

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda, contra el laudo arbitral proferido el 8 de septiembre de 2009 y aclarado en providencia de 7 de octubre del mismo año, por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, (...) de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1107 de 2006 y en aplicación del factor orgánico contenido en la misma norma, a cuyo tenor la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%. Para el caso concreto el conflicto surgido entre la parte convocante y la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía e Instituto de Fomento Industrial.

FUENTE FORMAL: LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 82

PACTO ARBITRAL - Cláusula compromisoria. Contrato o compromiso / CLAUSULA COMPROMISORIA - Acuerdo de voluntades / CONTRATO O COMPROMISO - Acuerdo de voluntades / ADMINISTRACION DE JUSTICIA POR PARTICULARES - Arbitros. Conciliadores / EJERCICIO DE FUNCION JURISDICCIONAL POR PARTICULARES - Arbitros. Conciliadores

Como quedó expuesto, la cláusula trigésima del contrato social previó expresamente que las diferencias surgidas entre los socios o entre éstos y la Sociedad durante su vigencia, su disolución o liquidación se someterían a la de decisión de un (1) árbitro, 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, que fallaría en derecho. Ahora bien, el inciso 4 del artículo 116 de la C.P. prevé que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley. En consecuencia, cuando los árbitros transitoriamente son investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, habilitados mediante un acuerdo de voluntades, contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria. La doctrina ha considerado el arbitraje como “la institución de justicia privada gracias a la cual se sustrae de las jurisdicciones de derecho común, para ser resueltos por individuos revestidos para el caso, de la misión de juzgar”. La Ley favorece su existencia, en el entendido de que, para confiar a los árbitros la misión de resolver un conflicto, se debe ostentar la libre disposición de los derechos, lo cual supone la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación en el caso particular y el poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 116 INCISO 4

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Finalidad / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Procede por errores in procedendo / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - No procede por errores in iudicando. No es una segunda instancia

Se tiene entonces que el recurso de anulación fue concebido para proteger el

derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio. La Sala en este punto en particular ha sostenido: “a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores inprocedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas”. Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto. A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la finalidad del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de octubre 24 de 1996, exp. 11362; 8 de junio de 2006, exp. 29476 y 8 de junio de 2006, exp. 32398, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Fallo en conciencia / LAUDO ARBITRAL EN CONCIENCIA - Noción. Procedencia

Para la parte recurrente el árbitro decidió con fundamento en su propio criterio, apartándose de las pruebas allegadas, especialmente las contenidas en cinco escrituras públicas, incorporadas a la litis y en consideración a su íntimo convencimiento. (...) La sociedad SAMA LIMITADA arguyó que el Tribunal no valoró adecuadamente las pruebas aportadas al proceso, ni le otorgó el valor que merecían cada una de ellas; lo cual, en su sentir, determinó que el laudo fuera en conciencia cuando debía ser en derecho. A lo anterior se agrega que realiza cuestionamientos sustanciales en cuanto tienen que ver con el fondo de la decisión. No obstante, el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la equidad. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el árbitro profirió la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, fundamento su decisión en las disposiciones legales y contractuales y tuvo en consideración la posición jurisprudencial existente sobre el particular.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre el fallo en conciencia en laudos arbitrales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de julio 8 de 2009, exp. 35896 y enero 31 de 2011, exp. 37598

NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS A ARBITRAMENTO - Procedencia. Noción / NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS A ARBITRAMENTO - Laudo mínima petita. Laudo citra petita / NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS A ARBITRAMENTO - Principio de congruencia

Esta causal se configura cuando los árbitros no se pronuncian en relación con todos los puntos sometidos a su consideración. Evento en el cual se predica que el fallo por ellos producido es mínima o citra petita, respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación procesal. En desarrollo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y, con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. El principio de congruencia implica que la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (ultra petita); tampoco menos (infra o citra petita), ni nada extraño (extra petita), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Frente a la causal 9ª de la misma normatividad, cabe precisar que el principio de congruencia se desconoce, cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda, sobre su contestación o los mecanismos de defensa -incluidas las excepciones o la demanda de reconvención, dentro del límite impuesto por la cláusula compromisoria. En consecuencia, la causal demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede anular el laudo total o parcialmente y en su lugar resolver de fondo sobre los puntos frente a los cuales el juez arbitral omitió pronunciarse.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 305 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 8 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 NUMERAL 9

En conclusión, se observa que el juez arbitral tanto en la providencia el 8 de septiembre de 2009, como en la aclaratoria de 7 de octubre del mismo año, dio cumplimiento al artículo 305 del C. de P.C., pues, se pronunció sobre todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias, aquellas planteadas en la demanda de reconvención y las excepciones propuestas frente a la demanda principal. Además, estudió el alcance de las obligaciones pactadas que constituían la ley del negocio jurídico, abordó el análisis de las pruebas documentales y la misma suerte corrió el dictamen pericial practicado con apoyo de los elementos de juicio reconocidos. Tanto así que, accedió parcialmente a las pretensiones propuestas, al declarar la nulidad absoluta de la escritura pública No. 1592 del 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá, argumentando que la Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la citada escritura, negó varias pretensiones y declaró su incompetencia para resolver otras, especialmente las relacionadas con el contrato de concesión minera. En consecuencia, el juez arbitral se pronunció sobre cada uno de los puntos que fueron sometidos a su decisión, cosa distinta es que el resultado no fuera favorable a todas las expectativas generadas por la parte impugnante, lo cual no significa que se hubiera incurrido en la causal invocada contenida en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco existe una contradicción interna en el fallo impugnado, de modo que el fallo no adolece de incongruencia por falta de pronunciamiento de alguno de los puntos de la cuestión litigiosa o por contracción en algunos de los puntos contenidos en la parte resolutive.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00118-00(37787)

Actor: SALINAS MARITIMAS DE MANAURE LIMITADA-SAMA LTDA Y OTROS

Demandado: LA NACION, MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y EL INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, CONCESION SALINAS EN LIQUIDACION

Referencia: RECURSO DE ANULACION

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda, contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, la Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu, Waya Wayúu y Charqueros Explotadores de sal de Manaure y la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas en Liquidación el 8 de septiembre de 2009, aclarado en providencia de 7 de octubre del mismo año, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: *Declarar que la relación jurídica contenida de Escritura Pública No. 1592 del 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá, está viciada de nulidad absoluta.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo 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 No. 1592 del 11 de octubre de 2007 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 la 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 Wayúu; atraso 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 Wayúu del 27 de julio de 1991”.*

QUINTO: *Como consecuencia de la anterior declaración, este Tribunal se abstiene de 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 Unica de Uribía, mediante las Escrituras Públicas números 2608 otorgadas el 30 de Junio de 2006 en la Notaria 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 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.

SEPTIMO: Como consecuencia de la anterior declaración, este Tribunal de Arbitramento se abstiene de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la SOCIEDAD SAMA LTDA., LA ASOCIACION ASOCHARMA, WAYA WAYUU Y SUMAIN ICHI, como demandados en reconvencción.

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 WAYUU, ASOCHARMA Y SUMAIN ICHI al dictamen pericial técnico de Minería (denominado primer peritaje).

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

UNDECIMO: 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.

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

DECIMOTERCERO: Denegar las 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, nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública No. 135 del 21 de diciembre de 2.004 de la Notaría Unica de Uribía, 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., No. 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.

DECIMOSEPTIMA: Denegar la pretensión identificada con la 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.

DECIMONOVENO: 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.

VIGESIMO: 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 a 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 No 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía.

VIGESIMO 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.

VIGESIMO 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.

VIGESIMO TERCERA: *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 No. 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía.*

VIGESIMO 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 2004 de la Notaría Unica de Uribía) una serie de cláusulas abusivas.*

VIGESIMO QUINTO: *Denegar la pretensión subsidiaria segunda identificada con 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.*

VIGESIMO 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.*

VIGESIMO SEPTIMO: *Abstenerse de proferir condena en costas y agencias en derecho a cargo de las partes.*

En providencia de 7 de octubre de 2009, el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, la Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu, Waya Wayúu y Charqueros Explotadores de sal de Manaure y la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas en Liquidación

resolvió:

“1. Tal como se resolvió en el laudo, una vez en firme éste, se ordenará su registro en la Cámara de Comercio de la Guajira (Sede Rioacha), para lo cual se expedirá por secretaría la copia respectiva.

2. Negar las solicitudes de aclaración, complementación y corrección del Laudo, presentadas por la parte convocante y convocada”.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 14 de febrero de 2008, la sociedad Sama-Ltda, las Asociaciones sin ánimo de lucro WAYA WAYUU, SUMAIN ICHI y ASOCHARMA, asociaciones que representan a la totalidad de las comunidades indígenas Wayúu de la Guajira, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del código contencioso administrativo, solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que con citación y audiencia de la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía y el IFI Concesión de Salinas en Liquidación, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹.

“I. PRETENSIONES PRINCIPALES

A) 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 Notaría 70 de Bogotá se presentaron los presupuestos de la ineficacia; sanción prevista en el artículo 897 C.Co.

B) Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Cámara de Comercio de Rioacha cancelar la inscripción de la escritura pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaría 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.

C) Que se declaren nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública No 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía, cuya nulidad sea acreditada en el proceso.

