

Posteriormente y mediante Auto No. 14 del 3 de septiembre de 2008, Auto No. 17 del 10 de septiembre de 2008 y Auto 19 del 29 de octubre de 2008, el Tribunal de Arbitramento en ejercicio de la facultad consagrada en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil decretó de oficio las siguientes pruebas:

- Las grabaciones de la reunión del 21 de febrero de 2008, en Rioacha.
- Una comunicación que Sama Ltda. remitió al Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con respecto al procedimiento y criterios para contratar al operador privado.
- Una constancia del registro minero obtenido por Sama Ltda.
- La petición que originó la expedición del registro minero.
- Presentación en Power Point sobre el plan de Acción a implementar en el 2002 y que se implementó en el 2002-2006 para estructurar la licitación que no se llevó a cabo para las Salinas de Manaure, señalado por el testigo Juan Andrés Carreño.
- Documentos presentados por el doctor Eduardo Arce y la parte convocante.

4.3 SOBRE LA TACHA DE SOSPECHA DE UN TESTIGO.

Procede el Tribunal a resolver la tacha de sospecha presentada por el apoderado de la parte convocada con respecto al testigo Mario Alfonso Serrato Valdes.

Para la formulación de la tacha de sospecha del testigo, durante la diligencia de testimonio practicada, el apoderado de la Parte Convocada ante las preguntas formuladas por el Tribunal, manifestó en audiencia, lo siguiente:

“(...)

DR. DE VIVERO: Señor presidente por favor para se le solicitara que aclarar cuándo durante el período que ha mencionado que ha tenido conocimiento, en qué ocasiones ha asesorado y a quién ha asesorado, todo esto encaminado a si es del caso formular una tacha de sospecha y la prueba básicamente sería la afirmación o lo que describa el testigo.

DR. SERRATO: Con muchísimo gusto a partir del junio o julio/06, fui llamado por Armando Valbuena para que en mi condición de conocedor del tema desde 1990 le diera ideas y asesoría en relación con las estrategias que debía seguir tanto Armando Valbuena como la empresa Sama en relación con el Acuerdo/91 y los nuevos hechos que se fueron presentando desde esa época hasta la actual.

DR. DE VIVERO: Señor presidente, de acuerdo con lo afirmado por el testigo quisiera en consecuencia y existiendo la plena prueba acerca de la relación que ha tenido el testigo con los convocantes, quisiera formular la tacha de sospecha respecto del testigo, evidentemente no hay necesidad de explicarle al doctor lo que implica porque el nombre a veces llama a confusiones y a... diferentes, simplemente para los efectos de ley debo formular estando en debida oportunidad, la tacha de sospecha del testigo para que su declaración sea apreciada conforme a lo anterior.

DR. ARAUJO: ¿Usted qué debe decir respecto de esa tacha?

DR. SERRATO: El testimonio que voy a ofrecer aquí, tendrá completo asidero documental, razón por la cual todas mis afirmaciones podrán en documentos confirmarse y corroborarse, de modo que la tacha de la condición de testigo sería inocua en razón a que la documentación es tan evidente y tan rotunda que no hay lugar a ninguna posibilidad de cuestionamiento de la misma. (...)⁴

Sobre el particular se debe destacar que de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, la tacha de los testigos exige que quien ejerce esa facultad allegue las pruebas en que se sustenta la referida tacha, ya sea presentando los documentos demostrativos de los hechos que la soportan, ya sea presentando la solicitud de prueba relativa a esos hechos. El apoderado de la Parte Convocada, durante la sustentación de la tacha de sospecha, considera que con la respuesta dada por el testigo se demuestra con plena prueba la relación que ha tenido el mismo con los convocantes, lo cual implica que su declaración carece de credibilidad o imparcialidad y, por lo tanto, el Tribunal deba abstenerse de tener en cuenta dicha declaración.

Pero haciendo abstracción de la referida consideración probatoria el Tribunal considera que las circunstancias por la cual se quiere calificar como sospechosas las declaraciones del señor Mario Alfonso Serrato Valdes, consistente en que el testigo ha tenido una relación con los convocantes como asesor de los temas objeto del presente procedimiento arbitral, no es una circunstancia que por si sola afecte la imparcialidad, credibilidad e independencia del testimonio, sino que es necesario probar los hechos constitutivos que demuestren la sospecha. Es criterio constante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que las relaciones de conocimiento o dependencia no configuran *per se* circunstancias que necesariamente comprometen la seriedad y confiabilidad del testimonio.

En este caso, el Tribunal observa que el requisito legal para demostrar la tacha no se cumplió, pues en realidad no se allegaron al expediente pruebas adicionales a las afirmaciones del apoderado de la parte convocada y del testigo, que permitan descalificar la declaración del mismo o que lleve a considerarlo como sospechoso. En consecuencia, el Tribunal apreciará el testimonio del declarante en conjunto con el resto del material probatorio y asignará en cada caso el mérito que corresponda con arreglo a las orientaciones de la sana crítica.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, la tacha de sospecha presentada por el apoderado de La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra el testigo Mario Alfonso Serrato Valdes, no habrá de prosperar.

4.4 SOBRE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL TÉCNICO DE MINERÍA (DENOMINADO PRIMER PERITAJE).

4.4.1 LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE PRESENTADA POR EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE.

⁴ Ver el testimonio Mario Alfonso Serrato Valdés que obra a folios 59 y ss. del Cuaderno Principal No. 3.

Habiéndosele corrido traslado a las partes del informe de aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial Técnico de Minería (Denominado Primer Peritaje), el apoderado de la Parte Convocante, presentó escrito de Objeción por Error Grave⁵ contra el referido informe pericial. Para sustentar el error grave, la parte convocante expuso los argumentos que se resumen a continuación:

- Aquellos expuestos en el memorial de solicitud de aclaración y complementación del dictamen pericial presentado el 21 de abril de 2009⁶ y que se refieren principalmente a:
 - ✓ Que las preguntas identificadas con los números 2, 3 y 4 del cuestionario del Primer Peritaje no fueron contestadas.
 - ✓ Que las respuestas dadas por el perito no deberían haber hecho referencia a la explotación efectuada por el IFI si no al estándar de un “buen hombre de negocios”.
 - ✓ Que el perito se equivoca al hacer un análisis teniendo en cuenta la explotación de las minas efectuadas por el IFI Concesión de Salinas “EN LOS MISMOS TERMINOS Y CONDICIONES QUE REALIZO LA EXPLOTACION DICHA ENTIDAD”, entre los años 1991 a 2004.
 - ✓ El perito, para sus análisis y respuestas, debió considerar la entrega de las minas en las condiciones existentes en el año de 1991, utilizando estándares de “razonabilidad y manejo industrial” sin tener en cuenta la forma en que eran explotadas por el IFI Concesión de Salinas.
- Adicionalmente, en su escrito de objeción, el apoderado de la Parte Convocante afirma, entre otras cosas, lo siguiente:
 - ✓ Que el perito debió haber tenido en cuenta la explotación de las minas en manos de un buen hombre de negocios bajo estándares de racionalidad y explotación industrial.
 - ✓ Que para responder la pregunta No. 2, 3 y 4 el Perito ha debido tener en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes:
 - Las condiciones de operación imperantes en el año de 1991, según el informe de Luigi Galli de la Fundación DIG.
 - Los compromisos contenidos en el Acuerdo de 1991.
 - No llegar a la conclusión equivocada de que “(...) como el sistema montado por el IFI no era rentable, ningún hombre de negocios, utilizando el Estado de la Técnica, hubiera producido utilidades entre 1991 y 2009.”
 - Que las preguntas formuladas en ninguna forma hicieron referencia o remitieron a la misma forma de producción, administración, explotación y comercialización de IFI.
 - Que no se debía haber tomado el estado de las minas en el año 2002 con la misma información, pasivos y vicios.

⁵ Ver: Cuaderno Principal No. 4, Folios 1 a 6.

⁶ Ver: Cuaderno Principal No. 3, Folios 401 a 405.

- Que la explotación de las minas a partir del año de 1991, lo realizaría una nueva sociedad (Sama Ltda.) que actuaría como un buen hombre de negocios y que tendría en cuenta el estado de la técnica y los criterios de razonabilidad.

4.4.2 LA PRUEBA PERICIAL Y EL ERROR GRAVE EN LA JURISPRUDENCIA

Sobre la Prueba Pericial y la objeción por error grave a la misma las altas cortes se han pronunciado con el siguiente alcance:

4.4.2.1 SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN GENERAL

Al respecto el Consejo de Estado⁷ se ha pronunciado:

“Sobre la Prueba Pericial

Al respecto, conviene advertir que de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos -y no cuestiones de derecho- que se sometan a su experticio, sin importarle a cuál de la partes beneficia o perjudica, de manera que su dictamen debe ser personal y contener conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad (numeral 2 del artículo 237 del C. de P. Civil.).

Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte de perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem).

A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores..."

⁷ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de abril de 2007, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.” (El subrayado es del Tribunal de Arbitramento)

4.4.2.2 SOBRE EL ERROR GRAVE EN LAS PRUEBAS PERICIALES

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado:

“2.1.- Si bien es distinto el dictamen objetado y el practicado en el trámite de las objeciones, las precisiones que en tal sentido a espacio hace el recurrente serían de recibo tratándose de un verdadero "error grave que haya sido determinante de las conclusiones de los peritos o porque el error se hubiere originado en éstas", como se exige en el artículo 238, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, (...).

Ahora, como por "error" se entiende el "concepto equivocado o juicio falso" y por "grave" lo que es "grande, de mucha entidad o importancia", según se define en el Diccionario de la Real Academia Española, es claro que no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos.

La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, "es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven"⁸

Para una adecuada comprensión de la sentencia anteriormente transcrita, se debe tener en cuenta el pronunciamiento de esa misma Corporación al sostener:

“(…) resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, pues al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo

⁸ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5 del 12 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva (...)”⁹ (El subrayado es del Tribunal de Arbitramento)

Consistente con la sentencia anterior, el Consejo de Estado¹⁰ ha manifestado sobre el error grave en la prueba pericial, lo siguiente:

“El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil regula la manera como debe surtirse la contradicción al dictamen. En relación con las objeciones que se formulen contra el mismo prevé que en el escrito en el que se formulen dichas objeciones se deberá precisar el error y señalar las pruebas para demostrarlo; además, se establece que el dictamen que se rinda como prueba de las objeciones no es objetable y que sobre la objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen.

En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos. Criterio sobre el cual la Corte Suprema de Justicia ha hecho claras precisiones, que han sido acogidas por las demás Corporaciones. Dijo la Corte:

“...si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven..., de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada...”
[Corte Suprema de Justicia, Auto septiembre 8 de 1993, Expediente 3446]

En este orden de ideas, se observa que las razones aducidas por la parte demandada como objeciones al dictamen pericial, no se refieren a errores en la representación del objeto de la peritación, sino a las fuentes que tuvo en cuenta el experto para calcular el valor de los daños sufridos por los integrantes del grupo afectado. Por lo tanto, no

⁹ COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto del 8 de septiembre de 1993.

¹⁰ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

prospera la objeción por error grave que formuló.” (El subrayado y las itálicas son del Tribunal de Arbitramento)

4.4.2.3 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO SOBRE EL ERROR GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL.

Los argumentos expuestos por el apoderado de la Parte Convocante en el memorial presentado el 21 de abril de 2009 fueron estudiados y analizados por el Tribunal mediante Auto No. 34 del 5 de mayor de 2009¹¹ y, en su momento, el Tribunal consideró:

“(…)

La razón por la cual la parte demandante entiende que el perito no contestó estas preguntas, es que, según ella, el perito realizó todos sus análisis teniendo en cuenta la explotación de las minas efectuada por el IFI Concesión Salinas, en los mismos términos y en las mismas condiciones que realizó la explotación dicha entidad entre los años 1991 y 2.004, y no teniendo en cuenta solamente las condiciones de la mina en 1991 y lo que hubiera hecho un buen hombre de negocios con ellas.

El tribunal encuentra que el perito sí contestó las preguntas formuladas, así: (...)

En todas ellas el perito estimó que esa hubiera sido la explotación realizada por un hombre de negocios razonable, pues así entiende él formulada las preguntas, las cuales transcribió literalmente.

Ahora bien, para cada una de las respuestas el perito explica sus fuentes de información, destacando la suministrada por el IFI y las circunstancias que, según él, podían incidir en sus respuestas. Así, para la respuesta a la pregunta 2, manifiesta haber tenido en cuenta lo siguiente: “a) circunstancias expuestas en el acuerdo de julio 27 de 1991 celebrado entre IFI Concesión de Salinas y la Comunidad Wayuu de Manaure; b) Cierre del Álcalis de Colombia en 1991 con alto impacto en las ventas de Manaure; c) Política de precios por tonelada de sal utilizada durante el período de análisis; d) Crecimiento de producción de charcas familiares o paralelas. En cuanto a la situación financiera, no toma en cuenta las deudas a cargo del IFI Concesión de Salinas a 1991, ni los programas de atención a la comunidad; asume que si se hubiera entregado la mina en 1991 ésta habría estado gravada con impuesto a la renta.

Consideraciones de equiparable naturaleza técnica hace el perito para dar respuesta a las preguntas 3 y 4.

En fin, el Tribunal no entra a calificar si la metodología empleada por el perito para sus cálculos y proyecciones financieras relacionadas con las utilidades que hubiera recibido la comunidad Wayuu, corresponden a lo indicado por la ciencia financiera, pero sí estima que el perito, como lo hizo, debía tener en cuenta, entre otras, el hecho de que al día de hoy y desde al año 1991, hubo una actividad empresarial en cabeza del IFI Concesión de Salinas, actividad que, según la demandante, ha debido estar a cargo de los demandantes.

¹¹ Ver: Cuaderno Principal No. 3, Folios 417 a 425.

No encuentra pues el Tribunal que no se hayan contestado las preguntas planteadas según lo preguntado, sino que se hizo con una metodología y bajo unos presupuestos con los cuales parece no estar de acuerdo el apoderado de la parte convocante, aspectos no susceptibles de calificación en este momento procesal.” (El subrayado es del Tribunal de Arbitramento)

Con base en los motivos expuestos en el Auto No. 34 del 5 de mayo de 2009 y en la jurisprudencia anteriormente transcrita, el Tribunal de Arbitramento considera que:

- Los documentos mencionados y aportados por el apoderado de la Parte Convocante, así como los criterios que suministra para probar el error grave no tienen ni pueden tener alcance diferente al de brindar un material de trabajo y elementos de juicio para la evacuación de la prueba pericial en un determinado sentido.
- Todo perito, así como puede tomar cualquier documento o criterio que considere adecuado en orden a la realización de su trabajo, puede desestimar otro u otros que estime inútiles
- En todo caso un perito es autónomo en la escogencia de los documentos y criterios que han de servirle como fuente de información y soporte de su concepto.
- El documento “Estudio diagnóstico para la recuperación productiva de la salina de Manaure, Departamento de la Guajira” de la Fundación DIG (de la cual era director en ese momento Luigi Galli)¹² documento que se pide tener como prueba del error grave del perito, no ofrece elementos de juicio para concluir que el perito en este proceso cometió error grave en su concepto, dado que en el diagnóstico de la Fundación DIG no se entra en el tema de las utilidades que las salinas hubieran producido. Se trata de una evaluación de la infraestructura física, de las condiciones hidrobiológicas, de las condiciones del piso de los estanques, de las condiciones de los taludes, de las condiciones de la salmuera, de las máquinas, de la planta de lavado, del muelle y de definir las inversiones necesarias para lograr una producción de un millón de toneladas.

Se manifiesta que la capacidad instalada de las salinas podría permitir una producción de hasta un millón de toneladas, en lo cual se coincide con los testimonios que obran en el proceso, pero, aclarando, al igual que ellos, que nunca se llegó a producir esa cantidad de sal porque la empresa Álcalis de Colombia, que se creó pensando en absorber la mayor parte de las sales de Manaure, nunca se acercó a esa cantidad.¹³ Esto llevó a que desde antes de 1991 se prescindiera una buena parte del área de la salina conocida como el módulo de San Juan. Desde el cierre de la empresa Álcalis, en 1991, e incluso desde antes, las salinas han producido mucho menos de ese tonelaje anual de sal.

¹² Ver: FUNDACION DIG, “Estudio Diagnóstico para la recuperación productiva de la salina de Manaure, Departamento de la Guajira, Informe Final, Mayo de 2006, p.17. Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 301.

¹³ El testigo Luis Guillermo Forero mencionó que los pedidos de Álcalis nunca pasaron, ni en sus mejores épocas, de 500.000 toneladas.

Es de destacar de este documento, la conclusión de que la demanda nacional no podría absorber un millón de toneladas de sal¹⁴, por lo cual, para que una producción de esta magnitud tuviera sentido, sería necesario encontrar mercados en el exterior, lo cual tropieza con el problema estructural de que los barcos que pueden llegar al muelle actual, bastante deteriorado, no pueden ser de más de 2.500 toneladas, lo cual no parece atractivo para los requerimientos de los compradores internacionales, que exigen barcos de 30 a 40.000 toneladas de carga¹⁵.