D) 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

¹ La demanda presentada el 14 de febrero de 2008 fue reformada el 3 de abril de 2008 y concretó las pretensiones transcritas a continuación. Folio 01 del Cuaderno Principal y folios 90 a 109 del cuádenro principal.

Concesión Salinas han incumplido gravemente con su obligación realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la escritura de constitución de Sama Ltda. No. 135 del 21 de diciembre de 2004.

E) 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 término que disponga el Tribunal.

F) 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;

G) 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.

H) 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.

I) 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.

J) 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., cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la escritura No 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribí.

K) 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.

L) 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 la 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.

M) 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 Wayúu; atraso 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.

N) 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.

O) 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.

P) 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.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS PRIMERAS

En caso de no prosperar las pretensiones principales, propongo las siguientes subsidiarias primeras:

A) Que se disponga que en la relación jurídica contenida en la escritura pública 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaría 70 de Bogotá está viciada de nulidad.

B) 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 notaría 70 de Bogotá y en relación a la sociedad Sama Ltda.

C) 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 notaría única de Uribía.

D) 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.

E) 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.

F) 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.

G) Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS SEGUNDAS

En caso de no prosperar las pretensiones subsidiarias primeras, propongo las siguientes subsidiarias:

A) 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 Wayúu del 27 de julio de 1991.

B) 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 notaría única de Uribía) una serie de cláusulas abusivas, según se demuestre en el proceso.

C) 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 pública No 1592 del 11 de octubre de 2007 de la notaría 70 de Bogotá.

D) 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.

E) 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.

F) 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 SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA Los perjuicios que se acrediten en el proceso, debidamente indexados.

G) Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados”.

La parte convocante puso de presente los hechos que se resumen a continuación:

1. La Nación por conducto del Ministerio de Desarrollo Económico, Ministerio de Minas e Instituto de Fomento Industrial-IFI Concesión Salinas y, la comunidad Wayúu suscribieron un acuerdo el 27 de Julio de 1991, para darle solución a la explotación ancestral de sal de las minas de Manaure, por parte de la comunidad Wayúu, de carácter histórico y anterior a la formación del mismo Estado Colombiano, aunque contraria a la protección del medio ambiente, a la forma de producción y vida de la región y del pueblo indígena.

2. Buscó el acuerdo terminar los conflictos existentes entre el Estado, IFI Concesión Salinas y la comunidad, además de fortalecer su desarrollo, fundamentalmente mediante dos mecanismos:

a) La constitución del fondo de bienestar social y desarrollo de la comunidad Wayúu de Manaure (FonWayúu).

b) La constitución de una sociedad de economía mixta con participación de la comunidad Wayúu, con el fin de asumir la explotación de sal que para entonces venía realizando el IFI.

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 Wayúu en la política general de la

sociedad;

d) Reorganizar la cosecha indígena de las charcas;

e) Los pasivos del IFI no afectarían a la nueva sociedad;

3. El Estado se comprometió a garantizar el cumplimiento de los acuerdos logrados con la comunidad Wayúu, mientras se constituía la nueva sociedad, a conformar una comisión técnica con el fin de establecer los mecanismos para el pago de las utilidades a los socios e implementar la constitución de la sociedad en los 6 meses siguientes.

4. La convocante, aseguró que el Estado no cumplió con ninguna de sus obligaciones y no atendió las reclamaciones de la comunidad Wayúu.

5. La Procuraduría General de la Nación presentó una acción de tutela contra el Estado Colombiano para obligarlo a cumplir los compromisos adquiridos. La Corte Constitucional en sentencia T-007/95 concedió 90 días hábiles al Estado para tomar las medidas correctivas que fueran del caso a favor de la comunidad Wayúu.

6. El Estado continuó incumpliendo las obligaciones contraídas, por lo que la comunidad Wayúu exigió al Gobierno cumplir los términos acordados, mediante la creación de una empresa de economía mixta, la reactivación de las Salinas de Manaure, la realización de una serie de inversiones con el fin de entregar a la nueva sociedad la explotación de las minas y el estudio de factibilidad para la instalación de la planta de refinación de sal.

7. Solamente hasta la expedición de la Ley 773 del 19 de noviembre de 2002, se autorizó la constitución de la sociedad de economía mixta (Sama Ltda.), la cual tendría como objeto social *“...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...”*

8. El artículo 2° de la misma ley dispuso que, dentro de los tres meses siguientes a su entrada en vigencia, el IFI entregaría la totalidad de los activos vinculados a la

explotación de las minas de sal de Manaure a la nueva sociedad.

9. El artículo 1° de la Ley 773 en cita fue demandado ante la Corte Constitucional y dicha corporación lo declaró exequible mediante sentencia C-620 de Julio 29 de 2003.

10. No obstante, el Estado continuó dilatando su obligación relativa a la constitución de la sociedad, arguyendo necesitar un concepto del Consejo de Estado.

11. El 3 de junio de 2004, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil rindió concepto favorable a la negociación.

12. Mediante escritura pública No. 135 del 21 de diciembre de 2004, suscrita en la Notaría Unica de Uribía, se constituyó la sociedad comercial y de economía mixta denominada Sama Ltda., integrada por la Nación representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Minas y el IFI Concesión Salinas, por un lado y el municipio de Manaure y las comunidades indígenas Sumain, Waya Wayúu y Asocharma por el otro.

13. El Estado, además de dilatar el compromiso adquirido desde el año 1991, en el sentido de constituir la sociedad Sama Ltda., elaboró los estatutos sociales contenidos en la Escritura Pública No. 135 de 21 de diciembre de 2004, favoreciendo enteramente sus intereses.

14. La parte convocante alegó que el Gobierno colombiano, abusando de su posición dominante, introdujo en la escritura pública No. 135 una serie de cláusulas que desconocen abiertamente la Ley 773 de 2003 y las sentencias C-620 de 2003 y T-007 de 1995. Así como el concepto del Consejo de Estado de junio 3 de 2004.

15. Lo anterior, porque el contrato contenido en la escritura pública No. 135 de 2004 bajo el título de "*CONSTITUCION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y CESION DE DERECHOS DE LA NACION SALINAS DE MANAURE LIMITADA SAMA LTDA*", desarrolló lo relativo al contrato de constitución de la sociedad Sama Ltda., al tiempo que otorga a la comunidad la concesión minera.

16. Sama Ltda., tiene como objeto social la explotación de las minas de sal de Manaure, mediante el sistema de concesión. El capital social está constituido por la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada, celebrado entre la Nación y el IFI en 1970.

17. La Nación no ha cumplido con su obligación de entregar real y materialmente sus aportes entre los cuales figura el 3 % de sus ingresos corrientes, ni los ha liquidados año a año, encontrándose en mora desde el día 21 de diciembre de 2004.

18. A lo anterior se suma que aunque la Nación figura como socio fundador, en el mismo acto de constitución, cedió sus cuotas sociales a las comunidades indígenas demandantes, en la siguiente forma: Sumain Ichi el 11% a Waya Wayúu el 30% y Asocharma el 10% para un total del 51%., por lo tanto dejó de ser parte integrante de la sociedad Sama Ltda.

19. En consecuencia, el acto jurídico contenido en la escritura pública No. 1592 del 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá mediante el cual la Nación, unilateralmente y sin tener la calidad de socia, retoma para sí el 51% de las cuotas sociales de Sama, es completamente ineficaz.

20. Pese a que la ineficacia no requiere declaración judicial, se solicita la cancelación del registro mercantil de la escritura 1592 de 2007.

21. En los estatutos de Sama, -artículos vigésimo primero y siguientes se faculta a la nueva entidad para contratar un operador privado para el manejo y la explotación de las Salinas de Manaure, cuyos textos fueron impuestos abusivamente por el Estado.

22. En el contrato de concesión minera, regulado a partir del artículo trigésimo primero de la escritura 135 de 2004, se estableció que la concesión minera a favor de Sama quedaba sometida a una condición suspensiva.

23. Como el Estado ha incumplido con la entrega de los activos que debía aportar a la sociedad, en poder del IFI Concesión Salinas, destinados a la explotación de las minas de Manaure, estos se deterioraron hasta volverse inservibles o simplemente se perdieron, debido a la ineficacia y pésima administración del IFI,

de modo que a pesar de que fuera ordenada su entrega real y material, dichos activos están deteriorados y el Estado debe responder por su depreciación.

24. La entidad convocada ha impedido a la sociedad demandante la explotación minera, por lo tanto deberá indemnizar los perjuicios causados, pues la administración y explotación continuó en cabeza del IFI Concesión Salinas quien ha sido negligente en su actuación, lo que ha producido pérdidas en los últimos 20 años.

25. Como resultado de lo anterior, la explotación de sal se continúa haciendo en forma antitécnica e ineficiente, produciendo una sal de baja calidad y ocasionando grandes pérdidas, sumando a que gran parte de la sal es sustraída por terceros.

26. Como el IFI tiene completamente descuidadas las instalaciones y no ha realizado las inversiones a que se obligó, ni cuenta con un programa de mantenimiento y reposición de activos de las minas de Manaure, los perjuicios debidos a Sama deben considerar el efecto negativo que tomará el montaje y adecuación de las minas y sus equipos, para lograr una explotación eficiente y económicamente viable.

27. A lo anterior se suma que la comunidad Wayúu perdió la oportunidad de haber recibido las utilidades que hubiera generado una explotación eficiente de las minas de Manaure y por lo tanto deberá indemnizarse los perjuicios causados a las comunidades indígenas, pues se han visto impedidos para invertir en salud, educación y bienestar social.

28. La convocante afirmó en los hechos de la demanda, que en *“realidad en la Escritura Pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía se consignaron tanto el contrato de constitución de Sama Ltda., como un 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”*

2. INTERVENCION PASIVA

2.1. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Admitida la demanda arbitral el 10 de abril de 2008² la decisión fue notificada a las entidades demandadas el 10 y 11 de abril del mismo año.

La Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo-Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial, Concesión Salinas en Liquidación, a través de apoderado debidamente constituido, se opusieron a las pretensiones, por contener asuntos no sujetos a la justicia arbitral.

Además, propusieron a manera de excepciones i) desconocimiento de la calidad de socio del Ministerio de Comercio Industria y Turismo por parte de SAMA LTDA, ii) falta de competencia del Tribunal por inexistencia de la cláusula arbitral, para declarar la existencia de supuestos de ineficacia y para decidir sobre asuntos intransigibles, iii) ausencia de legitimación en la causa por pasiva, iv) inexistencia de causales de nulidad, v) ausencia de incumplimiento, vi) inexistencia del daño, vii) caducidad de la acción, viii) ausencia de abuso del derecho, ix) todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y x) la excepción genérica o innominada.

2.2. DEMANDA DE RECONVENCION

En escrito separado la Nación presentó demanda de reconvención, en contra de la sociedad SAMA LIMITADA en estos términos:³

“PRIMERA.- 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 Unica de Uribía, 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.

SEGUNDA.- 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.

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

Para su prosperidad, aseguró que SAMA LTDA incumplió con la obligación

² Folios 154 a 156 del cuaderno principal

³ Folio 308 del cuaderno principal.

impuesta en el capítulo V, atinente a la contratación del operador privado antes del 1 de julio de 2006 y, por esa razón se vio en la imperiosa necesidad de prorrogar en nueve meses más el plazo pactado, esto es, hasta el 28 de febrero de 2007 y nuevamente se concedió otra prórroga hasta el 30 de abril de 2007, mediante la suscripción de la escritura 2377 de 30 de marzo de 2007, otorgada en la Notaria Treinta y Ocho del Círculo de Bogotá.

A pesar de la ampliación del plazo SAMA LTDA incumplió su obligación, por esa 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 inscrita en la Cámara de Comercio de Riohacha.

Por último, alegó que el incumplimiento de SAMA generó perjuicios económicos a la Nación.

II. LAUDO ARBITRAL

EL Tribunal de Arbitramento el 8 de septiembre de 2009 profirió Laudo Arbitral⁴. En síntesis de dicha providencia se destaca lo siguiente.

El Tribunal de Arbitramento declaró su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria, contenida en la trigésima del contrato de sociedad otorgado mediante escritura pública No. 135 de 21 de diciembre de 2004, 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 presenten entre las partes sobre las que se da el presupuesto de la arbitrabilidad subjetiva, es decir, la Sociedad Sama Limitada, el Municipio de Manaure, las Asociaciones Waya Wayúu, Asocharma y Sumain Ichi y la Nación Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

⁴ Folio 4 del cuaderno principal.

Adicionalmente sostuvo que las pretensiones que afecten intereses de terceros no involucrados en la cláusula compromisoria no eran del resorte de la justicia arbitral, como tampoco cuestiones no derivadas de la relación socio-contractual de las partes.

En general concluyó que el Juez Arbitral era competente para resolver sobre la mayoría de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

En cuanto a las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención, consistentes en que se declare que la sociedad SAMA LIMITADA incumplió las obligaciones contenidas en la escritura pública No. 135 de 21 de diciembre de 2004, sostuvo que dichas obligaciones, modificadas a su vez por la escritura pública 2608 de 30 de junio de 2006, se refieren a la contratación de un operador privado, originado en el contrato de concesión minera.

En conclusión, se abstuvo de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones propuestas en la demanda de reconvención por falta de competencia.

En cuanto al fondo del asunto hizo el siguiente análisis:

En relación con el contenido obligacional del contrato contenido en la escritura pública 135 de 21 de diciembre de 2004, consideró que trata de dos negocios jurídicos distintos, la constitución de la sociedad SAMA LTDA, efectuada entre la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el municipio de Manaure y la Asociación SUMAIN ICHI y el contrato de concesión minera, entre la sociedad SAMA Ltda, recién creada y la Nación Colombiana-Ministerio de Minas y Energía.

En los términos del artículo sexto de la escritura, la Nación cedió su participación a las comunidades SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA y se convino que los derechos cedidos a favor de las comunidades indígenas volverían a la cedente, en caso de incumplimiento de la condición resolutoria pactada.

El artículo quincuagésimo quinto de la escritura 135 de 2004, originado en el contrato de concesión minera, relativo a la contratación de un operador privado, prorroga la administración a cargo del IFI, en nueve meses más, mediante

escritura pública 2608 de 30 de junio de 2006 de la Notaría 38 de Bogotá. En esta reforma se consignó que, de no contratarse el operador privado en la fecha pactada, se resolvería el contrato *“tal como lo prevén los artículos cuarto y sexto de la escritura de constitución de la sociedad.”*

1. En cuanto a las pretensiones principales relacionadas con que se declarara la ineficacia de la escritura pública 1592 de 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá y su protocolización, el Tribunal consideró arbitrario el proceder de la convocada, porque la Nación a través del Ministerio de Comercio Exterior administró justicia por su propia mano, resolviendo a su favor la condición resolutoria y el carácter de socia de SAMA LIMITADA, con una participación del 51%, desplazando de hecho a las comunidades indígenas.

Sostuvo que la Nación no podía convertirse en ejecutora coactiva de su propia decisión, determinando como ocurrió el monto de la indemnización que cree corresponderle por virtud de la resolución del vínculo jurídico.

En suma el Tribunal concluyó:

“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 por 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 la 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 pueden hacer. Por lo demás, no se deriva del texto de la norma una sustracción de competencia para los jueces o árbitros.”

Aunque para el Juez arbitral no existe norma que expresamente permita declarar la ineficacia de pleno derecho y por esa razón no hizo pronunciamiento en tal sentido, analizó la nulidad de la actuación con fundamento en la pretensión “A” subsidiaria primera, para 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 (subrayas de la sala).

Estimó que la nulidad absoluta se origina en el objeto o causa ilícita, o en la incapacidad absoluta del sujeto; que puede ser declarada de oficio por el juez (o árbitro) y que en materia de sociedades no son saneables. 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) y en todo aquello que, aunque no pertenezca al derecho público, protege el interés general. Además, en el artículo 1524 se establece que la causa de todo acto o contrato debe ser lícita, es decir, no prohibida por la ley ni ser contraria al orden público.

El Tribunal concluyó que el acto contenido en la Escritura 1592 de 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 del Círculo de Bogotá, resulta contrario de manera clara a normas de orden público y, por ende, está viciado de nulidad absoluta, por contravenir los artículos 29 y 116 de la Constitución Política, además de los artículos 1o de la Ley 270 de 1996 y 6 de Código de Procedimiento Civil, pues la entidad pública desconociendo que para dicho propósito debía acudir al juez del contrato, para que resolviera la controversia, declaró la condición resolutoria.

Aunque el Juez Arbitral declaró la nulidad del contenido de la Escritura pública 1592 de 2007, se abstuvo de condenar a pagar perjuicios a favor de los demandantes, por no haberse solicitado condena consecucional por este aspecto.

2. En cuanto a la pretensión “B” subsidiaria primera, consistente en que 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 Notaría 70 de Bogotá, sostuvo el Tribunal que para lograr el efecto buscado basta que se inscriba la parte resolutoria del laudo en la Cámara de Comercio de Rioacha, con lo cual se daría suficiente publicidad a la decisión de declarar nulo el contenido de la escritura pública 1592 de 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá, tal como lo dispone el artículo 192 del Código de Comercio.

3. En cuanto a la pretensión “C” principal, consistente en que se declare la nulidad de las cláusulas contractuales, contenidas en la Escritura 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía, consideró el Juez arbitral que la demanda pide de manera general la declaración de nulidad de cualquier cláusula del contrato social, a la vez que 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.

Agrega que, de acuerdo con la demanda, la nulidad solicitada se origina en la violación de la Ley 773 de 2003, y en el desconocimiento de las sentencias C-620 de 2003 y T-007 de 1995 y del concepto del Consejo de Estado de 3 de junio de 2004 y, que igualmente se esgrime la nulidad de las cláusulas sobre el operador privado para el manejo y explotación de las Salinas de Manaure impuestas abusivamente por el Estado, al igual que la cláusula que somete la concesión a una condición suspensiva.