En cuanto a las inversiones propuestas en el estudio, se advierte en él que no se hizo un análisis preciso y que faltaría un estudio de factibilidad completo¹⁶ pero se estima que para llegar a producir un millón de toneladas habría que invertir \$16.107.990.000⁰⁰

El peritaje que se recibió en este proceso contiene un diagnóstico de características similares al de la Fundación DIG, pero mucho más elaborado.

- El “Estudio y análisis del Puerto de Manaure para optimizar su funcionamiento”¹⁷, que también se cita como prueba para demostrar el error grave del perito, tampoco acomete la respuesta a las mismas preguntas que se le plantearon al perito, pero, aunque es más técnico y dirigido básicamente al análisis de alternativas para mejorar el muelle u ofrecer opciones al mismo, permite concluir que el tipo de análisis que hizo el perito en este proceso corresponde a lo que se estila por los expertos para realizar estudios de proyecciones empresariales, es decir, que se parte de lo existente y se ensayan diversos escenarios hipotéticos, sobre la base de algunas variables externas e internas, como la demanda, los costos de producción, los indicadores económicos, etc., tal como se hizo en el peritaje que se nos rindió.

Ahora, la conclusión del estudio sobre el puerto es que “el proyecto presenta muy baja rentabilidad en las condiciones de precios, costos, y volúmenes actuales, por lo cual se necesita hacer una agresiva promoción para disminuir costos administrativos y de producción, aumentar los volúmenes vendidos de sal y replantear los ingresos.” Sobre esto, la tesis de la demanda es que un buen hombre de negocios habría hecho esa promoción, etc., pero sobre ello no hay certeza, porque un buen hombre de negocios tendría varias opciones y no se sabe si alguna de ellas sería exitosa. El peritaje que se recibió en este proceso plantea varias opciones y concluye que solo combinando todas ellas podría haber utilidad, si bien inferior a lo que ha recibido o debido recibir SAMA hasta hoy.

- El documento “documento desarrollo del acuerdo con los Wayuu” tomado del libro “Las Salinas de los Wayúu”, de Gustavo Valbuena Wouriyo, no

¹⁴ Ver: FUNDACIÓN DIG, Op. Cit., p. 61, Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 345.

¹⁵ Ver: Ibid., p. 68, Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 352.

¹⁶ Ver: Ibid, p. 115, Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 399.

¹⁷ Ver: IFI CONCESIÓN DE SALINAS. Estudio y Análisis del puerto de Manure para Optimizar su funcionamiento. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 382 a 393.

cumple los requisitos para ser tenido como una prueba, pero su contenido tampoco descalificaría el peritaje rendido, porque el perito no podría partir, para su análisis, de lo que haya dicho el gobierno, sino de la realidad empresarial que se le pide que analice. Además, ese documento no habría llegado a ser sino una propuesta del Gobierno, de la cual no hay prueba que hubiera sido aceptada. En este documento se afirma que el proyecto salinero debería redimensionarse y no pensar en el millón de toneladas de producción para el que fue diseñado, sino para unas 450.000 toneladas.

- Respecto de los estados financieros de Refisal y Brinsa, es evidente que estos documentos no cumplen los requisitos de autenticidad para ser tomados como una prueba, pero, si los cumplieran, habría que tener en cuenta que no demuestran que se trate de una salina marítima de condiciones similares a la que nos ocupa, ni sobre su estructura de costos, posibilidades de mercadeo, técnica de explotación, etc.
- Finalmente, la objeción última, según la cual hay un error evidente en el punto denominado “Situación Financiera para 1991” porque se asumió que existía una carga pensional y financiera y la obligación de suministrar agua a la comunidad, no es correcta, porque el perito lo que hace es precisamente mencionar que esas cargas no se tuvieron en cuenta en el análisis realizado.
- Ningún perito es mandatario de alguna de las partes, razón por la cual no se haya impelido para tener que aceptar tal o cual documento o una metodología o estándar específico invocado por una u otra parte y menos tener que acoger el contenido y/o las conclusiones de aquellos documentos o criterios que cualquiera de las partes en el desarrollo del procedimiento arbitral haya suministrado para la práctica de la prueba.
- Todo perito, por ministerio de la Ley, es un auxiliar del juez o del árbitro a quien nunca puede sustituir y le corresponde es a éste examinar y decidir en últimas sobre el trabajo pericial rendido por aquel en orden a verificar su pertinencia, suficiencia, credibilidad y fuerza de convicción, sin que le sea dado al juez cuestionar la escogencia o la desestimación que respecto de determinado documento o criterio que pudo haber hecho el perito para el desarrollo de la tarea que se le encomendó.
- No puede existir error grave por la no utilización de un documento, la no aplicación de un criterio determinado o no haber seguido un estándar de evaluación que no es de recibo, aceptación o conveniencia del objetante. El error grave tiene más trascendencia y desde luego base o fundamento muy diferente.
- Las circunstancias constitutivas de error grave de un peritaje en nada se asemejan a las que la parte convocante-objetante entiende por error grave. Además no es determinante de las conclusiones a las que se arribó en la peritación, el hecho de haber sido tomado en cuenta –junto con otros documentos y fuentes de información- y haber sido objeto de análisis los documentos facilitados por la Parte Convocante o utilizar un estándar de evaluación diferente al que desea o conviene a la Parte Convocante.

- Respecto del dictamen pericial técnico de minería (denominado Primer Peritaje) rendido por el perito Incorbank y sus aclaraciones y complementaciones, el Tribunal considera que las razones planteadas por el apoderado de la Parte Convocante no son suficientes para que dicho dictamen pericial sea desestimado integralmente como prueba en el presente proceso.

En virtud de lo expuesto la objeción por error grave que presentó el apoderado de la Parte Convocante contra el Peritaje Técnico de Minería (denominado Primer Peritaje) rendido por el perito Incorbank, no habrá de prosperar.

4.5 AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 7 de julio de 2009 tuvo lugar la audiencia de Alegatos de Conclusión, citada por Auto No. 39 del 9 de junio de 2009. En dicha audiencia se contó con la participación del representante del Ministerio Público.

5. CAPÍTULO QUINTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con base en estos hechos generales y otros específicos que ya se transcribieron en el capítulo segundo “Proceso Arbitral” de este laudo, SAMA Ltda. y las asociaciones SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA, presentaron demanda contra la Nación con las siguientes pretensiones, que, aunque serán resueltas en el orden en que fueron expuestas, nos permitimos agrupar por razones de orden, utilizando los siguientes códigos para identificar en que grupo de pretensiones de la demanda se encuentra cada una: pretensiones principales de la demanda: “P” seguida de la letra de la pretensión. Pretensiones subsidiarias primeras de la demanda: “S1” seguida de la letra de la pretensión. Pretensiones subsidiarias segundas de la demanda: “S2” seguida de la letra de la pretensión.

- a) Pretensiones respecto del acto contenido en la Escritura Pública 1592
 - i. Que se reconozca que es ineficaz (P A)
 - ii. En subsidio, que se declare su nulidad absoluta (S1 A)

En caso de prosperar cualquiera de estas pretensiones se pide que se ordene a la Cámara de Comercio de Rioacha cancelar la inscripción de la Escritura 1592 (P B y S1 B)
 - iii. Que se declare que la Nación abusó del derecho al suscribir la declaración contenida en esta escritura (se hace esta petición dentro de un grupo de pretensiones subsidiarias segundas, pero no queda claro si la petición es solo para el caso de que no se acceda a alguna de las peticiones precedentes) (S2 C)
- b) Pretensiones declarativas respecto del contenido de la Escritura 135.
 - i. Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas respecto de las cuales se pruebe esta situación (P C).

- ii. Que se declare que la Nación incumplió a SAMA Ltda, su obligación de hacer entrega real y material del aporte comprometido en el contrato de sociedad (P D).
 - iii. Que se declare que la Nación incumplió a SAMA Ltda las obligaciones contractuales previstas en esta Escritura (se plantea dentro de un grupo de pretensiones subsidiarias primeras, pero no se especifica cual sería la pretensión principal en subsidio de la cual se hace esta petición) (S1 C)
 - iv. Que se declare que la Nación incurrió en abuso del derecho al haber incluido y propuesto en la Escritura 135 una serie de cláusulas abusivas (S2 B)
 - v. Que se declare que la Nación incurrió en abuso del derecho al no haber entregado real y materialmente los aportes a que se comprometió en la escritura de creación de SAMA (se plantea en el grupo de pretensiones subsidiarias segundas pero no se aclara cual es la petición principal que debería haberse negado para activar esta pretensión) (S2 D)
- c) Pretensiones de condena en caso de que se acceda a las declaraciones precedentes, relacionadas con la Escritura 135.
- i. Que se ordene a la Nación efectuar la entrega real y material a SAMA del aporte comprometido, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del laudo (P E).
 - ii. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA Ltda. los perjuicios causados por la mora en la entrega real y material del aporte comprometido, desde la creación de la sociedad (diciembre 21 de 2004) hasta que se haga dicha entrega (P F).
 - iii. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA Ltda los perjuicios causados resultantes del menor valor de los bienes que se obligó a entregar como aporte, según el valor que asigne el perito en la fecha del experticio, comparado con el valor que aparece en la escritura de constitución de SAMA (P G).
 - iv. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA las utilidades que hubiera obtenido un buen hombre de negocios en la explotación de las salinas, desde la constitución de la sociedad, hasta que se haga el aporte, teniendo en cuenta el capital que dijo haber aportado en la escritura de creación de la sociedad y las condiciones existentes en ese momento (P H).
 - v. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA los perjuicios causados por no haber hecho la Nación el mantenimiento y las reparaciones necesarias, ni las inversiones que se requerían para una explotación eficiente y económicamente viable de las salinas, desde la constitución de SAMA hasta el tiempo prudencial que se determine para poner la empresa en condiciones óptimas de explotación (P I).
 - vi. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA cualquier otro perjuicio que se demuestre y tenga relación directa con el contrato contenido en la Escritura 135 (P J)

- d) Pretensiones declaratorias relacionadas con el incumplimiento del acuerdo de 1991.
- i. Que se declare que la Nación incumplió a SUMAIN ICHI, a WAYA WAYUU y a ASOCHARMA, las obligaciones asumidas en el acuerdo de 1991 (Se advierte que esta petición específica no existe expresamente en la demanda, pero, interpretando razonablemente el contenido de la demanda y, en especial, considerando que se pide que se condene a la Nación a pagar a las mencionadas asociaciones los perjuicios causados por no haber constituido oportunamente la sociedad y no hacer los aportes desde el acuerdo del 91 y hasta la vigencia de la ley 773 de 2.002, entendemos que está implícita la declaración de incumplimiento de las obligaciones de dicho acuerdo.) (se deriva de las pretensiones condenatorias P K y PM)
- e) Pretensiones de condena derivadas de que se acceda a las declaraciones precedentes.
- i. Que se condene a la Nación a pagar a las asociaciones SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA, los perjuicios causados por no haber constituido la sociedad SAMA y hacer los aportes, desde el acuerdo del 91 hasta la entrada en vigencia de la Ley 773 de 2.002 (P K)
 - ii. Que se condene a la Nación a pagar a SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA los perjuicios ocasionados por razón de que dichas comunidades no recibieron las utilidades que hubieran recibido desde el año 1991, si dichas utilidades se hubieran invertido en programas de salud, educación y bienestar social, como se dispuso desde el acuerdo de 1991 (P M).
- f) Pretensión declaratoria de que la Nación incurrió en abuso del derecho por no haber constituido SAMA Ltda. en los términos del acuerdo de 1991
- i. Que se declare que la Nación incurrió en abuso del derecho al no haber constituido oportunamente SAMA Ltda, según los términos previstos en el acuerdo del 91 (S2 A)
- g) Pretensiones condenatorias derivadas de la declaración de la pretensión precedente.
- i. No hay pretensión condenatoria derivada específicamente de que se acceda a la pretensión declaratoria precedente.
- h) Pretensiones declaratorias relacionadas con la Ley 773 de 2002.
- i. Se declare que la Nación incumplió con lo previsto en la Ley 773 de 2.002 (esta pretensión está dentro del grupo de pretensiones subsidiarias primeras, pero, interpretando razonablemente la demanda, la tomamos como soporte también de algunas pretensiones de condena contenidas en las pretensiones principales) (S1 D)
- i) Pretensiones de condena con base en que se acceda a la petición precedente.

- i. Que se condene a la Nación a pagar a favor de las comunidades SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA los perjuicios causados por no haber constituido la sociedad y hecho los aportes en los términos previstos en la Ley 773 de 2.002, desde la vigencia de ésta y hasta la constitución de SAMA Ltda (P L).
- j) Pretensiones de condena generales.
 - i. Que se condene a la Nación a pagar a favor de SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso (P N)
 - ii. Que se condene a pagar a la Nación a pagar cualquiera de los perjuicios debidamente indexados (P O)
 - iii. Que se condene a la Nación a pagar las costas y agencias en derecho del proceso (P P, S1 G y S2 G)

5.1 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

El Tribunal no se pronunció sobre su competencia específica sobre los puntos que ahora estudia, al decidir sobre la admisión de la demanda y en los debates de la primera audiencia de trámite, porque en el proceso arbitral no hay excepciones previas y porque debido a la naturaleza de los argumentos planteados contra la competencia del Tribunal pareció más justo con las partes esperar a que se hubiera recogido todo el material probatorio y analizado los argumentos de fondo para tener un criterio definitivo sobre estos aspectos y así no descartar anticipadamente un pronunciamiento de fondo sobre determinados aspectos de la demanda.

5.1.1 LA INCOMPETENCIA PLANTEADA

A lo largo del desarrollo del presente trámite arbitral, en distintas actuaciones, el apoderado de La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha cuestionado la competencia del presente Tribunal de Arbitramento. Las actuaciones y argumentos que ha esgrimido la Parte Convocada, se sintetizan en los siguientes:

- En el Recurso de Reposición contra el Auto Admisorio de la convocatoria¹⁸:
 - ✓ Se plantea que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las controversias objeto de la convocatoria puesto que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos de SAMA LTDA. Son para resolver las controversias entre los socios o entre éstos y la sociedad, de esta manera las controversias de SAMA LTDA. Con terceros o con quienes no se ha celebrado el pacto arbitral supera el marco de competencia de la justicia arbitral.
 - ✓ Se desconoce, por parte de la convocante, la calidad de socio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹⁸ Ver: Cuaderno Principal No. 1, folios 191 a 201.

- ✓ En la convocatoria se consignan pretensiones que no están en el ámbito de la cláusula compromisoria, particularmente aquellas relacionadas con los eventuales incumplimientos del Acuerdo del año 91 y la Ley 773 de 1992, identificadas con las letras k), l) y m) del texto de la convocatoria.
- En la Contestación a la convocatoria¹⁹:
 - ✓ El convocante desconoce la calidad de socio de SAMA LTDA del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; por lo tanto el convocante incurre en una contradicción al vincular como parte del proceso al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, vinculación que solo puede hacerla en la medida éste sea reconocido como socio, y al mismo tiempo, para efectos de ejercer sus derechos de la sociedad, niega tal calidad.
 - ✓ La Cláusula Compromisoria contenida en la Escritura Pública No. 135 de 12 de diciembre de 2004 delimita los asuntos objeto de arbitramento al contrato de sociedad y no puede ser ampliada a asuntos previos que no hacen parte de dicho pacto; como lo son las pretensiones principales k), l) y m) del texto de la convocatoria.
 - ✓ El Tribunal de Arbitramento carece de competencia para declarar la existencia de supuestos de ineficacia, según la disposición contemplada en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998.
 - ✓ El Tribunal de Arbitramento carece de competencia para decidir sobre asuntos intransigibles, en particular sobre la pretensión relacionada con la solicitud de ordenar a la Cámara de Comercio de Riohacha de cancelar la inscripción de la Escritura Pública No. 1592 del 11 de octubre de 2007 como consecuencia de la disposición y/o reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, toda vez que el acto de registro se trata de un acto administrativo que se presume legal hasta que su nulidad no sea declarada judicialmente y dicha posibilidad le corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa.
 - ✓ El Tribunal de Arbitramento carece de competencia para conocer de la controversia de la convocatoria por ausencia de legitimación en la causa por pasiva; toda vez que las asociaciones Asocharma y Waya Wayuu no son socias de Sama Ltda y perdieron tal calidad al haber operado de pleno derecho la condición resolutoria sobre la cesión de cuotas realizada por La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹⁹ Ver: Cuaderno Principal No. 1, folios 227 a 249.

- En el Recurso de Reposición contra el Auto No. 11 del 29 de agosto de 2008 (Competencia del Tribunal de Arbitramento en la Primera Audiencia de Trámite)²⁰:
 - ✓ Toda vez que la cláusula compromisoria se encuentra establecida para dirimir las controversias entre los socios de la sociedad El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no es socia de las Asociaciones Waya Wayuu ni Asocharma; y si lo fuere, entonces tales asociaciones no tendrían legitimación en la causa por activa; por tal razón el Tribunal no es competente.