Para el efecto el Tribunal pone de presente que en el acuerdo de 1991, las partes convinieron, entre otras cosas, la creación de una sociedad de economía mixta, con participación accionaria del Estado no inferior al 51% y de la comunidad Wayúu no inferior al 25%. El resto de acciones podría ser suscrito por empresas estatales o por otros sectores interesados en capitalizar la sociedad. Se acordó que el Estado debía mantener el control sobre la gestión administrativa y técnica, garantizando la participación de la comunidad Wayúu de Manaure en la dirección política general de la nueva empresa y, que la Ley 773 de 2002 autorizó al Gobierno nacional para crear la sociedad de economía mixta, concesionaria de las Salinas Marítimas de Manaure, con la participación de la comunidad SUMAI ICHI en un 25%, del municipio de Manaure 24% y de la Nación 51%. Se dispuso que la Nación a través del IFI, dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, entregaría en calidad de capital inicial, la totalidad de los activos vinculados a la explotación de las salinas. No obstante la cesión de derechos de la Nación Colombiana a las comunidades SUMAIN ICHI, WAYA WAYUU Y ASOCHARMA, la administración de las salinas continuó a cargo del Estado, hasta tanto no se contratara un operador para la administración y operación de las salinas.

En armonía con lo expuesto, el Tribunal consideró que la escritura 135 de 2004 no contiene cláusulas abusivas, pues, los representantes de las comunidades que suscribieron la escritura eran plenamente capaces de contratar y entender su contenido, como correspondía dada su importante participación en el negocio. Agregó que en el expediente aparece una oferta del Gobierno de agosto de 2004, en la que identifica al operador privado, al igual que las observaciones y contrapropuestas de la comunidad de octubre del mismo año, ninguna de ellas referida al tema central de la oferta.

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, porque ni las comunidades socias de SAMA Ltda., ni el municipio de Manaure, contaban con los recursos para hacer esas inversiones y la Nación no tenía la obligación de invertir, porque para entonces no mantenía participación en la sociedad.

A juicio del Tribunal, pactar la contratación de un operador privado para que SAMA

LTDA ejerciera sus derechos, como concesionaria minera de las salinas, no viola norma superior alguna, en cambio se ajustó al proceso de concertación, para la creación de la respectiva sociedad.

Sostuvo que la sentencia C-620⁵ declara la constitucionalidad de Ley 773 de 2003 que autorizó al Gobierno para crear una sociedad de economía mixta y para que las comunidades indígenas, a través de la asociación de derecho público SUMAIN ICHI, expresaran su consentimiento con la constitución. Actividad social que beneficiaría a la Nación, al municipio de Manaure, a la asociación SUMAIN ICHI y a todas las comunidades indígenas y tribales asentadas en la zona de explotación Salinera de Manaure.

Creada la sociedad, ésta firmaría un contrato con la Nación-Ministerio de Minas, regido por las normas del Código de Minas, relativas a la concesión, como única modalidad jurídica prevista para la explotación de la sal. Agrega la Corte que *“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 justamente en la parte parcialmente demandada.”* A juicio del Tribunal, es decir, el que se haya generado el derecho automático a ser concesionaria no implica que no tendría que firmarse el contrato de concesión minera con el Ministerio de Minas, de acuerdo con el Código de Minas.

Como la Corte no se pronunció respecto de las demás cláusulas del contrato de concesión, ha de entenderse que se estaría a lo acordado por las partes, a las normas sobre el contrato de sociedad del Código de Comercio y a las disposiciones referidas a las sociedades de economía mixta, de conformidad con lo previsto en la Ley 489 de 1998.

4. En cuanto a la pretensión “D” principal, consistente en que se declare que la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo incumplió con su obligación de realizar la entrega real y material del aporte comprometido en la escritura de constitución de la sociedad SAMA LTDA, el Tribunal observó que, en desarrollo del artículo 4 del contrato, el capital social estaría constituido por los activos vinculados al contrato de administración delegada, celebrado entre el IFI y la Nación el 1 de abril de 1970, representados en terreno, edificaciones, obras de

⁵ Sentencia C-620 de 2003. Corte Constitucional M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

infraestructura, sistema eléctrico, equipo de transporte, maquinaria pesada, equipo y elementos de consumo.

Sin embargo, en la cláusula quincuagésima quinta de la escritura 135 de 2004, se estableció que los derechos de SAMA Ltda., como concesionaria de las salinas, estarían suspendidos mientras se contrataba el operador privado de las salinas. Y que, en tanto, no se entregarían 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.

5. En cuanto a la pretensión "H" principal, consistente en 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, consistentes 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., observó el Tribunal que no habiendo incumplido el Estado su obligación de hacer la entrega material del aporte, tampoco se condena por este concepto, aunado a la seria dificultad para reconocer perjuicios hipotéticos y eventuales no acreditados.

6. La pretensión "I" principal, consistente en que se condene a la Nación a pagar a favor de SAMA LTDA los perjuicios causados porque 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, a juicio del Tribunal tampoco está llamada a prosperar. Debe tenerse en cuenta que la Nación se obligó a hacer un aporte en especie y no a hacer inversiones para mejorarlo o ponerlo en condiciones óptimas, de modo que su deber consistía en conservar la cosa prometida en las condiciones que se encontrara a la fecha del contrato, pero sin obligaciones correlativas de inversión.

7. En cuanto a la pretensión "J" principal, consistente en que se condene a la

Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de SAMA LTDA, cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso y tenga relación directa con el contrato contenido en la escritura pública 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía, no encontró el Tribunal que se hubiera causado perjuicio alguno a los demandantes.

8. Se declaró incompetente el Tribunal respecto de las pretensiones “K”, “L” y “M” principales, relacionadas con los eventuales perjuicios causados por la demora en la creación de la sociedad de economía mixta y en efectuar los aportes a que se comprometió el Estado, por tratarse de situaciones anteriores a la creación y constitución de la sociedad.

9. En cuanto a la pretensión principal “N”, consistente en que se condene a la Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar a favor de las comunidades Sumain Ichi, Waya Wayúu y Asocharma cualquier otro perjuicio que se acredite en el proceso, no encontró probado perjuicio alguno que deba ser indemnizado a favor de esas asociaciones.

10. Niega el Tribunal la pretensión principal “O”, consistente en que se condene a la Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo a pagar los perjuicios de las pretensiones anteriores, debidamente indexados, por sustracción de materia.

11. También el Tribunal negó la pretensión principal “P”, consistente en que se condene a la Nación a pagar las costas y agencias en derecho causadas en el proceso, por cuanto la mayoría de las pretensiones no prosperaron.

12. La pretensión “C” subsidiaria primera, consistente en 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 2004 de la Notaría Unica de Uribía, tampoco prosperó, pues fue planteada sin explicar en qué consiste el incumplimiento genérico alegado.

13. En cuanto a las pretensiones subsidiarias primeras “D”, “E” y “F”, consistentes en que declare que la Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo, y/o Ministerio de Minas y Energía y/o IFI Concesión Salinas incumplieron con lo previsto en la Ley 773 de 2002, el Tribunal manifestó que no haría pronunciamiento alguno por no ser de su competencia.

14. La pretensión "A" subsidiaria segunda, consistente en que se declare que la Nación- Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al no haber constituido oportunamente la sociedad de economía mixta, fue negada por tratarse de un asunto que no es del resorte del Tribunal de Arbitramento.

15. Respecto de la pretensión "B" subsidiaria segunda, relacionada con las cláusulas abusivas incorporadas en la escritura pública No. 135 de 2004, no las encontró el Tribunal contrarias a normas superiores.

16. La pretensión "C" subsidiaria segunda, consistente en 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 No 1592 del 11 de octubre de 2007 de la Notaría de Bogotá, el Tribunal reiteró lo resuelto, esto es que la Nación no podía proceder como lo hizo y, por esa razón declaró la nulidad de ese instrumento.

Sobre las Excepciones propuestas por la convocada en la contestación de la demanda.

1) A manera de excepción, la parte convocada propuso el desconocimiento de la calidad de socio del SAMA LTDA del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, asunto que el Tribunal resolvió negativamente al considerar que declarada la nulidad de la Escritura Pública No 1592 de 11 de octubre de 2007, mediante la cual la Nación reasumía su condición de socia, es claro que no ostenta tal calidad.

2) La excepción por falta de competencia, dada la inexistencia de la cláusula arbitral, prosperó respecto de las pretensiones identificadas con las letras "K", "L", y "M" del texto de la convocatoria, porque el Tribunal de Arbitramento no puede decidir sobre asuntos intransigibles y en lo que se refiere a la cancelación de la inscripción de la escritura pública 1592 de 2007, puso de presente que, para dar publicidad a sus decisiones, no requería ordenar dicha cancelación, pues para el efecto basta ordenar la inscripción de la parte resolutive del laudo.

3) La ausencia de legitimación en la causa pasiva se definió conjuntamente con la

competencia del Tribunal y al abordar la excepción denominada “desconocimiento de la calidad de socio del Ministerio de Comercio Industria y Turismo” de SAMA LTDA, al igual que considerar la excepción denominada “inexistencia de causales de nulidad”.

- 4) Las excepciones denominadas ausencia de Incumplimiento e inexistencia del daño se declararon probadas.
- 5) La caducidad de la acción fue resuelta negativamente al abordar el tema relativo a la competencia del Tribunal.
- 6) La excepción denominada “ausencia de abuso del derecho” se declaró parcialmente probada, al igual que “todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes” en atención a las consideraciones expuestas en el capítulo quinto de la decisión.

Sobre las excepciones propuestas por la parte convocante en la contestación a la demanda de reconvención

El Tribunal se declaró incompetente para resolver sobre las excepciones propuestas frente a la demanda de reconvención, como consecuencia de la falta de competencia para conocer de las pretensiones planteadas en la demanda de reconvención.