- En el Escrito de Alegatos de Conclusión
 - ✓ Las normas constitucionales y legales, así como la jurisprudencia de las altas cortes, permiten concluir que corresponde a las partes, en el marco del principio de la autonomía de la voluntad y de las limitaciones legales, definir las materias que serán objeto de decisión arbitral.
 - ✓ La actuación arbitral debe mantenerse dentro de las materias indicadas en la cláusula compromisoria o en el compromiso.
 - ✓ La cláusula compromisoria contenida en la Escritura Pública No. 135 de 2004 de manera contundente y expresa limita el arbitraje a las diferencias que se presenten entre los socios o entre éstos y la sociedad durante la vigencia de ésta, su disolución o liquidación, en consecuencia sólo estas diferencias podrán ser objeto de decisión arbitral. De esta forma, están excluidas las controversias referentes a personas diferentes de los socios y la sociedad, así como las controversias que no estén relacionadas con el contrato de sociedad.
 - ✓ Las pretensiones que implican órdenes a la Cámara de Comercio de Riohacha, no pueden ser conocidas por el Tribunal de Arbitramento, pues dicha entidad no es parte de la cláusula compromisoria.
 - ✓ El Tribunal de Arbitramento no debe pronunciarse sobre las pretensiones originadas en controversias derivadas del Acuerdo del 27 de julio de 1991 o de la Ley 773 de 2002, pues no existe acuerdo para solucionar las controversias derivadas de dichos actos.
 - ✓ Desde el punto de vista temporal, las controversias sobre las cuales tiene competencia el tribunal son aquellas surgidas a partir del 21 de diciembre de 2004, fecha en la que fue suscrita la Escritura Pública 135 de 2004, en la cual se pactó la cláusula arbitral.

²⁰ Ver Cuaderno Principal No. 2, folios 236 y 237.

- ✓ Cualquier controversia que no se relacione con las cláusulas del contrato de sociedad tampoco serán de competencia del Tribunal de Arbitramento, pues la cláusula compromisoria sólo hace referencia a la sociedad, de manera que los demás negocios jurídicos contenidos en la Escritura Pública 135 de 2004 están excluidos de la órbita del presente proceso arbitral.

A los anteriores planteamientos, el apoderado de la Parte Convocante esgrimió los siguientes argumentos:

- En el escrito por el que se descurre el traslado de las excepciones²¹:
 - ✓ El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene la calidad de socio de SAMA LTDA, tal como se acredita con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Riohacha.
 - ✓ Con relación a las pretensiones formuladas a partir del año de 1991, el Tribunal es competente para resolverlas pues las partes de común acuerdo en la escritura de constitución de Sama se invoca reiteradamente el acuerdo de 1991.
 - ✓ El Tribunal de arbitramento no es competente para decidir aspectos de ineficacia pues estos operan de pleno derecho. La Ley 446 dispone que los presupuestos de la ineficacia si son susceptibles de pronunciamiento judicial.
 - ✓ Todas las pretensiones de la demanda son transigibles y el contrato de Sama Ltda se rige por el derecho privado.
 - ✓ No hay ausencia de legitimación en la causa pues la socia es La Nación representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el IFI y el Ministerio de Minas y Energía.
- En el Escrito de Alegatos de Conclusión:
 - ✓ La Nación es una sola y como tal es parte contractual que en la escritura de constitución de Sama compareció representada por tres entidades públicas diferentes a saber: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía e IFI Concesión de Salinas debido a los roles de cada una de las partes. No obstante lo anterior, la parte demanda es siempre La Nación quien es la socia de Sama Ltda. Aunque esté solo representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
 - ✓ Las pretensiones de la demanda se encuentran relacionadas con los derechos y obligaciones adquiridas en virtud de la constitución de la sociedad contenida en la Escritura Pública No. 135 del 2004.

²¹ Ver Cuaderno Principal No. 2, folios 29 a 36

- ✓ Las pretensiones objeto del proceso arbitral se refieren a reclamaciones entre socios y entre éstos y la sociedad.
- ✓ Al pactar la Cláusula Compromisoria los socios no excluyeron ninguna diferencia de su ámbito.

Por su parte, con respecto a la incompetencia planteada, el representante del Ministerio Público sostuvo:

“Debe observarse que en virtud de la cláusula compromisoria pactada en la escritura de constitución de Sama, No. 135 de 21 de diciembre de 2004, las diferencias surgidas en relación con dicho contrato social serán resueltas por un árbitro único, razón por la cual los demás conflictos surgidos por fuera de tal consideración escapan al conocimiento arbitral.

Por tal razón el objeto del arbitramento debe circunscribirse a las pretensiones que se relacionen con las condiciones contenidas en el contrato social incorporado en la escritura pública 135 de 2004 y que tienen que ver con la validez del mismo, con su incumplimiento, con la ineficacia de la relación jurídica contenida en la escritura pública 1592 del 11 de octubre de 2007, y con los eventuales perjuicios producidos como consecuencia de las anteriores situaciones.

Bajo estas consideraciones la excepción de falta de competencia del árbitro queda referida a lo expuesto, pero igualmente se mantiene para lo que se ha definido dentro de su objeto.”

Con base en los argumentos expuestos por cada una de las partes, la intervención del Ministerio Público, y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el inciso 2º del numeral 2 del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en el trámite arbitral no proceden las excepciones previas, el Tribunal, tal como lo afirmó en el Auto No. 11 del 29 de agosto de 2008 deberá pronunciarse sobre la competencia para conocer las controversias derivadas entre las partes al amparo de la Cláusula Compromisoria contenida en el Artículo Trigésimo de la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004..

5.1.2 LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

5.1.2.1 EL MARCO LEGAL

El arbitraje como mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral tiene su origen en el acuerdo de voluntades de las partes, es decir, en el pacto arbitral. Así lo señala el artículo 115 de la Ley 446 de 1998, que se encuentra recogido en el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, con el siguiente texto:

“**ARTÍCULO 117.- PACTO ARBITRAL.** Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.”

Y más adelante se establece sobre la cláusula compromisoria lo siguiente:

“ARTICULO 118. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral. (...)

PARÁGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.”

Del pacto arbitral y, por ende, de la cláusula compromisoria se deriva el principio del Kompetenz – Kompetenz, o competencia sobre la competencia, en virtud del cual, por la delegación que las partes hacen al Tribunal Arbitral, éste es competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Así lo establece el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, con el siguiente alcance:

“ARTICULO 147. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.
2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición. (...)”

De esta manera y desde el punto legal la competencia del tribunal arbitral deberá estar determinada por el Pacto Arbitral y es a la luz de dicho pacto arbitral que deberán examinarse las pretensiones de la convocatoria y de la demanda de reconvencción para que el Tribunal de Arbitramento decida sobre su competencia y así proceda a resolver total o parcialmente las diferencias sometidas a su conocimiento.

5.1.2.2 EL MARCO JURISPRUDENCIAL

Sobre el contenido y alcance de una cláusula compromisoria el Consejo de Estado ha sostenido:

“Al respecto, es del caso precisar que el pacto arbitral tiene como característica principal la de ser un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de los árbitros, quienes están transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, y profieren una decisión o laudo que, por mandato legal, adquiere la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. La cláusula compromisoria tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes que lo celebran.

Debe la Sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la

cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; (...).

Adicionalmente, estima la Sala necesario señalar cómo, aún en el evento de que las partes no señalen límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros, no por ello hay lugar a entender siempre que las mismas son ilimitadas. (...)

En efecto, el árbitro es un juez de excepción, de carácter extraordinario, y en esa condición ejerce su función respecto de intereses particulares, siempre y cuando sean susceptibles de transacción o esencialmente negociables, es decir, que sobre ellos las partes tengan capacidad de disposición. (...)

Síguese de lo anterior, que la competencia de los jueces arbitrales la delimitan las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso, pero, con sujeción estricta a los linderos que clara y expresamente señalan la Constitución y Ley, pues, de una parte, en la fórmula del Estado de Derecho no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra, existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la Ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional.²²

Por su parte, la Corte Constitucional en cuanto al criterio de arbitrabilidad que debe tener en cuenta un Tribunal de Arbitramento para definir la competencia sobre las controversias que son sometidas a su conocimiento, ha señalado lo siguiente:

“La arbitrabilidad es el criterio que se ha de aplicar para establecer la vocación que tienen determinados asuntos de ser objeto de decisión por un tribunal de arbitramento, así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos. Proporciona parámetros para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el tribunal arbitral, al determinar qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva), y quiénes pueden hacer uso de este mecanismo (arbitrabilidad subjetiva).

3.1. La arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*.

3.1.1. Sólo se pueden someter a arbitramento los asuntos transigibles. La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República.

²² COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de febrero de 2000, Consejero Ponente, Germán Rodríguez Villamizar. Expediente 16394.

(...)

En lo esencial, los asuntos transigibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico.

3.2. La arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae*

Por su parte, la arbitrabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros un debate sobre el alcance de la arbitrabilidad *ratione personae*, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva.²³

5.1.2.3 EL MARCO CONTRACTUAL Y EL PACTO ARBITRAL

5.1.2.3.1 EL MARCO CONTRACTUAL

Mediante Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única del Círculo de Urbilla se solemnizó la constitución del contrato de sociedad de Salinas Marítimas de Manaure Limitada – Sama Ltda. En dicho instrumento público se señaló que concurrían como partes²⁴ constituyentes de dicha sociedad las siguientes: La Nación representada por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el Alcalde Municipal de Manaure y el Representante de la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain-Ichi.

Más adelante se establece que la naturaleza de la sociedad Sama Ltda es la de ser una sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, constituida bajo la forma de sociedad comercial de responsabilidad limitada que en el ejercicio del objeto social de la empresa y todos los actos conexos se regirá por el derecho privado.

En el artículo Quinto de los Estatutos Sociales se señala que el capital social será de \$60.720.000.000⁰⁰ que se distribuye en los siguientes porcentajes: para la Nación 51%, para SUMAIN ICHI 25% y para el municipio de Manaure el 24%

En el artículo sexto, como ya se señaló en el primer capítulo de este laudo, se hace constar la cesión de la parte social de la Nación a las comunidades SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA. Se dispuso textualmente:

Artículo sexto: Cesión de los derechos sociales de la Nación.- De conformidad con lo expuesto en las consideraciones previas a la presente escritura, la NACIÓN COLOMBIANA, representada para este acto por el señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo cede, los derechos sociales que a ella le corresponden sobre el 51% del capital

²³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-174/07. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Jose Cepeda.

²⁴ Ver Artículo Primero de la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004 Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 38 y ss.

social (...) de acuerdo con la siguiente distribución y a las siguientes entidades y asociaciones:

- a.- A la asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayúu del área de influencia de las Salinas de Manaure, "SUMAIN ICHI", que obra en este acto como cesionaria de los derechos sociales de la NACIÓN (...)
- b.- A la Asociación de Cosechadores de las charcas Shorshimana y Manare, "WAYA WAYUU", que obra en este acto como cesionaria de los derechos de la Nación, (...)
- c.- A la Asociación de los Charqueros paralelos de Manaure, "ASOCHARMA", que obra en este acto como cesionaria de los derechos de la Nación, (...)"²⁵

Esta cesión se sometió a condición resolutoria si las cesionarias asumían ciertas actitudes en las votaciones en los órganos sociales.

De lo hasta aquí expuesto se concluye: primero, que la Nación fue socia fundadora en del contrato social; segundo, que en su calidad de socia cedió condicionalmente su participación a las comunidades SUMAIN ICHI, WAYAA WAYUU y ASOCHARMA; tercero, que en su calidad de socia cedente bajo condición resolutoria, pretendió recuperar, en conflicto evidente con los socios cesionarios y con la sociedad, sus cuotas sociales, con lo cual se ha generado una evidente diferencia, dentro de la marcha y vigencia

del contrato social, de unos socios frente a otros y entre un socio y la sociedad, lo cual, cree este Tribunal, se enmarca exactamente dentro del ámbito de la cláusula compromisoria del contrato de sociedad que nos ocupa, como pasaremos a demostrar.

5.1.2.3.2 EL PACTO ARBITRAL

En el Artículo Trigésimo de las estipulaciones del contrato de sociedad, para la constitución de SAMA LTDA., contenido en la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004, se dispuso:

"Artículos Trigésimo: Arbitramento.- Las diferencias que se presenten entre los socios o entre éstos y la sociedad durante la vigencia de ésta, su disolución o liquidación se someterán a la decisión de un (1) árbitro que será designado por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad y en su defecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a solicitud de cualquiera de las partes, entendiéndose por tales quienes discutan una misma pretensión. El árbitro fallará en derecho, (sic) Así mismo, requerirá autorización expresa para conciliar las pretensiones de las partes.

En caso de que la diferencia versare únicamente sobre asuntos técnicos, científicos o cuantitativos, en los cuales no se requiera pronunciamiento del derecho, las partes se someten desde ahora al arbitramento técnico, con un (1) árbitro designado en la forma antes prevista."

Del texto antes transcrito se deduce lo siguiente:

- La cláusula compromisoria se encuentra establecida para resolver las diferencias entre los socios de Sama Ltda. o entre éstos y la sociedad. De

²⁵ Ibíd., Folios 40 y 41.

esta manera se define la arbitrabilidad subjetiva de la cláusula compromisoria, y

- Solo se resolverán por un Tribunal de Arbitramento las diferencias que se presenten durante la vigencia de la sociedad, su disolución o su liquidación. Este enunciado delimita la arbitrabilidad objetiva de la cláusula compromisoria.

Bajo las consideraciones de la arbitrabilidad subjetiva y objetiva señaladas por la cláusula compromisoria antes transcrita el Tribunal de Arbitramento deberá decidir sobre la competencia para resolver cada una de las cuestiones planteadas por la demanda principal y de la demanda de reconvenición que cursan en el presente proceso.

5.1.3 LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1.3.1 SOBRE LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA

Con base en lo expuesto a lo largo de este acápite el Tribunal ratifica la decisión adoptada mediante Auto No. 11 del 29 de agosto de 2008 cuando se declaró competente para conocer del presente trámite arbitral reconociendo como partes del proceso a: La sociedad Salinas Marítimas de Maure – SAMA LTDA., las Asociación Waya Wayúu, la Asociación Asocharma y la Asociación Sumain Ichi contra La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En su momento y para adoptar la decisión mencionada, el Tribunal consideró:

“(…)

- 3) Los demandantes aducen que uno de los socios iniciales de la sociedad, es decir, la Nación Colombiana (que con base en alguna cláusula del contrato celebrado cedió sus acciones a algunos de los demandantes) no ha cumplido parte de las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato de sociedad y que, por otro lado, ha recuperado indebida y unilateralmente sus acciones. La demandada aduce que la recuperación de las acciones es legítima y que ha sido la demandante la que ha incumplido las obligaciones derivadas del contrato de sociedad.
- 4) La diferencia señalada en el numeral anterior constituye para este Tribunal una clara diferencia entre quienes se hicieron socios por virtud de la escritura 135 del 21 de diciembre de 2.004, para efectos de lo cual se estableció la cláusula arbitral.
- 5) Por supuesto, este Tribunal no se pronunciará en el laudo sobre peticiones que no constituyan diferencias entre partes del contrato social celebrado con la escritura pública 135 del 21 de diciembre de 2.004, ni sobre cuestiones que no se deriven de la relación socio-contractual de las partes, pero la decisión sobre cuales peticiones no son atendibles por el Tribunal será consecuencia del análisis probatorio y de los argumentos que se den en el proceso. Por lo tanto, no encuentra el Tribunal que sea necesario ni legal, como se ha propuesto, que se despachen por vía de inadmisión de la demanda o de declaración de incompetencia, algunas de las pretensiones de la demanda.

Una cosa es declarar la competencia sobre el litigio planteado por la sociedad y algunos de los socios contra otro de los socios, que es lo que ahora nos corresponde y otra si las pretensiones deben o no ser despachadas en un sentido o en otro. La competencia que se asume se basa en que se entiende que hay un litigio entre las partes de un contrato de sociedad y no en que las peticiones de una u otra deban ser resueltas favorablemente. Si alguna de las peticiones debiera no ser atendida por incompetencia del Tribunal, ello se decidirá en el laudo, toda vez que en el trámite arbitral no son procedentes las excepciones previas.

- 6) En cuanto a si se debe vincular o no al Ministerio de Minas y Energía, al IFI, o al IFI Concesión Salinas, encuentra el Tribunal que la demanda está dirigida contra la Nación y solo contra ella. Lo que se pidió fue que se notificaran, como representantes de la Nación, al Ministerio de Minas, al IFI y al IFI Concesión Salinas.”

Sobre el anterior presupuesto, este Tribunal habrá de declararse competente para dirimir la controversia planteada entre los demandantes y la Nación representada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo. El Ministerio de Minas, el IFI y el IFI Concesión Salinas quedan notificados de la demanda y de la existencia del proceso para lo que les pueda interesar.”²⁶

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal reconoce y declara la competencia para dirimir las controversias que se plantean en el presente proceso en las que actúen como parte la sociedad Sama Ltda, las Asociaciones Waya Wayúu, Asocharma y Sumain Ichi en contra de La Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

Las controversias o pretensiones con respecto a intervinientes distintos a los antes referidos, está por fuera de la competencia del Tribunal de Arbitramento.