En providencia de 7 de octubre de 2009, el Juez arbitral negó por improcedentes las solicitudes de aclaración de algunos numerales contentivos de la parte resolutive, así como de las razones expuestas para decidir.

III RECURSO DE ANULACION

El 29 de enero de 2010 la sociedad SAMA LTDA. Salinas Marítimas de Manaure Limitada, mediante apoderado debidamente constituido, dentro de la oportunidad legal respectiva, interpuso recurso extraordinario de anulación respecto del laudo arbitral proferido el 8 de septiembre de 2009⁶.

⁶ Folio 93 del cuaderno Consejo de Estado.

Primer cargo

HABER FALLADO EN CONCIENCIA DEBIENDO SER EN DERECHO (ART. 163 NUMERAL 6 DECRETO 1818 DE 1998)

Para la parte recurrente el árbitro se basó exclusivamente en su propio criterio profiriendo un fallo en conciencia, por cuanto, a pesar de estar fundamentado en normas jurídicas se apartó del acervo probatorio incorporado al proceso, especialmente las escrituras públicas allegadas al plenario. El Arbitro Unico habría fallado en consideración a su íntimo convencimiento.

Arguye el recurrente que la decisión deja de lado las escrituras públicas 135 del 21 de diciembre de 2004, 2608 del 2006, 2377 del 2007 y 2932 del 2007, con el argumento de que la cláusula quincuagésima quinta, contenida en la escritura N 135 de 2004, relativa a la contratación del operador privado, no formaba parte del contrato de sociedad, sino del contrato de concesión y que éste fue celebrado entre SAMA LTDA y el Ministerio de Minas.

Es reiterativo el Tribunal en afirmar que no tiene competencia para resolver muchas pretensiones de la demanda debido a que en la Escritura 135 de 2004, se consignaron dos negocios jurídicos diferentes, uno de ellos sin cláusula compromisoria, porque ésta tiene que ver con el contrato social y no con el contrato de concesión suscrito entre SAMA LTDA y el Ministerio de Minas.

En criterio del recurrente, lo último comporta un fallo en conciencia y configura una vía de hecho por violación al principio del debido proceso, en cuanto impide el acceso a la administración de justicia si se considera que inicialmente se admitió la competencia para resolver todas las pretensiones de la demanda y al proferir el laudo el Tribunal se apartó de lo resuelto desconociendo que el asunto había sido discutido y debatido al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda.

A juicio del recurrente a la sorprendente declaratoria de incompetencia por parte del árbitro, se suma la conclusión consistente en que la escritura pública 135 de 2004 trata de dos contratos independientes y autónomos entre sí, pues ello contradice el contenido del instrumento y desconoce la sentencia de la Corte Constitucional C-620 de 2003, que definió la constitucionalidad de la Ley 773 de

2002.

Asegura que cuando el capital se constituye con aportes en especie, es apenas lógico que en la escritura social se incluyan cláusulas relativas al usufructo sobre los bienes aportados, las que, por no resultar ajenas al contrato social, no permiten considerar que se trata de un contrato de sociedad y otro de usufructo, porque el uso y goce de los bienes aportados forma parte de los activos sociales. Sostiene que el Estado aportó a SAMA LTDA unos bienes que deben destinarse a la concesión, razón por la cual la escritura de constitución contiene reglas atinentes a la forma de ejercerlas, sin que por ello pueda afirmarse que se está frente a un contrato de Concesión.

Además, los artículos 1 y 2 de la Ley 773 de 2002 contienen una medida de protección y favorecimiento a la comunidad indígena Wayúu, en cuanto establecen que el Estado aportará a la sociedad los bienes actualmente vinculados a la explotación de las minas de Manaure, por ello, la comunidad Sumain Ichi no tenía que hacer una inversión para entrar como socia, ni para participar en la adjudicación de la licitación, pues en caso tal hubiera tenido que tener una infraestructura y un capital que le permitiera asegurar una producción en condiciones satisfactorias. Para la Corte no fue necesario llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para llegar a la fórmula de concertación con la comunidad indígena, máxime cuando su ejecución requería de la aprobación de la comunidad indígena y de su consentimiento para constituir la sociedad concesionaria de la explotación de los recursos naturales.

El recurrente encuentra mayor arbitrariedad que el Tribunal hubiere considerado que el contrato se hubiera dividido en tres títulos y que en el tercero figurara dicha contratación ajena al contrato social. La contratación de un operador privado resulta inescindible al contrato social, a la cesión de derechos por parte de la nación y a la explotación de los bienes sociales.

En consecuencia, el Arbitro a su leal saber y entender y sin ningún sustento probatorio, se abstuvo de fallar la mayoría de las pretensiones de la demanda e incurrió en graves contradicciones que tampoco se sustentan en el derecho, pues se negó a estudiar la validez o eficacia del artículo quincuagésimo y las condenas consecuenciales alegando una supuesta falta de competencia del Tribunal de Arbitramento.

Segundo cargo

EL TRIBUNAL NO DECIDIO TODAS LAS CUESTIONES SUJETAS AL ARBITRAMIENTO (causal 9 art. 163 Decreto 1818 de 1998)

El recurrente hace consistir esta causal en que al haberse declarado incompetente el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre la mayoría de las pretensiones de la demanda, con lo cual el laudo resulta incongruente.

El recurrente no entiende por qué el Arbitro Unico se negó a declarar la nulidad absoluta de varias cláusulas contractuales, cuando incluso de oficio debió hacerlo.

En este orden de ideas insiste en la nulidad parcial del artículo sexto de la escritura 135 de 2004, pues, de conformidad con el artículo 9 del instrumento, la cesión implicaba una reforma estatutaria de la sociedad que no se llevó a cabo.

Afirma que las cláusulas relativas al operador privado, en cuanto desconocen el contenido de la Ley 773 de 2002, a cuyo tenor la explotación de las minas correspondía a la sociedad son nulas, pues, conforme a la ley la explotación la tendría directamente SAMA en calidad de concesionario, desarrollando las actividades que venía ejerciendo el IFI, el que estaba obligado a entregar previamente los activos en un término máximo de tres meses. Pues no puede entenderse que la ley habilite la constitución de una sociedad de economía mixta con objeto social único y exclusivo y al tiempo disponga que la explotación la haría un tercero contratado posteriormente.

El recurrente hace consistir la nulidad de la cláusula que sujeta la explotación a la contratación de un operador privado, en que la concesión se adquiriría de manera automática y por la firma de la escritura de constitución de la sociedad, dado que la concesión minera devenía de la Ley 773 de 2002, al punto que la cláusula quincuagésima quinta, en cuanto sujeta la explotación a una condición suspensiva desconoce la norma legal declarada exequible por la Corte Constitucional y, lo mismo de la cláusula que sujeta la entrega de los aportes a la contratación del operador privado, por las razones ya analizadas.

En suma, para la sociedad recurrente el Tribunal inaplicó el artículo 305 del C. de P.C., porque no resolvió todas las cuestiones sujetas al arbitramento. En ese orden de ideas concluyó:

“De tal manera que, el juez arbitral está en el deber de decidir, en primer lugar, las cuestiones que le han sido planteadas en el proceso por las partes, pero sus determinaciones no se limitan exclusivamente a estos extremos, puesto que en virtud del marco legal de su competencia, existen otros asuntos que por mandato de la ley está llamado a resolver. Así no hayan sido materia de la demanda o de la contestación, es decir, así no sean cuestiones propuestas expresamente por las partes; se trata entonces, del ejercicio de las facultades oficiosas que le han sido atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, en su calidad de juez, aunque sea de manera temporal”.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte convocada

La Nación Ministerio de Comercio Industria y Turismo en la etapa de intervenciones finales se opuso a la prosperidad del recurso, por considerar que el laudo fue fallado en derecho y no en conciencia⁷.

Sostiene la convocada que la competencia del Tribunal de arbitramento se suscribe a las diferencias surgidas entre los socios o entre estos y la sociedad, lo que de suyo excluye los asuntos relativos a la concesión minera, al igual que lo relativo a la condición suspensiva.

A juicio de la entidad, el recurrente pretende revivir el debate procesal, en cuanto su propósito tiene que ver con una nueva valoración probatoria.

En relación con la causal segunda, esto es la incongruencia del fallo, la convocada considera i) que el juez arbitral resolvió todas las cuestiones sujetas al arbitramento y ii) que el recurrente no especifica de manera concreta los aspectos omitidos en la providencia.

Esta causal procede por haberse dejado de resolver sobre cuestiones sujetas a arbitramento, por versar sobre cuestiones no susceptibles de ser sometidas a arbitramento o decidir sobre asuntos que las partes no sujetaron a

⁷ Folio 151 del cuaderno Consejo de Estado.

pronunciamiento del Tribunal, lo cual no ocurrió en este caso.

Concepto del Ministerio Público

Por su parte la Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto de fondo y solicitó declarar infundado el recurso interpuesto.⁸

A juicio de la vista fiscal, la providencia permite inferir que el árbitro único se basó en un análisis legal, en jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, así como en el estudio de los medios de prueba, para el efecto, las escrituras públicas allegadas al plenario, lo que descarta que el fallo se haya proferido en conciencia.