5.1.3.2 SOBRE LA ARBITRABILIDAD OBJETIVA

Examinado el alcance de la Cláusula Compromisoria que convoca a este Tribunal y las pretensiones de la demanda, el Tribunal de Arbitramento deberá declararse competente para resolver aquellas controversias que se deriven del objeto de la cláusula, es decir, aquellas que reúnan las siguientes características.

- Se hayan presentado durante la vigencia de la sociedad, es decir, desde el 21 de diciembre de 2004.
- Tengan origen o se deriven de la ejecución, celebración o cumplimiento de las estipulaciones del contrato de sociedad de Sama Ltda.
- Se presente entre las partes sobre las que se da el presupuesto de la arbitrabilidad subjetiva en el presente proceso.

5.1.4 CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto el Tribunal habrá de declararse competente para resolver las pretensiones de la demanda inicial y de reconvenición,

²⁶ Ver Auto No. 11 del 29 de agosto de 2008. Cuaderno Principal No. 2, folios 234 y ss.

independientemente de la prosperidad o denegación de las mismas, con el siguiente alcance:

5.1.4.1 RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL

El Tribunal habrá de declararse competente respecto de las siguientes:

- **PRETENSIONES PRINCIPALES**
 - Que se disponga y/o reconozca que en la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá se presentaron los presupuestos de la ineficacia; sanción prevista en el artículo 897 CCo.
 - Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Cámara de Comercio de Riohacha cancelar la inscripción de la Escritura pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.
 - Que se declaren nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía, cuya nulidad sea acreditada en el proceso.
 - Que se declare que la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha incumplido gravemente con su obligación realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la Escritura de constitución de Sama Ltda. N ° 135 del 21 de diciembre de 2004.
 - Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, efectuar la entrega real y material del aporte comprometido, en la constitución de Sama Ltda., dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del laudo o dentro del término que disponga el Tribunal.
 - Que igualmente se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios causados por la mora en la entrega real y material del aporte, desde la constitución de Sama Ltda. (Diciembre 21 de 2004) hasta la entrega real y material de los aportes;
 - Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios causados y resultantes del menor valor de los bienes que se obligó a entregar como consecuencia de su aporte, según valor que les asigne el perito a la fecha del experticio, comparado con el valor que aparece en la escritura de constitución de Sama.
 - Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios ocasionados desde la constitución de la sociedad hasta la fecha de entrega real y material de los activos y de las instalaciones mineras; perjuicios que consisten en las utilidades que hubiera obtenido un buen hombre de negocios en la explotación de las minas de sal de Manaure, teniendo

en cuenta el capital que se dice aportado en la escritura de constitución de Sama Ltda. y las condiciones de las minas existentes en ese momento.

- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sama Ltda. los perjuicios causados por cuanto la Nación no hizo el mantenimiento y las reparaciones necesarias como tampoco las inversiones que se requerían para una explotación eficiente y económicamente viable de las minas de sal de Manaure, desde la constitución de Sama Ltda. Hasta el tiempo que prudencialmente se determine como necesario para poner la empresa en condiciones óptimas de explotación
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar en favor de Sama Ltda. cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la Escritura N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar los perjuicios que aparecen en todas, algunas o alguna de las pretensiones anteriores, debidamente indexadas.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

En virtud de lo anterior el Tribunal se declarará incompetente para resolver sobre las siguientes pretensiones principales formuladas con la presentación de la demanda:

- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, pagar a favor de las comunidades indígenas SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA los perjuicios causados por no haber cumplido con la obligación de constituir oportunamente la sociedad Sama Ltda., y realizar los aportes a que se comprometió el Estado, en la cuantía que se acrediten en el proceso y durante el periodo que va desde el acuerdo del año 1991 (Julio 27 de 1991), hasta el día anterior a la vigencia de la Ley 773 de 2002.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de las comunidades indígenas Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma, los perjuicios causados por no haber constituido la sociedad Sama Ltda. y realizar los aportes en los términos previstos en el Ley 773 de 2002 y desde el término previsto en mencionada Ley, hasta la fecha efectiva de constitución de Sama, esto es, 21 de diciembre de 2004, en la cuantía que se pruebe en el proceso.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu, y Asocharma

los perjuicios ocasionados por el actual atraso en cultura, salud y educación de la comunidad Wayuu; atrasó ocasionado por razón de que dicha comunidad no recibió las utilidades que hubiera percibido desde el año 1991, si estas se hubieran invertido en programas de salud, educación y bienestar social, como se dispuso desde el mencionado acuerdo de 1991.

- **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRIMERAS**

Independientemente de la prosperidad o denegación de las pretensiones subsidiarias primeras el Tribunal deberá declararse competente para resolver las siguientes:

- Que se disponga que en la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá esta viciada de nulidad.
- Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Cámara de Comercio de Riohacha cancelar la inscripción de la Escritura pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.
- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio incumplió con las obligaciones contractuales previstas en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía.
- Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a cancelar los perjuicios causados a Sama Ltda. en la cuantía que se prueben en el proceso y debidamente indexados.
- Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a cancelar a Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma, los perjuicios que se acrediten en el proceso y debidamente indexados.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

En virtud de lo anterior el Tribunal se declarará incompetente para resolver sobre las siguientes pretensiones subsidiarias primeras formuladas con la presentación de la demanda:

- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo incumplió con lo previsto en la Ley 773 de 2002.

- **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS SEGUNDAS**

Independientemente de la prosperidad o denegación de las pretensiones subsidiarias segundas, el Tribunal deberá declararse competente para resolver las siguientes:

- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al haber incluido y propuesto en la Escritura de constitución de Sama Ltda. (Escritura 135 del 21 de

diciembre de 2004 de la notaria única de Uribía) una serie de cláusulas abusivas, según se demuestre en el proceso.

- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la Escritura publica N° 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaria 70 de Bogotá.
- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al no haber entregado oportunamente de manera real y material, los aportes que se comprometió en la escritura constitución de Sama Ltda., e igualmente al no permitir la explotación y administración directa de las minas por parte de Sama Ltda.
- Que como consecuencia de lo anterior se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sama Ltda., los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.
- Que como consecuencia, se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

El Tribunal se declarará incompetente para resolver sobre las siguientes pretensiones subsidiarias segundas formuladas con la presentación de la demanda:

- Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al no haber constituido oportunamente Sama Ltda. y según los términos previstos en el acuerdo suscrito con la comunidad Wayuu del 27 de julio de 1991.

5.1.4.2 CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El Tribunal habrá de declararse incompetente respecto de las siguientes:

- Que se declare que SAMA LTDA incumplió las obligaciones contenidas en la Escritura Pública 135 del 21 de Diciembre de 2004, otorgada en la Notaría Única de Uribia, modificada mediante las escrituras públicas números 2608 otorgada el 30 de Junio de 2006 en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá; 2377 del 30 de Marzo de 2007, otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá y 2932 del 30 de Abril de 2007 otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.

Las obligaciones de la Escritura 135 del 21 de diciembre de 2.004, que fueron modificadas por las Escrituras 2608 de junio 30 de 2.006 y las otras que se mencionan, se refieren a la contratación de un operador privado, obligación impuesta en el contrato de concesión minera, sobre el cual no tiene competencia este Tribunal.

- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a SAMA LTDA. a la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, los perjuicios ocasionados.

El Tribunal se declarará incompetente, por la misma razón expresada respecto de la pretensión precedente.

- Que se condene a SAMA a pagar las costas y gastos del proceso.

5.2 PRONUNCIAMIENTOS DE FONDO.

5.2.1 Pretensión “A)” Principal. Que se disponga o reconozca que la relación jurídica contenida en la Escritura 1592 del 11 de octubre de 2.007 es ineficaz, de acuerdo con el artículo 897 del código de comercio.

Para resolver sobre esta petición deberá el Tribunal definir los siguientes puntos: Primero: en que consiste la relación jurídica contenida en la Escritura 1592 del 11 de octubre de 2.007; segundo, si esa relación jurídica es ineficaz en el sentido del artículo 897 del código de comercio.

En dicha escritura, más que una “relación jurídica” consta una manifestación unilateral del Ministerio de Comercio Industria y Turismo consistente en declarar:

- a. El Artículo quincuagésimo quinto de la Escritura 135 (que pertenece al contrato de concesión minera) suspende los derechos de SAMA Ltda como concesionaria de las salinas mientras no contrate un operador privado (lo encerrado en paréntesis es una aclaración del Tribunal)
- b. Que SAMA Ltda ha incumplido reiteradamente esa obligación.
- c. Que el incumplimiento de SAMA Ltda de esa obligación es una condición resolutoria para disolver la sociedad.
- d. Que los cesionarios de los derechos sociales de la Nación en la sociedad SAMA Ltda, contrajeron la obligación de contratar un operador privado, cuyo incumplimiento acarrearía la resolución de pleno derecho de dicha cesión.
- e. Que ni las comunidades cesionarias de los derechos sociales cedidos, ni la sociedad, han cumplido las obligaciones propias de la contratación, por licitación pública, del operador privado.
- f. Que operó de pleno derecho la condición resolutoria de la cesión de derechos de la Nación a las comunidades indígenas.
- g. Que como consecuencia de haber operado la condición resolutoria y de la declaratoria que de ello se hace, el Ministerio adquiere nuevamente su calidad de socio mayoritario de SAMA Ltda., con una participación del 51%
- h. Que la nueva composición del capital de SAMA Ltda., es: Ministerio de Comercio Industria y Turismo 51%; Asociación SUMAI ICHI 25%; y Municipio de Manaure, Guajira, 24%

Llama la atención, de entrada, que una condición suspensiva, pactada en el contrato de concesión minera entre el Ministerio de Minas y Energía y la

sociedad SAMA Ltda, consistente en contratar el operador privado (mientras no se contrate el operador privado por parte de la sociedad SAMA Ltda se suspenden los derechos de SAMA Ltda como concesionaria de la mina), cuyo sujeto es la sociedad SAMA Ltda. (Artículo 55 de la Escritura) y cuyos efectos son impedir, mientras no ocurra, que esta sociedad sea la concesionaria plena de una concesión minera, sea al mismo tiempo condición resolutoria de una cesión de derechos para otros sujetos, como son las comunidades indígenas (Artículo 6 de la Escritura). Examinaremos este punto a los solos efectos de dejar claro a que se refirió la Escritura 1592 de 11 de octubre de 2.007.

Como ya se ha explicado, en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2.004 se formalizan 2 contratos, uno de sociedad entre la nación colombiana representada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el municipio de Manaure y la asociación SUMAIN ICHI, que son quienes concurren a la notaría a estos efectos, tal como consta en el artículo primero de la escritura, y un contrato de concesión minera entre la sociedad SAMA Ltda y la nación colombiana representada por el Ministerio de Minas y Energía, el cual consta a partir del artículo trigésimo primero de la escritura. Además, en el artículo sexto de la escritura se hace constar una cesión de derechos sociales de la Nación colombiana a las comunidades SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA; por ese acto, las dos últimas se hicieron socias de la sociedad SAMA Ltda.

Esta cesión de derechos sociales se sometió a varias condiciones resolutorias, que de ocurrir implicarían que los derechos cedidos por la nación a favor de las comunidades indígenas deberían volver a la nación. Por supuesto, es claro que la condición afectaría a la comunidad que realizara el acto en que consistía la condición. Dichas condiciones giran en torno a la posición que en los órganos decisorios de la sociedad deben tomar los receptores de los derechos sociales para preservar lo establecido en el contrato de sociedad contenido en la Escritura 135 de 2.007 y no se referían al contrato de concesión minera.

La condición suspensiva pactada en el artículo quincuagésimo quinto de la escritura, pertenece al contrato de concesión minera entre la nación – Ministerio de Minas y Energía y la sociedad SAMA Ltda y su efecto es que mientras no se contrate un operador privado de las salina, ésta deberá continuar siendo administrada por el IFI Concesión de Salinas y los derechos de SAMA Ltda en cuanto concesionaria de la mina de sal de Manaure estarán suspendidos. Se dijo también en esa cláusula que el operador privado debería contratarse a más tardar el 1 de julio de 2.006, lo cual constituye no ya una condición suspensiva, sino un término, un plazo, para cumplir esa obligación del contrato

Esta cláusula fue modificada inicialmente por la Escritura 2608 de junio 30 de 2006 de la Notaría 38 de Bogotá, para prorrogar por 9 meses el plazo pactado para contratar el operador privado y se reitera que hasta tanto se haga esa contratación continuarán suspendidos los derechos de SAMA Ltda como concesionaria de la mina. En esta reforma se dice si no se contrata el operador privado en la fecha pactada se resolverá el contrato, “tal como lo prevén los artículos cuarto y sexto de la escritura de constitución de la sociedad.” Pero esta referencia es contradictoria y, por lo tanto, de ningún efecto práctico, porque, evidentemente, esos artículos cuarto y sexto de la escritura pertenecen al contrato de sociedad y se refieren a condiciones resolutorias del contrato de sociedad y al de la cesión de derecho sociales y no consisten en la no contratación del operador privado, al paso que el plazo para contratar al operador privado del artículo quincuagésimo quinto y la condición suspensiva de

los derechos de la sociedad como concesionaria de la mina, se refieren al contrato de concesión minera.

Hechas estas precisiones sobre el contenido del acto demandado, debemos manifestar que no es cierto, como se dice en la Escritura 1592 de 11 de octubre de 2.007, que ocurrió la condición resolutoria de los derechos cedidos por la nación a las comunidades indígenas. Lo que habría ocurrido, según lo que se relata en esa escritura, es que se venció el plazo que se había pactado para que SAMA Ltda contratara el operador privado, lo cual es bien distinto y tendría otros efectos, como serían los derivados del incumplimiento del contrato de concesión minera, los cuales están previstos en ese mismo contrato y en el Código de Minas. Pero como esto no es competencia de este Tribunal ni cosa alguna se le ha solicitado sobre el particular, nos abstendremos de pronunciamiento alguno sobre estos temas y pasaremos a ocuparnos de las peticiones de la demanda.

Para estos efectos, tomaremos el acto, con independencia de si su contenido es cierto o no, como un acto que declara unilateralmente por una parte de un contrato, que ocurrió una condición resolutoria de pleno derecho y por el cual se procede a recuperar unos derechos que se habían cedido. El punto a resolver es: ¿la ocurrencia de una condición resolutoria de pleno derecho faculta a las partes de un contrato para, por su propia mano, sin intervención de autoridad jurisdiccional alguna, recuperar lo entregado a la otra parte? Así, por ejemplo, quien ha entregado un vehículo al comprador ¿puede ir a la casa de éste y contra su voluntad, simplemente subirse en el carro, darle arranque y llevárselo, so pretexto de que el contrato se resolvió de pleno derecho? En el caso que nos ocupa, la Nación si bien no fue a la casa de su contraparte a arrebatarse un vehículo vendido, hizo algo equivalente: fue a una notaría, dijo que había ocurrido una condición resolutoria y, por sí y ante sí, resolvió que tenía el 51% de la sociedad SAMA Ltda. y que las comunidades indígenas ya no tenían esos derechos sociales.

Veamos qué argumenta el Ministerio a su favor sobre este punto en la contestación de la demanda. En realidad, el Ministerio basa su defensa en otros aspectos, pero no aduce facultad alguna para haber actuado como lo hizo, con lo cual puede colegirse que entiende que cuando ocurre una condición resolutoria de pleno derecho, la otra parte del contrato puede, directamente, tomar las acciones que considere que se derivan de la condición, incluyendo no solo no cumplir sus prestaciones que estén pendientes, sino que puede ella misma, restituir las cosas al estado que ella entiende que deberían estar si el contrato o las obligaciones no se hubieran contraído.

No comparte dicha posición el Tribunal, que entiende que cuando ocurre una condición resolutoria, de pleno derecho o no, las partes pueden tomar la actitud de no seguir cumpliendo su parte del contrato, lo cual se deriva del principio de los artículos 1546 y 1609 del código civil, que indica que una parte no está en mora de cumplir sus obligaciones mientras la otra no cumpla o se allane a cumplir las que le correspondan. De la misma forma, ocurrida la condición resolutoria, las partes pueden entender que desaparecen sus obligaciones, o algunas de ellas, y, por lo tanto, no cumplir las obligaciones pendientes de ejecutar que quedan resueltas por el hecho que constituye la condición. Pero no pueden convertirse en ejecutores coactivos de sus propias decisiones en cuanto a restitución de bienes o dineros ya entregados a la otra parte como cumplimiento las obligaciones que ahora la parte entiende como resuelta por la ocurrencia de la condición. Tampoco puede entrar a ejecutar directamente la

indemnización a que considere que tiene derecho por virtud de la resolución del vínculo jurídico.

Por una parte, está la elemental razón de que nuestro sistema jurídico no permite ejercer auto justicia, lo cual llevaría al desquiciamiento de la convivencia social, y, por otra, que la otra parte del contrato puede tener razones para creer que no se ha dado la condición resolutoria o, que si se ha dado, los efectos deben ser diferentes a los que pretende la otra parte. Si los efectos de las condiciones resolutorias fueran prescindir de la administración de justicia, no hace falta ser especialmente agudo en punto del conocimiento de la naturaleza humana, para entender que la parte débil quedaría a merced de la otra sin justificación diferente que la fuerza, lo cual prácticamente negaría el concepto actual de civilización y Estado de Derecho.

Ahora, podría pensarse que por tratarse de la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, éste podía ejercer, no ya justicia por propia mano para restituirse sus acciones sin acudir a ninguna otra autoridad o a la administración de justicia, sino, alguno de los privilegios o prerrogativas que el Derecho concede a los entes estatales, enmarcados dentro del concepto de cláusulas exorbitantes propias de este tipo de contratos, recogidos en el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cláusulas que pueden entenderse incorporadas de manera tácita en ciertos contratos estatales, como los que tienen por objeto la explotación de bienes del Estado, tal como lo indica el inciso 6 del citado artículo de la Ley 80 de 1993.

El objeto de la sociedad creada es la explotación de una mina que es propiedad del Estado y, en este sentido, surge la duda de si en este contrato de sociedad el Estado participaría prevalido de cláusulas exorbitantes. La respuesta es que no, porque resulta claro que el concepto de “objeto” en el contexto de la Ley 80/93, cuando se refiere a contratos cuyo objeto es la explotación de bienes estatales, se refiere a contratos en los que la obligación de una de las partes, por virtud del contrato, es la explotación de un bien estatal, tal como ocurre en el contrato de concesión minera; no hace referencia al concepto de objeto en el ámbito del derecho de sociedades, en el cual el “objeto” se refiere es al límite dentro del cual se puede ejercer la personería jurídica de la sociedad, o al propósito para el cual los socios aventuran un capital, pero no implica que las partes del contrato, en cuanto tales, tengan como obligación la explotación de un bien estatal.

En todo caso, en este negocio el contrato de sociedad expresamente se sometió a las normas del derecho privado, como corresponde a la naturaleza del ente creado, que es la de sociedad de economía mixta y, aun si en gracia de discusión se aceptara que el Estado contaba con cláusulas exorbitantes, éstas no alcanzarían para disponer y ejecutar los efectos de la ocurrencia de una condición resolutoria y, en últimas, tendría que tenerse en cuenta que en el acto que nos ocupa no se hizo referencia, por parte del ente estatal, a cláusula exorbitante alguna, sino que simplemente se alegó la condición resolutoria como institución del derecho civil.

Nos encontramos, sin duda, en presencia de un acto que no es jurídicamente defendible, por atentar contra el derecho constitucional al debido proceso, contra la prohibición de la auto justicia, la cual emana de la existencia de los códigos de procedimiento, y porque atenta contra el orden público y social, y como tal debe ser declarado ¿pero a través de cual medio legal debe defenderse en este caso la juridicidad? El demandante propone, como primera opción, que sea a través del reconocimiento de la ineficacia, del Artículo 897 del código de comercio, el

cual está previsto para los casos en que en el mismo código se haya expresado que un acto no produce efectos.

El demandado, por su parte, se opone a esta petición aduciendo que la competencia para pronunciarse sobre la ineficacia de un acto jurídico es privativa de las Superintendencias Bancaria, de Sociedades, o de Valores dado que el Artículo 133 de la Ley 446 de 1998 dispone:

“Sin perjuicio de lo previsto en el Artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades y de Valores, podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades.”

Para el Tribunal esta disposición permite a las entidades mencionadas reconocer que un determinado acto es ineficaz, pero ello no puede significar que la administración de justicia no pueda administrar justicia cuando esté de por medio una causal de ineficacia, porque ello llevaría al absurdo de que entonces, precisamente ante la administración de justicia, el acto, siendo catalogado de ineficaz por la ley, no podría ser reconocido como tal. La norma citada tiene sentido para que las entidades de vigilancia puedan hacer algo que normalmente no les estaría permitido, o sobre lo cual había dudas, pero no para impedir que la administración de justicia, respecto de la cual no hay duda de que está facultada para decidir si alguien debe dar, hacer o no hacer algo por virtud de la ley, tenga que abstenerse de hacerlo. En fin, si pueden declarar la ineficacia (o declarar los presupuestos que dan lugar a ella, para utilizar una expresión que eluda la quizá exagerada discusión, casi semántica, sobre si un juzgador, cuando debe pronunciarse sobre la ineficacia de un acto no puede decir que “declara” que el acto es ineficaz, porque entonces estaría violando la ley que ordena que el acto ineficaz lo es sin necesidad de declaración judicial) las entidades de vigilancia, con mayor razón lo puede hacer la administración de justicia. Por lo demás, no se deriva del texto de la norma una sustracción de competencia para los jueces o árbitros.

Así las cosas, entramos a examinar si existe alguna norma en el Código de Comercio que diga, de una u otra forma, pero de manera clara, que el acto de recuperar por propia mano cuotas partes de una sociedad es un acto ineficaz de pleno derecho.

No la encontramos, ni el demandante ofreció información específica sobre el tema.

Entre las normas del código de comercio que cita el demandante como soporte general de sus varias peticiones, no encontramos soporte para declarar que se presentaron los presupuestos de la ineficacia del acto demandado. En efecto, claramente no consagran esta opción los artículos 125, 354, 358, 360, 363, 364, 365 del Código de Comercio. Los artículos 362 y 366 del mismo requieren de un análisis más detallado, dado que mencionan el tema de la ineficacia.

El artículo 362 dispone:

“Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho se tendrá por no escrita.

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario.”

Esta norma consagra la ineficacia de pleno derecho respecto de la estipulación contractual que impida a un socio ceder sus cuotas, pero no se refiere al caso de la manifestación unilateral de un socio “recuperando” unos derechos que previamente había cedido. Este último acto parece ir contra normas de derecho público, pero no cabe dentro de los casos de la ineficacia de pleno derecho del Artículo 897 del código de comercio que se refiere únicamente a aquellos casos en que expresamente se disponga en el código que un acto es ineficaz, bien sea que se lo exprese exactamente con las palabras “no produce efecto”, “es ineficaz” o con otras de tan clara significación, como las de “se tendrá por no escrito”.

En el artículo 366 se dispone:

“La cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia, pero no producirá efectos respecto de terceros ni de la sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil.”

Sobre esta norma debe señalarse, para efectos de su aplicación al caso que nos ocupa, primero, que el acto bajo análisis consta en escritura pública, pero, además, en él no hay realmente una cesión de cuotas, lo cual implica un acto de voluntad de un cedente a un cesionario, sino simplemente una escueta manifestación de una parte de un contrato, diciendo, por sí y ante sí, que se dieron los supuestos de una condición resolutoria y que, por tanto, unas acciones que eran ajenas, ahora le pertenecen. No podemos, por tanto, con base en esta norma, concluir que se de la exigencia del Artículo 897 del código de comercio en el sentido de que dicha manifestación de voluntad sea ineficaz. Cabe recordar que estamos frente a una institución de funcionamiento muy restringido, limitada a los casos en los que las normas del código de comercio hayan dicho expresamente que un acto no produce efectos.

En otro grupo de normas también del código de comercio, citadas por el demandante, como son los artículos 830, 871, 899, 902 y 903, tampoco encontramos que haya una manifestación de que un acto como el demandado sea ineficaz. En cuanto al artículo 897, que también se cita, cabe decir que él contiene la institución de la ineficacia de pleno derecho, pero no se refiere a que un acto unilateral de retoma de acciones sea ineficaz.

Por lo tanto, se abstiene el Tribunal de declarar²⁷ la ineficacia de pleno derecho del acto contenido en la Escritura 1592 de octubre 11 de 2.007 de la Notaría 70

²⁷ Dicho sea de paso, no comparte este Tribunal la discusión de si frente a un acto ineficaz debería el juzgador abstenerse de utilizar la expresión “se declara ineficaz” sino “se reconocen los presupuestos de la ineficacia del acto” dizque porque si se utiliza la primera de las expresiones se estaría incurriendo en una contradicción dado que un acto ineficaz de pleno derecho, según el código de comercio, no requiere declaración judicial. Una cosa es que no lo requiera y otra que no pueda sobre él declararse la certeza judicial de que es ineficaz. Si esto fuera así, los juzgadores nunca podría declarar la existencia de un hecho, porque los hechos, en cuanto tales, no requieren declaración judicial. Lo que pasa es que la función judicial requiere declarar cosas, para sentar las

de Bogotá y procede a examinar la petición subsidiaria de que se declare la nulidad de este acto.

5.2.2 Petición “A” subsidiaria primera. Que se disponga que la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2.007 de la notaría 70 de Bogotá está viciada de nulidad.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico comercial y civil, los actos jurídicos pueden estar afectados de nulidad relativa o absoluta. Así lo establecen los artículos 101 a 106 y 899 y 900 del código de comercio y los artículos 1502 a 1526 y 1740 y siguientes del código civil.

La nulidad relativa se da por vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, o por incapacidad relativa del sujeto. Su prescripción es de 2 años desde el negocio jurídico respectivo o desde que haya cesado la incapacidad.

La nulidad absoluta se origina en el objeto o causa ilícita, o en la incapacidad absoluta del sujeto. Este tipo de nulidad puede ser declarada de oficio por el juez (o árbitro). Por objeto o causa ilícita en materia de sociedades no son saneables (Artículo 106 C. de Cio.); en otras materias se discute si el objeto o causa ilícita se sana por prescripción extraordinaria de 10 años por virtud de la última parte del Artículo 1742 del Código Civil; opinamos que no, pero no entramos en ello dado que en este caso no han pasado 10 años desde el acto cuya nulidad absoluta se analiza. Las originada en incapacidad absoluta en materia de sociedades, se sanean por prescripción de 2 años desde que desaparezca la incapacidad (Artículo 108 de código de comercio)

Hay objeto ilícito en todo hecho prohibido por las leyes o contrario al orden público (inciso 3 Artículo 1518) y también en lo que contraviene el derecho público de la nación (Artículo 1519) Además, en el Artículo 1524 se establece que el móvil o motivo de todo acto o contrato –su causa- debe ser lícita, es decir, no prohibida por la ley ni contraria al orden público.

Es decir, hay objeto ilícito cuando un acto está específicamente prohibido por la ley, pero también lo hay cuando, aunque el acto no esté específicamente prohibido, él resulta contrario a normas de orden público, que son las de derecho público y aquellas que aunque no pertenezcan al derecho público, han sido expedidas para proteger el interés general o en defensa de los valores mínimos de la sociedad para su existencia y la convivencia pacífica de sus individuos.

El objeto del acto demandado, tal como se desprende claramente de sus considerandos, es ejecutar, hacer efectivas, las consecuencias que el Ministerio de Comercio Industria y Turismo entendió que deberían producirse como consecuencia de la ocurrencia de un hecho que, según el mismo Ministerio, fue pactado como condición resolutoria de pleno derecho. Dicho efecto es que las cuotas partes sociales que el Ministerio había cedido a SUMAI ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA volvieran a estar en cabeza del Ministerio. Desde otro punto de vista, la búsqueda de ese resultado fue el móvil o motivo del acto.

bases fácticas de sus decisiones. A nadie debería ocurrírsele que si un juez declara que ocurrió un hecho, por ejemplo la muerte de una persona, la cual es condición de algo, entonces el juez se está contradiciendo porque, claro, la muerte es la muerte sin que un juez se pronuncie. Se declara la certeza de los hechos para zanjar discusiones y para ordenar que se de, haga o no haga algo. .

Pues bien, ¿ejecutar, sin el consentimiento de la otra parte contractual y sin intervención de la administración de justicia, las consecuencias de una condición resolutoria de pleno derecho constituye un acto viciado de nulidad?

No se percibe que haya habido vicios del consentimiento o incapacidad por parte del ministro que lo suscribió, pero ¿habrá objeto ilícito?

La respuesta es positiva por las siguientes razones:

1. La función de administrar justicia está reservada, por mandato del Artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, a la rama judicial y a los conciliadores y árbitros investidos transitoriamente de esta función. El acto demandado constituye una “administración de justicia” pero por una persona que no tenía esa facultad.
2. Proceder a disponer y ejecutar lo que unilateral y subjetivamente se entiende que debe suceder cuando ocurre un hecho acordado como condición resolutoria, va contra el principio fundamental por el cual existe la administración de justicia y el código de procedimiento civil, que no es otro que el de evitar la justicia por propia mano y el irrespeto al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, de aplicación a temas penales y de toda naturaleza. Por eso el Artículo 6 del código de procedimiento civil recuerda que sus normas son derecho público y de orden público.
3. Si se examinan las instituciones básicas de nuestro ordenamiento comercial, civil y procesal, se puede extraer con facilidad el principio de que a ninguna parte de un contrato se le permite repararse o hacerse justicia en forma directa. Por ejemplo, en el caso del pacto de resolverse el contrato de compraventa IPSO FACTO por falta de pago del precio, el vendedor, si quiere recuperar la cosa vendida que el comprador se niega a devolverle, tiene que acudir a la administración de justicia, tal como se deriva con claridad del Artículo 1937 del código civil y del Artículo 406 del código de procedimiento civil.

En el caso del contrato de prenda con tenencia, en el cual sería muy fácil pensar que si el deudor no paga la obligación garantizada el acreedor podría cobrarse por la derecha con la prenda una vez que ocurriera una condición resolutoria de pleno derecho, el artículo 1203 del código de comercio se cuida muy bien de advertir que esa condición no produciría efecto alguno. Dispone dicha norma: “Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de lo previstos en la ley, no producirá efecto alguno.”

Hay algunos casos muy especiales en los que al acreedor se le permite tomar medidas para, en forma directa, o, por lo menos, sin acudir a la administración de justicia, volver las cosas al estado en estarían si el deudor no hubiera cumplido, pero son, precisamente, excepciones expresas de la legislación, pero que tampoco implican una total libertad de acción para el acreedor al que le han incumplido. Tal es el caso, por ejemplo, del Artículo 1199 del código de comercio, que permite al empresario de hospedaje, cuando el huésped no cancela la cuenta, llevar los bienes de éste, previo inventario ante testigos, a un martillo autorizado para que en pública subasta se enajenen y con su producto se le pague;

el remanente debe depositarse en un banco a disposición del huésped. También es el caso del Artículo 1059 del código de comercio, en el que se le permite a la compañía de seguros retener la prima pagada, a título de pena contra el tomador, cuando no ha declarado debidamente el estado del riesgo.

Pero nótese, de todos modos, que en ningún caso, ni siquiera cuando la posada o compañía de seguros perteneciera un ente estatal, se permite por la ley que el acreedor tome, sin intervención de la administración justicia, bienes del patrimonio del deudor en poder de éste, para deshacer los efectos de una relación jurídica que, por incumplimiento del deudor, o por cualquier otra causa, como por ejemplo la ocurrencia de una condición resolutoria, entienda el acreedor que deben volver a su patrimonio.

Cosa similar sucede en los eventos en los que se permite que el acreedor retenga bienes del deudor, en los que no se entiende este derecho como una forma directa para que el acreedor se restituya sus derechos por virtud del contrato incumplido o resuelto, sino como una medida de garantía. Así se establece en el código civil en los artículos 1995 a favor del arrendatario, 2.000 a favor del arrendador, 2218 a favor del comodatario, 1929 a favor del comprador, 2188 a favor del mandatario. Igual en el código de comercio, que consagra derecho de retención, entre otros, en los siguientes artículos: 1.033 y 1624 a favor del transportador, 1302 a favor del comisionista, 1188 a favor del almacén general de depósito

Ni siquiera en las normas sobre contratación estatal, en las cuales se han consagrado las llamadas cláusulas exorbitantes a favor del estado, tales como la interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato, la caducidad o la reversión, se permite que el estado proceda directamente a ir tras bienes del contratista como forma de hacer efectiva una condición resolutoria o un incumplimiento.

Este análisis permite entender que nuestro sistema jurídico relacionado con los contratos, actos y negocios jurídicos, sean ellos civiles, comerciales o administrativos, permite a las partes de dichos actos jurídicos, abstenerse de dar, hacer o no hacer, cosas o conductas, cuando entienden que la fuente de esa obligación no existe, es ineficaz, se ha resuelto, o de cualquier otra forma no les es aplicable, lo cual se predica del deudor que no cumple o del acreedor que no devuelve bienes o dineros del deudor, pero nunca faculta a los sujetos de derecho, sean personas públicas o de derecho privado, para directamente obligar, constreñir, o forzar a los demás a dar, hacer o no hacer algo, ni para dar o hacer por ellos lo que no hacen por su propia voluntad.