Sostiene la delegada que el segundo cargo denota que el recurrente no comparte la decisión y que si bien ésta podría ser errada, ello no configura la causal invocada, pues no puede ser materia del recurso de anulación el análisis jurídico y la valoración probatoria, dado el carácter extraordinario del recurso de anulación.

En lo que tiene que ver con la incongruencia de la decisión, porque habrían dejado de resolverse aspectos sometidos al proceso, para la vista fiscal mal podría haber entrado el árbitro único a decidir de fondo aspectos no sujetos a su competencia.

Destaca el concepto que el árbitro fundamentó debidamente sus decisiones, al punto que no resulta dable afirmar que dejó de decidir sobre las pretensiones referidas por la convocante al sustentar el recurso.

IV CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda, contra el laudo arbitral proferido el 8 de septiembre de 2009 y aclarado en providencia de 7 de octubre del mismo año, por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, de las Asociaciones de Autoridades Tradicionales

⁸ Folio 186 de cuaderno Consejo de Estado.

Indígenas Wayúu, Waya Wayúu y Charqueros Explotadores de sal de Manaure y de la Nación, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía e Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas en Liquidación.

Lo anterior de conformidad con el artículo 82 de la Ley 1107 de 2006 y en aplicación del factor orgánico contenido en la misma norma, a cuyo tenor la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y los litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%. Para el caso concreto el conflicto surgido entre la parte convocante y la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Ministerio de Minas y Energía e Instituto de Fomento Industrial.

2. LA CONTROVERSIA ARBITRAL

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. El 27 de julio de 1991 el IFI Concesión de Salinas y la Comunidad Wayúu de Manaure convinieron en la creación de una sociedad de economía mixta que tendría la concesión de la explotación de las sales marítimas de la región.

2.1.2. La Ley 773 de 14 de noviembre de 2002⁹, autorizó al Gobierno nacional para crear la sociedad de economía mixta, concesionaria de la explotación de las sales de Manaure, vinculada al Ministerio de Desarrollo, encargada de la administración, fabricación, explotación, transformación y

⁹Ley 773 de 2002. ARTICULO 1o. AUTORIZACION. Autorízase al Gobierno Nacional para crear una sociedad de economía mixta, en calidad de concesionaria, vinculada al Ministerio de Desarrollo, cuyo objeto principal será 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, en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1o. de abril de 1970.

ARTICULO 2o. ENTREGA DE ACTIVOS. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación entregará, 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 harán a las partes aquí referidas como socias de la nueva empresa sin que implique para ellas costo alguno.

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.

comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure. Actividades que venía desarrollando el Instituto de Fomento Industrial-IFI, en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1 de abril de 1970.

Dispone el artículo 2 de la Ley 773 que dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la ley, el IFI entregaría a la nueva sociedad la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada.

2.1.3. Mediante escritura pública 135 de 21 de diciembre de 2004, la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el municipio de Manaure y el representante de la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi conformaron la Sociedad de Economía Mixta denominada SALINAS MARITIMAS DE MANAURE LIMITADA-SAMA LTDA.

2.1.4 El instrumento contiene tres títulos denominados: i) estipulaciones relativas a la constitución del contrato de sociedad y a la cesión de los derechos de la Nación; ii) sometimiento de las normas del contrato de concesión minera y iii) otras disposiciones.

2.1.4.1. TITULO PRIMERO: ESTIPULACIONES RELATIVAS A LA CONSTITUCION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y A LA CESION DE LOS DERECHOS DE LA NACION.

Los artículos 1 a 30 de la escritura 135 de 2004, se ocupan del objeto social, de la naturaleza de la sociedad, del régimen legal, de la duración, del capital, de las cuotas sociales, de la cesión de derechos, de la dirección y administración, representación, funciones, control administrativo de la sociedad, operación de la concesión, manejo y administración de los recursos y, solución de controversias entre otras.

En cuanto a las partes que concurrieron a la celebración del contrato de sociedad, conforme al artículo primero se tiene a la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, al Municipio de Manaure y a la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 773 de 2002, la sociedad

de economía mixta que se constituyó se denominó SALINAS MARITIMAS DE MANAURE LIMITADA-SAMA LTDA, entidad del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo, constituida bajo la forma de sociedad comercial de responsabilidad limitada, cuyos actos se regirían por el derecho privado.

De acuerdo con el artículo 2, el objeto principal de la sociedad sería la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, en el departamento de la Guajira, mediante el sistema de concesión y en calidad de concesionaria.

En desarrollo de su objeto social, SAMA LTDA contrataría, mediante el procedimiento de la licitación pública, un operador privado que tuviera capacidad técnica y económica para ejecutar eficientemente la concesión, mejorar la infraestructura y aumentar el potencial productivo del centro salinero, los pliegos de condiciones señalarían las obligaciones del operador.

El capital inicial de la sociedad, en su calidad de concesionaria, estaría constituido por la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada celebrado entre el IFI y la Nación el 1 de abril de 1970, representados en terrenos, edificaciones, obras de infraestructura, sistema eléctrico, equipo de transporte, maquinaria pesada y equipo, elementos de consumo, repuestos e inventarios y solo podían destinarse a las actividades de administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure. El aporte quedó sujeto a la reversión prevista por el artículo 113 del Código de Minas, es decir condicionado a su destinación para cumplir la función social a la que están reservados. El no cumplimiento de dichas finalidades acarrearía la resolución del derecho e impondría la obligación de restituir los bienes aportados junto con sus frutos en los términos del artículo 1448 del C.C.

En el mismo acto jurídico la Nación cedió su participación a las comunidades indígenas. El artículo sexto dispuso: *“De conformidad con lo expuesto en las consideraciones previas a la presente escritura, LA NACION COLOMBIANA, representada para este acto por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, cede los derechos sociales que a ella le corresponden sobre el 51% del capital social, según el artículo 2 de la Ley 773 de 2002, los cuales equivalen a TREINTA MIL*

NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTAS SETENTA MIL (30.967.200.000), cuotas del capital social, de acuerdo con la siguiente distribución y a las siguientes entidades y asociaciones:”

- a. A la Asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayúu del Area de influencia de las salinas de Manaure, “SUMAIN ICHI” el once por ciento (11%)
- b. A la Asociación de Cosechadores de las charcas Shorshimana y Manaure, “WAYA WAYUU” el treinta por ciento (30%)
- c. A la Asociación de los Charqueros paralelos de Manaure “ASOCHARMA” el diez por ciento (10%)

Igualmente, los cesionarios aceptaron la cesión hecha por la Nación, Ministerio de Comercio Industria y Turismo y al aceptarla contrajeron distintas obligaciones, cuyo incumplimiento acarrearía la resolución del contrato y la obligación de restitución de los derechos cedidos.

En cuanto a las funciones a cargo de SAMA LTDA, como concesionaria de las salinas marítimas de Manaure, en especial lo relativo a la operación de la concesión, el artículo vigésimo primero, dispuso que, para el desarrollo tecnológico, administrativo y comercial de las minas en forma eficiente y rentable, SAMA LTDA contrataría un operador privado con capacidad técnica y financiera suficiente para ejecutar eficientemente la concesión, el que sería seleccionado mediante el procedimiento de licitación pública.

En el Capítulo X, Artículo Trigésimo figura la cláusula arbitral:

“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 de 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 versará 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.”

2.1.4.2. TITULO SEGUNDO: SOMETIMIENTO DE LAS NORMAS DEL CONTRATO DE CONCESION MINERA

Los artículos 31 a 53 desarrollan los aspectos relacionados con el contrato de concesión minera. En los términos del artículo trigésimo primero, la Nación a través del Ministerio de Minas y Energía en calidad de concedente, otorga en concesión a SAMA LTDA en condición de concesionario, el derecho de administrar, fabricar, explotar, beneficiar, transformar y comercializar las sales producidas en las salinas marítimas de Manaure, aprovechándose económicamente de ellas y haciendo uso de los bienes productivos que se encuentran al servicio de la explotación.

De conformidad con el artículo trigésimo segundo, integran la concesión, entre otros bienes, el área minera determinada y los activos vinculados al contrato de administración delegada celebrado entre la Nación y el IFI-Concesión salinas marítimas de Manaure, como capital inicial. Se afirma que los bienes serían entregados por el IFI-Concesión Salinas, durante el periodo de empalme a la sociedad SAMA LTDA, en su calidad de concesionaria, responsable de su administración, cuidado, conservación y mantenimiento.

2.1.4.3. TITULO TERCERO: OTRAS DISPOSICIONES

El Título Tercero comprende otras disposiciones. El artículo quincuagésimo quinto consagra una condición suspensiva de los derechos sociales, en tanto se inicia la explotación salinífera por el operador privado que contrataría SAMA LTDA, como sigue:

“En otros términos dichos derechos sólo nacerán una vez el OPERADOR PRIVADO inicie las labores de explotación, lo cual deberá producirse antes del 1 de julio del año 2006. Mientras esté pendiente la anterior condición suspensiva el IFI CONCESION SALINAS continuará realizando las labores de administración, fabricación, explotación, beneficio, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, Guajira que actualmente desarrolla en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la nación el 1 de abril de 1970, las cuales desarrollará con total autonomía e independencia, en los términos del citado contrato. El IFI CONCESION SALINAS, en tal condición continuará realizando las inversiones en el Centro de Producción y todas aquellas que permiten su mejor explotación y productividad.”