4. La expresión “de pleno derecho” estipulada en un contrato, para resolverlo a para cualquier otro efecto, no puede tener el efecto de suprimir el debido proceso y derogar la función jurisdiccional en cabeza del Estado o de quien por ley pueda ejercer esta función pública, porque, como establece el artículo 1 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia:

“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado, encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados

en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

En otras palabras, agregar “de pleno derecho” en un contrato no nos puede llevar al “quebrantamiento de la soberanía estatal y el regreso a las más primitivas etapas de la civilización”²⁸

El uso de esta expresión referida a las condiciones resolutorias²⁹, que no quiere decir que cuando no se utilice la resolución de un contrato no se produzca de “pleno derecho”, porque el derecho siempre ha de aplicarse en forma plena y cabal, parece tener su origen en Francia³⁰, cuyos jueces “se han arrogado la facultad de declarar o no la resolución pedida por el actor, según la apreciación que ellos hagan de la falta cometida por el contratante demandado, de la gravedad del perjuicio que esta falta le cause al actor, del momento en que deba considerarse resuelto el contrato, de la medida en que haya de operar la retroactividad de la resolución, etc., a lo cual se agrega que dichos tribunales, de ordinario, usan también de la facultad que se les reconoce de conceder “plazos de gracia” al demandado, y hasta llegando al extremo de aceptar el cumplimiento por éste antes del pronunciamiento del fallo de resolución. Con otras palabras: lo que conforme a la ley es una opción otorgada al contratante insatisfecho, se ha convertido, por obra de la jurisprudencia, en una opción de los jueces para decretar o no, a su discreción, la resolución pedida por dicho contratante. De ahí que para evitar la incertidumbre así creada, el pacto comisorio, con la estipulación expresa de resolución ipso jure o ipso facto por incumplimiento del contrato, se haya convertido en una cláusula de estilo en los referidos sistemas.”

Esta explicación, si bien referida a la condición usualmente llamada “pacto comisorio” explica también el origen de expresiones como “ipso jure” ipso facto” o “de pleno derecho” referidas a la ocurrencia de actos o hechos que se pacten como condición resolutoria de un contrato, lo cual, ya se entiende, por lo que se ha explicado en los párrafos precedentes, no puede tener la función jurídica de permitir a las partes hacerse justicia por propia mano, sino dejar claro que no se concederán plazos de gracia o indemnizaciones menores a las que legal o contractualmente correspondan, cuando ocurra la condición.

En fin, la ocurrencia de condiciones resolutorias de “pleno derecho” sobre los actos jurídicos, afectan a los actos en sí, pero no facultan a las partes prescindir de la función jurisdiccional del Estado.

Por todo lo expuesto, el Tribunal llega a la conclusión de que el acto contenido en la Escritura 1592 de 11 de octubre de 2.007, de la Notaría 70 del Círculo Notarial de Bogotá, resulta contrario de manera clara a normas de orden público

²⁸ LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. Procedimiento Civil Parte General, Tomo II Editorial. DUPRE. Bogotá. 2.002, p. 127.

²⁹ Institución de origen antiquísimo en el Derecho Romano.

³⁰ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 7ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2009. Se refieren al tema específico del pacto comisorio, pero la explicación puede extender a el uso de la expresión “de pleno derecho” en cualquier condición resolutoria pactada en un contrato.

y, por ende, está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito y así se declarará en la parte resolutive de este laudo; las normas contrariadas por el acto son:

Las artículos 29 y 116 de la Constitución Nacional en la medida que ellos radican la facultad de administrar justicia solo en la rama judicial y en los conciliadores y árbitros y, en casos especiales, en la rama legislativa.

El artículo 1 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

El Código de Procedimiento Civil, norma de derecho público y de orden público, como lo consagra su Artículo 6

Ahora bien, a pesar de la declaración de nulidad del contenido de la Escritura Pública No. 1592 de 2007, el Tribunal se abstiene de condenar a indemnización de perjuicios, dado que en el texto de la demanda no aparece solicitud consecuencial de condena por este aspecto y tampoco se acreditan perjuicios ciertos derivados de dicha nulidad, sufridos por las asociaciones SUMAIN-ICHI, WAYA WAYUU y ASOCHARMA, como titulares de los derechos societarios indebidamente recuperados por la Nación.

Por supuesto, los socios de SAMA Ltda., como consecuencia de la nulidad que se declarará, son los que figuran en el artículo sexto de la escritura 135, después de la cesión de derechos sociales que hizo la Nación, con los siguientes porcentajes de participación en el capital social: SUMAIN ICHI 36%, Municipio de Manaure 24%, WAYA WAYUU 30% y ASOCHARMA 10%)

5.2.3 Petición “B” subsidiaria primera. Que como consecuencia de lo anterior se orden a la Cámara de Comercio de Rioacha cancelar la inscripción de la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2.007 de la Notaría 70 de Bogotá y en relación a la sociedad SAMA Ltda.

Respecto de esta petición, entiende el Tribunal que es suficiente, a efectos de obtener el efecto buscado, que se inscriba la parte resolutive de este laudo en la Cámara de Comercio de Rioacha, con lo cual se le dará suficiente publicidad a la decisión de declarar nulo el contenido de la Escritura 1592 de octubre 11 de 2.007, de la Notaría 70 de Bogotá. Así se dispone expresamente en el Artículo 192 del C. de Cio para el caso de decisiones judiciales que declaran nulidades de decisiones de la asamblea de una sociedad, por lo que no se ve por qué en este caso se deba proceder en forma diferente.

5.2.4 Petición “C” principal. Que se declare que son nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Única de Uribia, cuya nulidad sea acreditada en el proceso.

En La demanda se pide, de manera general, que se declare la nulidad de cualquier cláusula del contrato social que adolezca de este vicio. En el capítulo de “hechos”, en el número 38, se afirma que el Estado, abusando de su posición dominante, introdujo en la Escritura del contrato social una serie de cláusulas abusivas y nulas, sin especificar cuáles son. En el número 39 se expresa que la nulidad de las cláusulas se origina en la violación de la Ley 773 de 2.003, la sentencia C-620 de 2.003, la sentencia T-007 de 1995 y el concepto del Consejo de Estado de junio 3 de 2.004. En el numeral 51 se especifica diciendo que en los artículos 21 y siguientes se consignaron una serie de cláusulas sobre un operador privado para el manejo y explotación de las Salinas de Manaure “cuyos

textos fueron impuestos abusivamente por el Estado.” En el numeral 52 se manifiesta que en el contrato de concesión minera se establecieron una serie de cláusulas, en especial la de someter la concesión a una condición suspensiva, cuyo texto fue impuesto abusivamente por el Estado.

En los alegatos de conclusión la parte convocante hizo referencia a las cláusulas relacionadas con el nombramiento del operador privado, a la cláusula sexta sobre condición resolutoria de la cesión de los derechos de la nación a las comunidades indígenas, a la cláusula que establece la condición suspensiva de los derechos de SAMA como concesionaria de la concesión minera y a los artículos 24, 32, 36, 55 de la Escritura 135.

Examinaremos la petición de declaración de nulidad absoluta específicamente de estos temas, sin perjuicio de hacer una confrontación general del contrato de sociedad con normas de orden público que no se hayan acatado y, de manera particular, frente a la Ley 773 de 2.003.

El punto básico a resolver es si haber hecho referencia por las partes en el contrato de sociedad, en los artículo vigésimo primero a vigésimo quinto de la escritura, a la obligación de contratar un operador privado, obligación impuesta por el contrato de concesión minera en el artículo 55 de la Escritura 135, resulta de objeto o causa ilícita por ser contrario a alguna norma imperativa que lo prohíba o por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o por haber sido pactadas por una persona absolutamente incapaz, causales éstas de nulidad absoluta de acuerdo con los artículos 101 a 106 y 899 del código de comercio y 1741 del código civil.

Veamos las normas específicas que se tuvieron en cuenta para llegar al contrato de sociedad de SAMA Ltda. Básicamente debemos referirnos a la Ley 773 de 2.003, y al acuerdo del 91 entre el Gobierno Nacional y la comunidad Wayuu y a las sentencias de la Corte Constitucional que interpretaron el acuerdo de 1991 (por una acción de tutela) y la ley (por una acción de inconstitucionalidad) y el concepto del Consejo de Estado que resolvió el problema jurídico de cómo la Nación debía capitalizar la sociedad que debía crearse.

Pues bien, en el acuerdo de 1991 se acordó, entre otras cosas, que se crearía una sociedad de economía mixta con una participación accionaria del estado no inferior al 51% y una participación de la comunidad Wayuu no inferior al 25%. El resto de acciones podría ser suscrito por empresas vinculadas al estado o por otros sectores interesados en capitalizar la sociedad.

Se acordó como condición, que se debía mantener, por el Estado, el control sobre la gestión administrativa y técnica y garantizar la participación de la comunidad Wayuu de Manaure en la dirección política general de la nueva empresa.

La Ley 773 de 2.002 autorizó al gobierno nacional para crear la sociedad de economía mixta que sería concesionaria de las Salinas Marítimas de Manaure y que debería tener la siguiente composición accionaria: SUMAI ICHI un 25%, Municipio de Manaure 24% y la Nación 51%. Se dispuso que dentro de los 3 meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley, la Nación, a través del IFI, entregaría, en calidad de capital inicial, la totalidad de los activos vinculados a la explotación de las salinas.

Ha de destacarse este aspecto del acuerdo del 91 y de la Ley 773/03: la comunidad Wayuu entendió que el futuro de la sociedad que se crearía debía tener una participación y tutela estatal, no como una suerte de imposición de una dominación abusiva y despótica, sino, por el contrario, como una garantía de que la nueva sociedad sirviera a los intereses de la comunidad Wayuu y de que hubiera una forma de ir incrementando poco a poco la participación de la comunidad Wayuu en la dirección política general de la nueva empresa, tal como se dice expresamente en el acuerdo del 91. Así se desprende, además de varios de los testimonios recibidos en este proceso como el de Custodio Valbuena al referirse a dicho acuerdo y se colige de las consideraciones de la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela T 007/95 y de constitucionalidad C – 620 /03.

Si el acuerdo del 91 y la Ley 773/03, que se aducen como las fuentes básicas para la interpretación de los contratos sobre los que gira este negocio, partían de la base de un control societario directo del Estado sobre la sociedad, en cuanto socio mayoritario, no puede haber objeción jurídica alguna a que el Estado se haya desprendido de ese control directo, pero a cambio de algunas condiciones, como la de mantener una tutela administrativa relativamente ampliada frente a la que usualmente tiene por ley en las sociedades de economía mixta, y la de proponer un operador privado como fórmula para el desarrollo del contrato de concesión minera, propuestas que fueron aceptadas claramente por las comunidades Wayuu que firmaron el contrato de creación de SAMA, sin que haya prueba alguna en el expediente en el sentido de que fueron aceptadas a causa de ocultamiento, manipulación, dolo del Estado, o falta de entendimiento del tema por las comunidades, originado en una supuesta, pero en todo caso inaceptable, incapacidad, ingenuidad, falta de lectura, o ausencia de asesoría jurídica de las comunidades indígenas.

El contenido de la escritura no puede considerarse per se intrincado u oscuro, porque, al cabo, contiene cláusulas normales para un contrato de sociedad. Además, los representantes la comunidad que negociaron y/o firmaron la escritura, demostraron, en los antecedentes de este caso desde el año 91 y antes, por su participación en el proceso político y social que ellos han promovido y sacado adelante, por sus intervenciones en el Congreso de la República, por sus actuaciones para preservar sus derechos cuando se expidió el Código de Minas, por sus declaraciones en este proceso, por todo esto, es evidente que son plenamente capaces de contratar y entender el contenido de la Escritura 135 de 21 de diciembre de 2.004, como corresponde, por lo demás, a quien pretende legítimamente asumir una importante participación en un negocio comercial, pero, además, de trascendental significación histórica y social.

Por el contrario, aparece en el expediente una oferta del gobierno, con fecha agosto de 2.004, en la que se menciona claramente el tema del operador privado y una respuesta de la comunidad, fechada octubre de 2.004, en la que se hacen observaciones y contrapropuestas, pero ninguna de ellas referida a tema del operador privado.

En el expediente hay multitud de pruebas, declaraciones y estudios, que confirman la necesidad de un inversionista importante para hacer de las salinas de Manaure un proyecto exitoso y, ni en el 2.004, cuando se firmaron los contratos de la Escritura 135, ni a hoy, las comunidades socias de SAMA Ltda, ni el Municipio de Manaure, tienen los recursos para hacer esas inversiones. En cuanto a la Nación, si los tuviera, no tiene obligación legal de hacer esa

inversión, lo cual, por lo demás, implicaría continuar en un negocio en el que legítimamente ha decidido no continuar. Pueden consultarse el Estudio de Banca de Inversión de la empresa TRIGONO³¹, el Estudio Diagnóstico para la Recuperación Productiva de las Salinas de Manaure, de la Fundación DIG (dirigido por Luigi Galli)³², El Informe para la Recuperación del Puerto, el testimonio de Juan Andrés Carreño³³ y lo manifestado por el apoderado de SAMA y las comunidades Wayuu en reunión de octubre 11 de 2.008 en reunión con el Viceministro de Desarrollo, cuya grabación se aportó al expediente por solicitud del Tribunal³⁴. Por supuesto, también corrobora esta necesidad el peritaje rendido en este proceso.

Así las cosas, haber pactado la necesidad de contratar un operador privado para que SAMA Ltda pueda entrar a ejercer plenamente como concesionaria minera de las salinas, no choca contra norma superior alguna y, por el contrario, parece ajustarse a los orígenes, proceso de concertación para su creación y objetivos constitucionales y legales de esta sociedad.

Por otra parte, en la sentencia T 007/95, e en la que se declaró que el compromiso contenido en el acuerdo de 1991 debía cumplirse para garantizar a la comunidad Wayuu sus derechos al trabajo, salud, educación, suministro de agua potable y al desarrollo social y cultural, se aclaró que ese compromiso podía honrarse en los términos literales en él contenidos, lo cual implicaría la creación de una sociedad de economía mixta para la explotación de las Salinas de Manaure, o tomando acciones que de otra forma garantizaran a la comunidad los derechos tutelados. Por lo tanto, no había una fórmula única para el tema de las salinas de Manaure, con tal de que se garantizara el digno vivir a la comunidad Wayuu.

Expedida la Ley 773 de 2.003, ella fue objeto de dos acciones de inconstitucionalidad, una para que se declarara inexecutable en su integridad por vicios de trámite y otra para que se declarara inexecutable la expresión “en calidad de concesionaria” de su artículo 1º

En sentencia C – 620, se declaró la constitucionalidad de ley, señalando, en lo que puede tener trascendencia para efectos del análisis sobre si algunas cláusulas del contrato de sociedad creador de SAMA Ltda violan alguna norma de carácter imperativo, o si tienen objeto o causa ilícita, o si fueron acordadas por una parte absolutamente incapaz, lo siguiente: que la ley no obligaba a la creación de la sociedad sino que solo autorizaba al gobierno para crearla; que para la creación de la sociedad era indispensable que las comunidades indígenas, a través de la asociación de derecho público SUMAIN ICHI, expresaran su consentimiento al contrato de creación, porque esta asociación conservaba su derecho de participar en una licitación pública para obtener, con preferencia sobre otros licitantes, la concesión de acuerdo con las normas del Código de Minas (arts. 355 y 356 en cuanto a la necesidad de licitación para las salinas); que los beneficios que lleguen a obtener la socia SUMAIN ICHI, (los

³¹ Ver: TRIGONO BANCA DE INVERSIÓN. IFI Concesión de Salinas. Estudio de Valoración de las Salinas de Manaure. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 236 a 368.

³² Ver: FUNDACION DIG. Op. Cit., Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 285 y ss.

³³ Ver: Testimonio del doctor Juan Andrés Carreño, Cuaderno Principal No. 3, folios 150 y ss.

³⁴ Ver: Cuaderno Principal No. 2, folio 291.

socios de la sociedad previstos en la ley eran la Nación, el Municipio de Manaure y la asociación SUMAIN ICHI) no debían quedarse solo en esa comunidad, sino que debería llegar a todas las comunidades indígenas y tribales asentadas en la zona de explotación Salinera de Manaure; que, creada la sociedad, ésta tendría el derecho, automático, sin licitación de por medio, de firmar un contrato de concesión con el Ministerio de Minas, contrato que, dice la Corte (Nº 18 de la sentencia, “Alcance jurídico del artículo 1 de la Ley 773 y concretamente de la expresión acusada.) **“Aunque la ley no lo dice, se regiría por las normas del Código de Minas relativas al contrato de concesión, como única modalidad jurídica prevista para la explotación de la sal.”** Y más adelante agrega: “una vez constituida la sociedad, por ministerio de la ley ella sería la concesionaria en el contrato para la explotación de la sal de las minas de Manaure, pues así lo dispone el artículo 1 justamente en la parte parcialmente demandada.” Es decir, el que la ley hubiera dicho que la sociedad se crearía en “calidad de concesionaria” lo cual se ha entendido que generaba un derecho automático a ser concesionaria, no implicaba que no tendría que firmarse un contrato de concesión minera con el Ministerio de Minas, de acuerdo con el Código de Minas.

Por lo demás, no se pronunció la Corte sobre las cláusulas que se podrían incluir en el contrato de sociedad, lo cual, por tanto, ha de entenderse, quedó a lo que acordaran las partes y a las normas sobre el contrato de sociedad del código de comercio y sobre sociedades de economía mixta en la Ley 489 de 1998.

Concepto del Consejo de Estado. Después de un recuento de lo dicho y considerado por la Corte Constitucional en sus sentencias T -007 de 1995 y C – 620 de 2.003, se concluye que es jurídicamente viable que la Nación, una vez constituida la sociedad de economía mixta a la que se refiere la Ley 773 de 2.003, transfiera su participación accionaria - sin contraprestación económica y en condiciones de igualdad- a las comunidades indígenas de la zona de las salinas de Manaure. Tampoco hay en este concepto interpretación sobre las cláusulas que deberían pactarse en el contrato de sociedad, aunque hace una interesante recomendación en el sentido de que debería ser el Estado el que hiciera las inversiones necesarias para la viabilidad de la nueva sociedad, lo cual, en nuestra opinión, sería una opción más, pero no la única. Otra es, precisamente, la del operador privado.

Ahora, la competencia para decidir sobre nulidades en los contratos de concesión, y sobre aspectos mineros no contractuales, está asignada expresamente en el código de minas, Artículo 289, 293 y 295, a los tribunales administrativos en primera instancia en los aspectos contractuales, y al Consejo de Estado en los aspectos no contractuales. Por esta razón y porque la cláusula compromisoria que faculta a este Tribunal para administrar justicia, no le permite pronunciarse sobre aspectos del contrato de concesión, no nos pronunciaremos sobre ningún aspecto del contrato de concesión, pero, en cuanto al contrato de sociedad referido a la contratación de un operador privado, nos pronunciaremos en la parte resolutoria negando la pretensión.

Respecto de la nulidad de la cláusula sexta, en cuanto contiene una condición resolutoria de la cesión de los derechos de la Nación a las comunidades indígenas, porque no se respetó la exigencia de escritura pública para la cesión de derechos sociales, se incurre en una grave confusión, porque una cosa es pactar una condición resolutoria y otra que con ella se esté haciendo la cesión de los derechos.

En cuanto a la condición suspensiva de los derechos de la concesionaria mientras no contrate el operador privado, ya hemos expresado nuestra opinión pero no se pronunciará el Tribunal en la parte resolutive, porque esa cláusula pertenece al contrato de concesión minera, sobre el cual no se tiene competencia. Sin embargo, es de justicia resaltar que la obligación de contratar el operador privado no deja a SAMA sin ingresos ni en situación necesariamente inferior a la que estaría si ya hubiera recibido materialmente los bienes, porque en la cláusula quincuagésima quinta de la escritura, que pertenece al contrato de concesión minera, se dispuso que mientras se contrata el operador privado SAMA debe recibir un 3% de las ventas brutas del Centro de Manaure, lo cual implica que se recibe una suma, un ingreso, sin tener en cuenta, gastos, costo, etc., ni si las salinas producen o no utilidades. Para contabilizar utilidades, la sociedad, si ya estuviera funcionando como concesionaria, tendría que restar, a las ventas brutas, los descuentos, los costos, gastos, amortizar inversiones o préstamos, pagar impuestos y luego sí determinar si hubo utilidades.

Por último, si bien se ha hecho un esfuerzo por pronunciarnos exhaustiva y razonadamente sobre la petición de nulidad de las cláusulas de la Escritura 135 de diciembre 21 de 2004 de la Notaría 38 de Bogotá, no sobra advertir que compartimos plenamente la opinión del Ministerio Público en su concepto de fondo, cuando afirma, refiriéndose a esta petición, que “la demanda carece de la explicación fundamentada y específica sobre la existencia de tales vicios.”

5.2.5 Petición “D” principal. Que se declare que la Nación, representada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo ha incumplido gravemente con su obligación de realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la escritura de constitución de SAMA Ltda. N° 135 del 21 de diciembre de 2.004.

En el contrato social, Artículo 4 de la escritura, se acordó por las partes que el capital social, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 773 e 2.003, estaría constituido por los activos vinculados al contrato de administración delegada celebrado por el IFI con la Nación el 1º de abril de 1970 en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, representados en terreno, edificaciones, obras de infraestructura, sistema eléctrico, equipo de transporte, maquinaria pesada, maquinaria y equipo, elementos de consumo, repuestos e inventario de sales, cuyo valor comercial a la fecha de constitución de la sociedad ascendía a \$60.720.000.000⁰⁰. Este aporte lo haría la nación sin costo alguno para los socios de la nueva empresa y constituiría el capital inicial de la nueva sociedad en su calidad de concesionaria de las salinas. Se declaró que ese capital había sido pagado en su integridad, pero falta su entrega material.

Sin embargo, en el contrato de concesión minera, cláusula quincuagésima quinta de la Escritura 135, se estableció que los derechos de SAMA Ltda., como concesionaria de las salinas, estarían suspendidos mientras no contratara un operador privado de las salinas y, además, que solo hasta el momento de dicha contratación se haría la entrega de los activos vinculados al contrato.

Por lo tanto, y dado que aún no se ha contratado el operador privado, no se puede hablar de incumplimiento de la nación en la entrega física de los activos que constituyen el capital inicial de SAMA Ltda.

Ahora bien, el operador privado no se ha podido contratar por circunstancias ajenas a SAMA. Ltda., como son las dificultades para pagar el impuesto de

timbre del contrato de concesión minera, sobre el cual, después de un intenso debate jurídico que hizo necesaria la intervención de un asesor externo,³⁵ se llegó a la conclusión de que no era realmente una obligación de de SAMA sino de la Nación, a través del IFI Concesión de Salinas, lo cual imposibilitó la obtención del registro minero, sin lo cual no parecía razonable contratar el operador privado. Todo esto, sin embargo, no hace desaparecer la obligación de dicha contratación, sino que implicaría que no se está en mora de cumplirla.

Además, para la contratación del operador privado por SAMA, la Nación, a través del IFI Concesión Salinas, debía contratar un estudio de Banca de Inversión, el cual, contra lo que manifiesta el Ministerio Público, sí se contrató y entregó a SAMA. En el expediente, dentro de los documentos aportados en la inspección judicial con exhibición de documentos practicada al IFI Concesión de Salinas, aparece el estudio titulado “Estudio de Valoración Salinas de Manaure” -informe parcial a marzo de 2005 e informe final a julio de 2.007-, realizado por la empres de banca de inversión TRÍGONO.

Este estudio fue conocido por SAMA y se menciona en el informe de gestión de 2.006, rendido por Armando Valbuena³⁶. Si, como se dice en los alegatos de conclusión de la parte convocante, el estudio no se encontró satisfactorio, SAMA debe hacer y presentar a la Nación un análisis sustentado del mismo, para finalmente establecer las condiciones para la licitación de la contratación del operador privado. Esa es su obligación contractual.

5.2.6 Petición “E” principal. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nación –Ministerio de Comercio Industria y Turismo-, efectuar la entrega real y material del aporte comprometido en la constitución de SAMA Ltda, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del laudo o dentro del término que disponga el Tribunal.

Dado que esta petición es consecuencia de que se hubiera despachado favorablemente la pretensión “D” principal, sobre incumplimiento de la Nación, esta pretensión se resolverá en forma negativa.

5.2.7 Pretensión “F” principal. Que igualmente se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de SAMA Ltda., los perjuicios causados por la mora en la entrega real y material del aporte, desde la constitución de SAMA Ltda (Diciembre 21 de 2004) hasta la entrega real y material de los aportes.”

Al referirnos a la pretensión “D” principal concluimos que la Nación no ha incumplido su obligación de realizar la entrega real y material del aporte, por lo cual esta pretensión, que es consecuencia de aquella, deberá ser resuelta en el mismo sentido.

5.2.8 Pretensión “G” principal. Que se condene a la Nación a pagar a favor de SAMA Ltda., los perjuicios causados y resultantes del menor valor de los

³⁵ Ver: Testimonio de Eduardo Arce Caicedo, director del IFI Concesión de Salinas, Cuaderno Principal No. 3, folios 91 y ss. y concepto de la firma Godoy, Córdoba & Pérez, del 6 de mayo de 2.008. Documentos de la inspección con exhibición de documentos practicada al Ministerio de Minas y Energía, Cuaderno de Pruebas No. 5, folios No. 20 y ss.

³⁶ Ver: Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 112 a 118. Documento recolectado en las Inspección Judicial al IFI-Concesión de Salinas.

bienes que se obligó a entregar como consecuencia de su aporte, según valor que les asigne el perito en la fecha del experticio, comparado con el valor que aparece en la escritura de constitución de SAMA.

Al igual que en relación con las pretensiones precedentes, al no entenderse que la Nación ha incumplido con su obligación de entregar materialmente el aporte, no hay lugar a condenar por este perjuicio, que se derivaría de ese incumplimiento.

Sin embargo, debe resaltarse que el peritaje rendido en este proceso sobre el valor actual de los bienes comparado con el valor que aparece en la escritura implica que no habría perjuicio alguno por este aspecto, en la medida que en la escritura los bienes se avaluaron en \$60.739.335.002⁰⁰ y el valor actual, según el avalúo, es de \$113.561.799.419⁰⁰

No se comparten los argumentos del demandante en el sentido de que como el valor fijado hoy a los activos es superior al que aparece en la escritura, es obvio que al momento de la escritura ellos tenían un valor por lo menos igual al de hoy. No es obvio en manera alguna, ni eso se afirmó en la demanda. Quizá han debido pedirse otras pruebas o formular otras preguntas al perito.

5.2.9 Pretensión “H” Principal. Que se condene a la Nación a pagar a SAMA Ltda., los perjuicios ocasionados desde la constitución de la sociedad hasta la fecha de entrega real y material de los activos y de las instalaciones mineras; perjuicios que consisten en las utilidades que hubiera obtenido un buen hombre de negocios en la explotación de las minas de sal de Manaure, teniendo en cuenta el capital que se dice aportado en la escritura de constitución de SAMA Ltda. y las condiciones de las minas existentes en ese momento.

Como se ha concluido que no se ha incumplido por el Estado su obligación de hacer la entrega material del aporte, tampoco se condena por este concepto, pero de todos modos se advierte que habría una seria dificultad para reconocer este perjuicio, dado que se trataría de un perjuicio hipotético, no de un perjuicio cierto y, por otra parte, no existe un comportamiento único de un buen hombre de negocios que administre una empresa. Tan buen hombre de negocios, en términos abstractos, puede ser quien acude a préstamos, como el que consigue un socio estratégico, etc., etc. Aun administrada por un buen hombre de negocios, hay muchos factores que pueden impedir a una sociedad producir utilidades.

Por otra parte, el peritaje, en cuanto a las utilidades hipotéticas de la empresa, combinando una serie de factores, nos indica que lo que ha recibido SAMA o tiene derecho a recibir, por concepto de su derecho al 3% de las ventas brutas del centro salinero de Manaure, es superior a lo que hubiera recibido por utilidades si los bienes y equipos se hubieran recibido materialmente a la constitución de SAMA Ltda. Por lo tanto, no habría perjuicio por este aspecto.

5.2.10 Pretensión “I” principal. Que se condene a la Nación a pagar a favor de Sama Ltda. los perjuicios causados por cuanto la Nación no hizo el mantenimiento y las reparaciones necesarias como tampoco las inversiones que se requerían para una explotación eficiente y económicamente viable de las minas de sal de Manaure, desde la constitución de Sama Ltda. Hasta el tiempo que prudencialmente se

determine como necesario para poner la empresa en condiciones óptimas de explotación.

Entiende el Tribunal que esta pretensión está ligada y sería consecuencia de la declaración de incumplimiento de hacer el aporte que se reclama a la Nación, por lo cual no habría lugar a concederla.

Sin embargo, de todos modos debe tenerse en cuenta que el deber de quien debe un aporte en especie, de acuerdo con el artículo 128 del Código de Comercio, no es hacer inversiones para mejorar lo que se debe o ponerlo en condiciones óptimas, sino que su deber es conservar la cosa prometida en las condiciones que se encontraba cuando fue comprometida.

Esto, aplicado a los activos de las salinas de Manaure, significa que el Estado no ha asumido deber alguno de poner esos bienes en condiciones óptimas, sino en conservarlos como estaban a diciembre de 2.004 y, según se ha podido establecer por los testimonios recibidos, como los de Custodio Valbuena, Luis Guillermo Forero, Juan Carlos Zúñiga, Juan Andrés Carreño, la infraestructura, maquinaria y equipo del Centro de Manaure estaba, a diciembre de 2.004, en un estado igual o inferior al que está hoy. En la inspección judicial se pudo constatar que, efecto, esas instalaciones están en un estado bastante lamentable, pero funcionando y que el deterioro que tienen no es algo que haya ocurrido en los últimos años, sino que es evidente que es la consecuencia del paso del tiempo desde que fue diseñado el complejo salinero en los años 68 a 72, hasta hoy.

Pero se pudo observar que hay una máquina lavadora de sal relativamente nueva, y que la banda transportadora y los equipos cercanos a la zona de arrumes de sal han sido mantenidos y funcionan para las exigencias actuales.

No puede perderse de vista que el Estado no quiere seguir en este negocio desde la liquidación de la empresa Álcalis en el año 90, pero ha aceptado que el complejo industrial pase a poder de las comunidades indígenas, con el compromiso de entregárselo saneado en el sentido de que no tendrá deudas a cargo, ni pasivos laborales, pero sin que haya el compromiso de hacer una gran inversión para dejarlo como nuevo y en ese momento entregarlo. El compromiso, desde el año 91, es que se entregará la salina a una empresa nueva que asuma el reto de sacar adelante el proyecto, haciendo las inversiones, reconstruyendo el muelle, incorporando actividades que den valor agregado a la producción, que haga comercialización internacional, etc., todo bajo la tutela del Estado mientras se requiera, pero sin obligaciones de inversión más allá del mantenimiento de conservación.

5.2.11 Pretensión “J” principal. Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar en favor de Sama Ltda. cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la Escritura N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la notaría única de Uribía.

No encuentra el tribunal que se haya demostrado perjuicio alguno a los demandantes

5.2.12 Las Pretensiones “K”, “L” y “M” principales

Las Pretensiones “K”, “L” y “M” se refieren a situaciones anteriores a la creación y constitución de la sociedad y por lo tanto sobre ellas, según ya se explicó en las consideraciones relacionadas con la competencia del Tribunal de Arbitramento, no hará pronunciamiento alguno en razón de la falta de competencia para hacerlo.

5.2.13 Pretensión principal “N”. Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso.

Del acervo probatorio que obra en el expediente, no se ha encontrado probado perjuicio alguno que deba ser indemnizado a favor de estas asociaciones.

5.2.14 Pretensión principal “O” Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar los perjuicios que aparecen en todas, algunas o alguna de las pretensiones anteriores, debidamente indexadas.

Como no se ha condenado a pagar perjuicios, el Tribunal considera entonces que no hay lugar a indexar valor alguno por perjuicios.

5.2.15 Pretensión principal “P” Que se condene a la Nación a pagar las costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.

Dado que la mayoría de las pretensiones planteadas se han negado, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas y en agencias en derecho.

Sobre las pretensiones “A” y “B” subsidiarias primeras ya nos pronunciamos, por lo cual abocaremos el análisis de las siguientes peticiones subsidiarias.

5.2.16 Pretensión “C” Subsidiaria Primera. Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo incumplió con las obligaciones contractuales previstas en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Única de Uribia.

No se explica en la demanda la razón del incumplimiento genérico alegado, pero, asumimos que se refiere otra vez al incumplimiento de la obligación de la nación de hacer la entrega material del aporte, petición que se incluye ahora, suponemos, como subsidiaria primera.

El análisis hecho al resolver la petición “D” principal sirve de fundamento para resolver también negativamente esta petición, por lo cual así se hará en la parte resolutive.

5.2.17 Pretensiones “D”, “E” y “F”, subsidiarias primeras

Las pretensiones subsidiarias primeras “D”, “E” y “F”, no son, como ya se explicó, competencia de este Tribunal y, por lo tanto, el Tribunal de Arbitramento se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno.

5.2.18 Pretensión “A”, subsidiaria segunda.

La pretensión “A” subsidiaria segunda no es de la competencia de este Tribunal y por lo tanto, éste se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno.

5.2.19 Pretensión “B” subsidiaria segunda. Que se declare que la Nación Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al haber incluido y propuesto en la escritura de constitución de SAMA Ltda. (Escritura 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la notaría única de Uribia) una serie de cláusulas abusivas, según se demuestre en el proceso.

Habiéndose ya declarado que no encuentra el Tribunal que haya cláusulas nulas en el contrato de sociedad, en cuyo análisis se incluyó la posibilidad de un abuso del derecho, se negará esta pretensión.

5.2.20 Pretensión “C” subsidiaria segunda. Que se declare que la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso de derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la Escritura Pública N° 1592 del 11 de octubre de 2.007 de la notaría 70 de Bogotá.

En las consideraciones hechas en el análisis de la pretensión “A” subsidiaria primera, sobre la nulidad absoluta del acto contenido en la Escritura 1592 del 11 de octubre de 2.007, se demuestra que la Nación no tenía derecho alguno a elevar a escritura pública el contenido de la Escritura 1592 de 2.007. Es una institución o principio general del derecho³⁷ el de que nadie puede abusar de sus derechos, principio consagrado como derecho positivo en el Artículo 830 del C. de Cio. Así, en la parte resolutoria de este laudo, se declarará que el Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaría 70 de Bogotá. Se destaca que, según aparece en el proceso, el 22 de agosto de 2.007 el doctor Martín Bermúdez³⁸ quien asesoró y redactó la minuta que se elevó a Escritura Pública como la N° 135 de 2.004, advirtió de manera contundente y meridiana que los efectos de la ocurrencia de una condición resolutoria de pleno derecho no podían consistir en permitir que el Ministerio de Comercio Industria y Turismo unilateralmente declarara la ocurrencia de la condición e inscribiera dicha declaratoria en la Cámara de Comercio.