(...)

La entrega material de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, Guajira, los cuales en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 773 de 2002, son entregados por el IFI en nombre de la NACIÓN, como capital social inicial de la sociedad, se cumplirá mediante acta suscrita por el representante del IFI CONCESION SALINAS y se llevará a cabo una vez haya sido celebrado el contrato de explotación con el Operador Privado....”

- 2.1.5.** Escritura pública No. 1592 de 11 de octubre de 2007. Mediante este instrumento la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo protocolizó en forma unilateral, sin la concurrencia y consentimiento de las comunidades indígenas, la *“Ocurrencia de la condición resolutoria del acuerdo de cesión de derechos de la Nación”*, en el entendido de que operó de pleno derecho la condición resolutoria de la cesión de la participación de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que tenía en la sociedad SAMA LIMITADA, revirtiendo la cesión y resolviendo que la Nación adquiriría nuevamente la calidad de socio mayoritario, con una participación del 51 % en la sociedad SAMA LTDA, restablecimiento de esta manera su participación social.

3. LA CLAUSULA COMPROMISORIA

Como quedó expuesto, la cláusula trigésima del contrato social previó expresamente que las diferencias surgidas entre los socios o entre éstos y la Sociedad durante su vigencia, su disolución o liquidación se someterían a la decisión de un (1) árbitro, 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, que fallaría en derecho.

Ahora bien, el inciso 4 del artículo 116 de la C.P. prevé que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley.

En consecuencia, cuando los árbitros transitoriamente son investidos para administrar justicia, ejercen función jurisdiccional por ministerio de la Constitución y de la Ley, habilitados mediante un acuerdo de voluntades, contenido en un contrato o compromiso o en una cláusula compromisoria.

La doctrina ha considerado el arbitraje como *“la institución de justicia privada gracias a la cual se sustrae de las jurisdicciones de derecho común, para ser resueltos por individuos revestidos para el caso, de la misión de juzgar”*¹⁰. La Ley favorece su existencia, en el entendido de que, para confiar a los árbitros la misión de resolver un conflicto, se debe ostentar la libre disposición de los derechos, lo cual supone la capacidad general o jurídica y especial o la legitimación en el caso particular y el poder o facultad legal o convencional según la naturaleza del derecho.

Dentro del límite impuesto por la Constitución, la Ley y la voluntad negocial la Nación-Ministerio de Desarrollo Económico hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el Municipio de Manaure y la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi, en ejercicio de su autonomía y su poder dispositivo, fijaron la competencia del árbitro único en los términos de la cláusula sexta del contrato social –que dice:

“Artículo trigésimo: 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 de 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,....”

La cláusula arbitral expresamente señaló que las diferencias que se presentaran **entre los socios o entre éstos y la Sociedad** durante la vigencia de ésta, su disolución o liquidación se someterían a la de decisión de un solo árbitro. Se trata de una competencia restrictiva impuesta por las partes, limitada a los alcances del derecho de asociación y de constitución de la sociedad de economía mixta y no las relativas al contrato de concesión minera.

La escritura 135 de 2004 contiene dos contratos de naturaleza disímil, el primero de ellos, relativo al contrato de sociedad celebrado entre la Nación-Ministerio de Desarrollo, las comunidades indígenas y el municipio de Manaure y el segundo relativo al contrato de concesión minera. Este último, entre la Nación-Ministerio de Minas y SAMA LTDA que constituye una persona jurídica distinta a las comunidades indígenas y a la entidad territorial, socias de aquella.

¹⁰ ROBERT Jean: *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Dalloz, 5a. ed. pag. 3.

Como quedó explicado, mediante la escritura pública No. 135 de 21 de diciembre de 2004, la Nación-Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el Municipio de Manaure y la Asociación de Autoridades Tradicionales Sumain Ichi constituyeron una sociedad de economía mixta, regulada por normas del Código de Comercio y especialmente por aquellas atinentes a la sociedad limitada dada la naturaleza de la nueva sociedad. Por su parte, la Nación-Ministerio de Minas y Energía en calidad de concedente y la nueva sociedad SAMA LIMITADA sometieron el contrato de concesión minera al Código de Minas contenido en la Ley 685 de 2001.

En síntesis, la cláusula compromisoria comprende las controversias surgidas con ocasión del contrato de sociedad, circunscrita a las diferencias existentes entre los socios y la nueva sociedad, sin resultar extensiva a actuaciones de otra naturaleza, en cambio, las controversias que se presentaran en desarrollo del contrato de concesión minera, gobernado por normas de derecho público, serán decididas por esta jurisdicción, atendiendo a la naturaleza de la actividad minera. Es decir por fuera de la competencia del juez arbitral.

4. ANALISIS DE LOS CARGOS.

4.1. CUESTION PREVIA ALCANCE DE LA DECISION

Corresponde a la Sala resolver sobre la procedencia de las causales 6 y 9 del artículo 163 Decreto 1818 de 1998, invocadas por la parte recurrente.

La Ley 1150 de 16 de julio de 2007, modificó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, en estos términos:

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”.

Son causales de anulación de los laudos arbitrales en los términos del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998:

“Son causales de anulación del laudo las siguientes:

- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
- 2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
- 3. <Numeral declarado NULO>*
- 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.*
- 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
- 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
- 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*
- 8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y*
- 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).*

Se tiene entonces que el recurso de anulación fue concebido para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio.

La Sala en este punto en particular ha sostenido:

.....

“a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores inprocedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas”¹¹.

¹¹ Sentencia de octubre 24 de 1996. Radicado: 11632.

Conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala¹², el recurso extraordinario de anulación no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto.

A lo anterior se agrega que la competencia del juez del recurso de anulación se rige por el “principio dispositivo”, conforme al cual es el recurrente quien la delimita mediante la formulación y sustentación del recurso, con sujeción a las causales previstas en el ordenamiento.

4.2. ANALISIS DEL PRIMER CARGO FALLO EN CONCIENCIA

Para la parte recurrente el árbitro decidió con fundamento en su propio criterio, apartándose de las pruebas allegadas, especialmente las contenidas en cinco escrituras públicas, incorporadas a la litis y en consideración a su íntimo convencimiento.

El juez arbitral, por su parte argumentó que las controversias planteadas por la convocante sobre la cláusula quincuagésima quinta, contenida en la escritura pública N 135 de diciembre 21 de 2004, no formaba parte del contrato de sociedad, sino del contrato de concesión.

Para el recurrente dicha afirmación implica haber fallado en conciencia y configura una vía de hecho por violación al principio del debido proceso, en cuanto vulnera el derecho de la sociedad de acceso a la administración de justicia, en un aspecto previamente discutido y decidido por el Tribunal, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte convocada, contra el auto admisorio de la demanda.

Para la Sala la causal invocada no tiene vocación de prosperidad porque el Laudo fue proferido en derecho. En primer lugar, el juez arbitral se ocupó de su propia competencia analizando de entrada la cláusula arbitral para establecer los límites

¹² Ver: *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 29.476, Actor: Bellco Comunicaciones Limitada - Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom – En Liquidación y Sentencia de 8 de junio de 2006, Exp. 32.398 Actor: Sociedad Concesionaria Obras y Proyectos del Caribe S.A. - Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*

impuestos por las partes y a continuación se pronunció sobre las pretensiones propuestas, para decidir de fondo sobre aquellas referidas al contrato de sociedad.

Siendo así para la Sala, la recurrente en cuanto controvierte la decisión, busca una nueva valoración probatoria, que se ajuste a sus pretensiones, sustituyendo los elementos de juicio vertidos en el laudo, con pleno desconocimiento de la filosofía que orienta este recurso de naturaleza extraordinaria.

No es posible modificar el valor probatorio que el juzgador le otorgó al material probatorio recaudado en la actuación, en especial a los actos jurídicos contenidos en las distintas escrituras públicas, pues este recurso no otorga competencia para volver sobre lo decidido, porque hacerlo sustituiría el fallo arbitral, como si se tratase de una instancia superior, alcance vedado por mandato legal. En rigor, la competencia del juez extraordinario está limitada a los vicios de forma o de procedimiento que atenten contra el derecho de defensa de la parte contraria.

Para el recurrente el análisis probatorio no se sujetó a la verdad de lo sucedido y el alcance que el juzgador le dio a la escritura pública No. 135 de 2004 resultaba equivocado. Argumento que en realidad comporta inconformidad sustancial con lo decidido. Inconformidad que no constituye un error *in-procedendo* con fuerza de afectar la validez de la actuación arbitral, sino que obedece a la intención del recurrente de que se vuelva sobre el asunto ya decidido.

La sociedad SAMA LIMITADA arguyó que el Tribunal no valoró adecuadamente las pruebas aportadas al proceso, ni le otorgó el valor que merecían cada una de ellas; lo cual, en su sentir, determinó que el laudo fuera en conciencia cuando debía ser en derecho. A lo anterior se agrega que realiza cuestionamientos sustanciales en cuanto tienen que ver con el fondo de la decisión.

No obstante, el fallo en conciencia se presenta cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico vigente y de esta manera se basa en la equidad. Lo que no ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, por cuanto el árbitro profirió la decisión impugnada con apoyo en el acervo probatorio, fundamento su decisión en las disposiciones legales y contractuales y tuvo en consideración la posición jurisprudencial existente sobre el particular.