El concepto del doctor Bermúdez está dirigido al doctor Eduardo Arce Caicedo, director del IFI Concesión Salinas, pero es factible, y lo lógico es que así haya sido, que de esto se haya informado al Ministerio, dado que en todo este negocio el IFI Concesión Salinas actúa en nombre de la Nación.

La forma de proceder del Ministerio podría darle la razón a quienes afirman, avalados por los pronunciamientos de la Corte Constitucional al decidir la acción de tutela sobre el acuerdo del 91, que el Estado colombiano, en vez de tener una actitud clara y positiva en el sentido de buscar que las Salinas de Manaure finalmente lleguen a sus legítimos titulares, que lo son por razones históricas y

³⁷ La existencia jurídica de los principios generales del derecho está reconocida en el Artículo 8 de la ley 153 de 1887. La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado el tema de los principios generales del derecho, incluyendo el del abuso del derecho, al menos en las siguientes sentencias: Sent. S. de N. G. 6 de septiembre de 1935, XLII, 601; Cas. 21 febrero 1938, XLVI, 60; y Cas. 19 de septiembre 1936, XLIV, 435.

³⁸ Ver: Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 256 a 283. Documento obtenido en la inspección judicial al IFI-Concesión de Salinas.

de justicia social, si bien con la indispensable asesoría y protección del Estado colombiano, se dedica a obstaculizar este fin.

Ya es hora, pensaría cualquiera que haya trasegado con los muchos documentos, actas, y tropiezos que este tema ha sufrido, que si bien las comunidades indígenas deben asumir su deber de contratar el operador privado y tomar una actitud ajena a estar insinuando que se firmaron los contratos pero sin aceptarlos, el Estado colombiano debe también asumir, con voluntad política y con independencia de los efectos de este laudo, el deber moral de hacer que las Salinas de Manaure puedan ser explotadas por SAMA Ltda, con el operador privado o por el mecanismo que se quiera, pero bajo la debida propiedad accionaria de las comunidades indígenas, y con entrega no solo jurídica, sino también física, de los bienes que conforman el aporte, y con todo el apoyo gubernamental que requieran.

5.2.21 Pretensión “D” subsidiaria segunda. Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al no haber entregado oportunamente de manera real y material, los aportes que se comprometió en la escritura constitución de Sama Ltda., e igualmente al no permitir la explotación y administración directa de las minas por parte de Sama Ltda

Habiéndonos ya pronunciado en forma negativa respecto de la pretensión sobre el incumplimiento de la Nación de la entrega material de los aportes, esta pretensión será también resuelta en forma negativa.

5.2.22 Pretensiones “E” y “F” subsidiarias segundas

Las pretensiones “E” y “F” subsidiarias segundas, como son consecuencia de la decisión respecto de la pretensión anterior, también serán resueltas negativamente.

6. CAPITULO SEXTO: SOBRE LAS EXCEPCIONES

Con fundamento en las consideraciones contenidas a lo largo del Capítulo Quinto del presente Laudo y habiendo decidido sobre su propia competencia, el Tribunal procede a decidir sobre las excepciones propuestas por La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como parte convocada en la contestación de la demanda y por Sama Ltda y las Asociaciones Waya Wayuu, Asocharma y Sumain Ichi, todas ellas como partes convocantes, en la contestación de la demanda de reconvenición.

6.1 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA CONVOCADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1.1 Desconocimiento de la calidad de socio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de SAMA Ltda.

En el análisis que se hizo para definir la competencia de este Tribunal ya nos referimos al tema que se plantea como excepción en cuanto, se alega, el Ministerio de Comercio de Industria y Turismo, dice él mismo, no es socio de SAMA Ltda.

Sin embargo, es claro que todo el debate que surge en este proceso emana de la condición de socio del Ministerio de Comercio Industria y Turismo en SAMA Ltda, por lo siguiente:

- El Ministerio compareció a la Notaría Única de Manaure para, como expresamente se dice en el artículo primero de la Escritura 135 del 21 de diciembre de 2004, ser parte, es decir socio, de la sociedad SAMA Ltda.
- Como socia de SAMA Ltda., hizo cesión de sus derechos a las comunidades indígenas.
- Como socia cedente de sus derechos, pero invocando una condición resolutoria de dicha cesión, hizo valer sus derechos como socia (arbitrariamente) con la Escritura Pública N° 1592 de 11 de octubre de 2.007.

Este acto es controvertido por la convocante y el éxito de su pretensión lleva a que el socio Nación pierda su calidad de tal, pero esto no hace que no se la pueda demandar como socio, porque sus pretensiones (las de la Nación) parten de su calidad de tal.

Por estas razones se negará esta excepción.

6.1.2 Falta de Competencia por Inexistencia de la Cláusula Arbitral

Por las razones expresadas en el capítulo sobre la competencia de este Tribunal, esta excepción se declara fundada y probada respecto de las pretensiones identificadas con las letras “K”, “L”, y “M” del texto de la convocatoria.

6.1.3 Falta de competencia del Tribunal de arbitramento para declarar la existencia de supuestos de ineficacia.

Al resolverse negativamente la petición de la convocante se analizó por qué el Tribunal sí es competente para pronunciarse para declarar la existencia de los supuestos de ineficacia, por lo cual se negará esta excepción, aunque por razones de fondo se niegue la pretensión.

6.1.4 Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para decidir sobre asuntos intransigibles.

Sobre esta excepción, el Tribunal aclara y decide que para dar publicidad a las decisiones de fondo de este laudo no es necesario ordenar la cancelación de la inscripción de la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2.007, sino que basta con ordenar la inscripción de la parte resolutoria del laudo, por lo cual así se dispondrá en la parte resolutoria del mismo.

6.1.5 Ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

Por las consideraciones hechas al resolver la competencia de este Tribunal y por las sentadas al resolver la excepción de “Desconocimiento de la calidad de socio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de SAMA Ltda.”, esta excepción será resuelta en forma negativa.

6.1.6 Inexistencia de causales de nulidad

Por las consideraciones expuestas en el Capítulo Quinto de este laudo, esta excepción será declarada parcialmente probada con respecto a la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004, pero se desestimará para los efectos de la Escritura Pública No. 1592 del 11 de octubre de 2008.

6.1.7 Ausencia de Incumplimiento

Por las consideraciones expuestas en el Capítulo Quinto de este laudo, esta excepción será declarada como probada.

6.1.8 Inexistencia del Daño

Por las consideraciones expuestas en el Capítulo Quinto de este laudo y la ausencia de declaraciones de condena por indemnización de perjuicios, esta excepción será declarada como probada.

6.1.9 Caducidad de la Acción

Por las consideraciones expuestas en el capítulo Quinto, en particular, en lo relativo a la competencia del Tribunal de Arbitramento, éste se abstendrá de pronunciarse sobre la excepción planteada como “Caducidad de la Acción”

6.1.10 Ausencia de Abuso del Derecho

Por las consideraciones expuestas en el Capítulo Quinto de este laudo, esta excepción será declarada como parcialmente probada.

6.1.11 Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes

Por las consideraciones expuestas en el Capítulo Quinto de este laudo, esta excepción será declarada como parcialmente probada.

6.2 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCANTE EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Con fundamento en las consideraciones contenidas y desarrolladas a lo largo del Capítulo Quinto, en particular aquellas, relacionadas con la competencia del presente Tribunal de Arbitramento, toda vez que habrá de declararse incompetente para decidir sobre las pretensiones de la demanda de reconvencción, el Tribunal se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas por la parte convocante al contestar la demanda de reconvencción.

7. CAPÍTULO SÉPTIMO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta la prosperidad solo parcial de las pretensiones de la demanda, el Tribunal de conformidad con lo previsto por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, dispone que no habrá condena en costas y agencias en derecho, debiendo cada una de las partes asumir las propias.

8. CAPÍTULO OCTAVO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la relación jurídica contenida de Escritura Pública No. 1592 del 11 de octubre de 2.007 de la Notaría 70 de Bogotá, está viciada de nulidad absoluta.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaratoria, disponer que se inscriba la parte resolutive de este laudo en la Cámara de Comercio de Riohacha.

TERCERO: Declarar que la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la Escritura Pública N° 1592 del 11 de octubre de 2.007 de la Notaría 70 de Bogotá.

CUARTO: Declararse incompetente para resolver sobre las controversias surgidas entre las partes con relación a las pretensiones principales, subsidiarias primeras y subsidiarias segundas de la demanda inicial y que se refieren a las siguientes:

- 4.1 “Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, pagar a favor de las comunidades indígenas SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA los perjuicios causados por no haber cumplido con la obligación de constituir oportunamente la sociedad Sama Ltda., y realizar los aportes a que se comprometió el Estado, en la cuantía que se acrediten en el proceso y durante el periodo que va desde el acuerdo del año 1991 (Julio 27 de 1991), hasta el día anterior a la vigencia de la Ley 773 de 2002.”
- 4.2 “Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de las comunidades indígenas Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma, los perjuicios causados por no haber constituido la sociedad Sama Ltda. y realizar los aportes en los términos previstos en el Ley 773 de 2002 y desde el término previsto en mencionada Ley, hasta la fecha efectiva de constitución de Sama, esto es, 21 de diciembre de 2004, en la cuantía que se pruebe en el proceso.”
- 4.3 “Que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu, y Asocharma los perjuicios ocasionados por el actual atraso en cultura, salud y educación de la comunidad Wayuu; atrasó ocasionado por razón de que dicha comunidad no recibió las utilidades que hubiera percibido desde el año 1991, si estas se hubieran invertido en programas de salud, educación y bienestar social, como se dispuso desde el mencionado acuerdo de 1991.”

- 4.4 “Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo incumplió con lo previsto en la Ley 773 de 2002.”
- 4.5 “Que como consecuencia de lo anterior, se condene a La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a cancelar los perjuicios causados a Sama Ltda. en la cuantía que se prueben en el proceso debidamente indexados.”
- 4.6 “Que como consecuencia de lo anterior, se condene a La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a cancelar a las Asociaciones Sumain-Ichi, Waya Wayuu y Asocharma los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.”
- 4.7 “Que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al no haber constituido oportunamente Sama Ltda. y según los términos previstos en el acuerdo suscrito con la comunidad Wayuu del 27 de julio de 1991.”

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, este Tribunal se abstiene pronunciarse sobre la excepción denominada “Caducidad de la Acción”, propuesta por La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con la contestación de la convocatoria.

SEXTO: Declararse incompetente para resolver las controversias surgidas entre las partes con relación a las pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención y que se refieren a las siguientes:

- 6.1 Que se declare que Sama Ltda. incumplió las obligaciones contenidas en la Escritura Pública 135 del 21 de Diciembre de 2004, otorgada en la Notaría Única de Uribia, modificada mediante las escrituras públicas números 2608 otorgada el 30 de Junio de 2006 en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá; 2377 del 30 de Marzo de 2007, otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá y 2932 del 30 de Abril de 2007 otorgada en la Notaría Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.
- 6.2 Que como consecuencia de lo anterior, se ordene pagar a Sama Ltda. a la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, los perjuicios ocasionados.

SÉPTIMO: Como consecuencia de la anterior declaración, este Tribunal de Arbitramento se abstiene de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la sociedad Sama Ltda., la asociaciones Asocharma, Waya Wayuu y Sumain-Ichi, como demandados en reconvención.

OCTAVO: Declarar infundada la tacha de sospecha formulada por La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra el testigo Mario Alfonso Serrato Valdés.

NOVENO: Declarar infundada la objeción por error grave presentada por la parte convocante integrada por Sama Ltda y las asociaciones Waya Wayúu, Asocharma y Sumain-Ichi al Dictamen Pericial Técnico de Minería (denominado Primer Peritaje) .

DÉCIMO: Declarar probadas las excepciones denominadas (i) “Ausencia de Incumplimiento” e (ii) “Inexistencia del daño”, alegada por La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

UNDÉCIMO: Declarar parcialmente probadas las excepciones denominadas (i) “Falta de Competencia por Inexistencia de la Cláusula Compromisoria”, (ii) “Inexistencia de Causales de Nulidad”, (iii) “Ausencia de Abuso del Derecho”, (iv) “Todo contrato legalmente celebrado es Ley para las partes”, propuestas por La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

DUODÉCIMO: Desestimar las demás excepciones propuestas por La Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

DECIMOTERCERO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “A” del texto de la convocatoria en relación a que se disponga o reconozca que la relación jurídica contenida en la Escritura Pública 1592 del 11 de octubre de 2.007 es ineficaz, de acuerdo con el artículo 897 del Código de Comercio.

DECIMOCUARTO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “C” del texto de la convocatoria, en relación a que se declare que son nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Única de Uribe, cuya nulidad sea acreditada en el proceso.

DECIMOQUINTO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “D” del texto de la convocatoria, en relación a que se declare que la Nación, representada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo ha incumplido gravemente con su obligación de realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la Escritura de constitución de SAMA Ltda., N° 135 del 21 de diciembre de 2.004.

DECIMOSEXTO: Como consecuencia de la denegación anterior, el Tribunal resuelve:

16.1 Declarar infundada la pretensión principal identificada con la letra “E” del texto de la convocatoria, en relación a que se ordene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a efectuar la entrega real y material del aporte comprometido en la constitución de SAMA Ltda, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del laudo o dentro del término que disponga el Tribunal.

16.2 Declarar infundada la pretensión principal identificada con la letra “F” del texto de la convocatoria, en relación a que se condene a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de SAMA Ltda., los perjuicios causados por la mora en la entrega real y material del aporte, desde la constitución de SAMA Ltda (Diciembre 21 de 2004) hasta la entrega real y material de los aportes.

DECIMOSÉPTIMO: Denegar la pretensión principal identificada con letra “G” del texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación a pagar a favor de SAMA Ltda., los perjuicios causados y resultantes del menor valor de los bienes que se obligó a entregar como consecuencia de su aporte, según valor que le asignó el perito en la fecha del experticio, comparado con el valor que se registró en la escritura de constitución de SAMA.

DECIMOCTAVO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “H” del texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación a pagar a SAMA Ltda., los perjuicios ocasionados desde la constitución de la sociedad hasta la fecha de entrega real y material de los activos y de las instalaciones mineras.

DÉCIMONOVENO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “I” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación a pagar a favor de Sama Ltda. los perjuicios causados por cuanto la Nación no hizo el mantenimiento y las reparaciones necesarias como tampoco las inversiones que se requerían para una explotación eficiente y económicamente viable de las minas de sal de Manaure, desde la constitución de Sama Ltda. hasta el tiempo que prudencialmente se determine como necesario para poner la empresa en condiciones óptimas de explotación.

VIGÉSIMO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “J” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar en favor de Sama Ltda., cualquier otro perjuicio que se haya acreditado en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la Escritura N° 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia.

VIGÉSIMO PRIMERO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “N” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de Sumain Ichi, Waya Wayuu y Asocharma cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Denegar la pretensión principal identificada con la letra “O” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar los perjuicios debidamente indexados por la prosperidad de algunas o alguna de las pretensiones anteriores.

VIGÉSIMO TERCERO: Denegar la pretensión subsidiaria primera identificada con la letra “C” en el texto de la convocatoria en relación a que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, incumplió con las obligaciones contractuales previstas en la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Única de Uribia.

VIGÉSIMO CUARTO: Denegar la pretensión subsidiaria segunda identificada con letra “B” en el texto de la convocatoria, en relación a que se declare que La Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al haber incluido y propuesto en la escritura de constitución de SAMA Ltda. (Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Única de Uribia) una serie de cláusulas abusivas.

VIGÉSIMO QUINTO: Denegar la pretensión subsidiaria segunda identificada con la letra “D” en el texto de la convocatoria en relación a que se declare que la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, incurrió en abuso del derecho al no haber entregado oportunamente de manera real y material, los aportes que se comprometió en la escritura constitución de Sama Ltda., e igualmente al no permitir la explotación y administración directa de las minas por parte de Sama Ltda.

VIGÉSIMO SEXTO: Como consecuencia de la denegación anterior, el Tribunal de Arbitramento resuelve:

- 26.1 Declarar infundada la pretensión subsidiaria segunda identificada con la letra “E” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a pagar a favor de Sama Ltda. los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.
- 26.2 Declarar infundada la pretensión subsidiaria segunda identificada con la letra “F” en el texto de la convocatoria y, por consiguiente, abstenerse de condenar a La Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a pagar a favor de las Asociaciones Sumain-Ichi, Waya Wayuu y Asocharma los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Abstenerse de proferir condena en costas y agencias en derecho a cargo de las partes.

VIGÉSIMO OCTAVO: Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida correspondiente a “protocolización, registro y otros” de los costos de funcionamiento de este Tribunal de Arbitramento, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

VIGÉSIMO NOVENO: Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá, con cargo al rubro de protocolizaciones, previniendo a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

TRIGÉSIMO: Expedir copias auténticas de esta laudo con destino a cada una de las partes.

Esta providencia queda notificada en estrados

Ramiro Araujo Segovia
Arbitro Único

Eduardo Mantilla Serrano
Secretario