En recientes pronunciamientos, sobre el fallo en conciencia, esta Sala ha

sostenido que resolver en derecho no excluye el principio de equidad que inspira decisiones justas.

En sentencia del 31 de enero de 2011 sostuvo¹³:

“Ahora bien, lo anterior no significa ni mucho menos que el fallo en derecho excluya el concepto de equidad¹⁴, o lo que es igual, que un fallo que acuda además del derecho positivo al criterio de equidad comporte que sea en conciencia, en tanto una conclusión semejante repugna con el concepto de justicia y con ello con la finalidad de su administración, amén de ser una interpretación alejada de los postulados de la Constitución Política.

El derecho y la ley no pueden confundirse. La ley no es el único origen del derecho. Como advertía el profesor Francisco Herrera Jaramillo, con excepción de la escuela normativista (liderada por Isidoro de Sevilla y contemporáneamente por Kelsen), la filosofía del derecho distingue en forma clara el derecho y la ley. Y ello es así porque “ius y lex no se corresponden y [tampoco] se confunden”¹⁵

La legislación si bien en un sistema de derecho como el nuestro, inscrito en la tradición romano germánica, es la más importante fuente formal del derecho, según lo pregona el artículo 230 superior, no es la única y en auxilio de ella el texto fundamental reconoce la existencia de otros criterios: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

(...)

De otro lado, administrar justicia no es un simple juego formal en el que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia en el proceso de aplicación legal¹⁶. Lo equitativo, entonces, es el derecho adaptado o adecuado a las relaciones de hecho; se ha de aplicar, pues, el derecho justo, bien porque una investigación exacta de la sustancia del derecho positivo le permita al juez satisfacer las aspiraciones de equidad con los medios propios del derecho, ora también cuando el propio derecho positivo confía al juez la ponderación de las circunstancias del caso específico y, por lo mismo, el hallazgo de la decisión.¹⁷

Ahora, recurrir a la equidad no supone mengua en la seguridad jurídica, pues la armonía que debe existir en todo sistema, impide al intérprete dictar una resolución contraria a los textos legales.¹⁸ El orden jurídico no

¹³ Consejo de Estado Sección Tercera, radicado 37.598.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 8 de julio de 2009, Exp. 35.896.

¹⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Este connotado tratadista cuestiona así el dogma central del positivismo.

¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA, op. cit. p. 99 y ss.

¹⁷ WINDSCHEID, Bernhard, *Tratado de Derecho Civil Alemán*, Tomo I. Vol. I, Traducción de HINESTROSA, Fernando, Universidad Externado de Colombia, 1976, Págs. 99 a 102.

¹⁸ “La equidad encierra los principios generales del derecho a que deben atenerse los tribunales cuando no

se agota o resume en una serie de normas de general observancia, por ello al ser las resoluciones judiciales aplicación de normas de carácter general, se impone en ocasiones la aplicación del criterio de equidad.”

En consecuencia, habida cuenta de que el Laudo arbitral impugnado se resolvió con fundamento en el ordenamiento jurídico, el cargo formulado no prospera.

4.3. ANALISIS DEL SEGUNDO CARGO NO HABERSE DECIDIDO SOBRE CUESTIONES SUJETAS A ARBITRAMENTO

Esta causal se configura cuando los árbitros no se pronuncian en relación con todos los puntos sometidos a su consideración. Evento en el cual se predica que el fallo por ellos producido es *mínima* o *citra petita*, respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación procesal.

En desarrollo del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y, con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

El principio de congruencia implica que la decisión de los árbitros deberá corresponder con lo pedido, de manera que la decisión no puede conceder más de lo pedido (*ultra petita*); tampoco menos (*infra* o *citra petita*), ni nada extraño (*extra petita*), porque de ser así se configura la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Frente a la causal 9ª de la misma normatividad, cabe precisar que el principio de congruencia se desconoce, cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda, sobre su contestación o los mecanismos de defensa - incluidas las excepciones o la demanda de reconvencción, dentro del límite

tienen disposición ni costumbre obligatoria y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, sin que nunca pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones. (...) [L]a ley sólo le da al juez una orientación general, señalando los conceptos y los criterios que el juez debe investigar y estimar a cada caso concreto. De esta suerte, somete por ejemplo la solución de una cuestión a su arbitrio equitativo o a la equidad, o sea, a la consideración prudente y acomodaticia al caso, y en particular la ponderación de prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en él.” Cfr. DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1961, Págs. 1799 y 1800.

impuesto por la cláusula compromisoria.

En consecuencia, la causal demanda un análisis comparativo entre lo pedido y lo fallado, para determinar si procede anular el laudo total o parcialmente y en su lugar resolver de fondo sobre los puntos frente a los cuales el juez arbitral omitió pronunciarse.

Para el recurrente el Tribunal no resolvió la mayoría de las pretensiones de la demanda, especialmente las relativas a la nulidad de varias cláusulas contractuales.

En síntesis, para el recurrente, el Arbitro tenía que resolver la nulidad parcial del artículo sexto de la escritura de constitución que echa de menos, puesto que, la cesión implicaba una reforma estatutaria, la nulidad respecto de las cláusulas relativas al operador privado por desconocer el contenido de la Ley 773 de 2002, al igual que de la cláusula que contiene la condición suspensiva; así como la nulidad de la cláusula que condicionaba la entrega de los aportes a la celebración del contrato con el operador privado.

No obstante, para la Sala, confrontada la demanda arbitral, la decisión proferida por el Juez Arbitral y, los argumentos expuestos por el recurrente en el recurso de anulación, la causal invocada no tiene vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

En primer lugar la decisión recurrida estudió y decidió todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias y aún se pronunció sobre las contenidas en la demanda de reconvención, excepto la identificada en el literal c) de las pretensiones principales, referida a la nulidad de las cláusulas contractuales de manera general: *“Que se declaren nulas, de nulidad absoluta, las cláusulas contractuales contenidas en la Escritura Pública No 135 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribía, cuya nulidad sea acreditada en el proceso”*, por adolecer de sustento jurídico.

No obstante, el Juez arbitral hizo un estudio omnicomprensivo del contrato, de las pretensiones y de los hechos de la demanda y, se pronunció sobre los distintos aspectos. En síntesis concluyó que no se demostró que el Estado abusó de su posición dominante al introducir algunas de las cláusulas contractuales, pues las

partes acordaron lo relativo a la condición suspensiva. Esto porque los representantes de las comunidades indígenas actuaron libremente y en ejercicio de su capacidad de contratación.

Sostuvo el Arbitro, además que las cláusulas pactadas relativas al operador privado, se ajustaron al proceso de concertación con las comunidades para la creación de la respectiva sociedad, así como las relativas al contrato de concesión minera.

Precisó, también que el hecho de que la ley autorizara la creación de una sociedad de economía mixta, concesionaria de las salinas de Manaure, no implicaba que no tendría que firmarse un contrato de concesión minera y que la cláusula relativa a la entrega de los aportes por parte del IFI a la nueva sociedad, tampoco desconocía ninguna norma superior.

En conclusión, se observa que el juez arbitral tanto en la providencia el 8 de septiembre de 2009, como en la aclaratoria de 7 de octubre del mismo año, dio cumplimiento al artículo 305 del C. de P.C., pues, se pronunció sobre todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias, aquellas planteadas en la demanda de reconvención y las excepciones propuestas frente a la demanda principal. Además, estudió el alcance de las obligaciones pactadas que constituían la ley del negocio jurídico, abordó el análisis de las pruebas documentales y la misma suerte corrió el dictamen pericial practicado con apoyo de los elementos de juicio reconocidos. Tanto así que, accedió parcialmente a las pretensiones propuestas, al declarar la nulidad absoluta de la escritura pública No. 1592 del 11 de octubre de 2007 de la Notaría 70 de Bogotá, argumentando que la Nación–Ministerio de Comercio Industria y Turismo incurrió en abuso del derecho al haber elaborado y suscrito unilateralmente la citada escritura, negó varias pretensiones y declaró su incompetencia para resolver otras, especialmente las relacionadas con el contrato de concesión minera.

En consecuencia, el juez arbitral se pronunció sobre cada uno de los puntos que fueron sometidos a su decisión, cosa distinta es que el resultado no fuera favorable a todas las expectativas generadas por la parte impugnante, lo cual no significa que se hubiera incurrido en la causal invocada contenida en el numeral 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Tampoco existe una contradicción interna en el fallo impugnado, de modo que el fallo no adolece de incongruencia por falta de pronunciamiento de alguno de los puntos de la cuestión litigiosa o por

contracción en algunos de los puntos contenidos en la parte resolutive.

Por lo expuesto, este cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda-una de las convocantes contra el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento, conformado a instancias de la recurrente, por las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu, Waya Wayúu y Charqueros Explotadores de sal de Manaure y la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo-Ministerio de Minas y Energía y el Instituto de Fomento Industrial Concesión Salinas en Liquidación, el 8 de septiembre de 2009, aclarado en providencia de 7 de octubre del mismo año.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte recurrente, esto es, a la sociedad Salinas Marítimas de Manaure Limitada-Sama Ltda., las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Sección.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidente

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado