

**Función Pública**

Sentencia 36664 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

Bogotá D.C veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00038-00(36664)

Actor: BERTHA ISABEL SUAREZ GIRALDO

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTROS

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Atendiendo la prelación dispuesta por la Sala para las acciones de nulidad mediante acta número 15 del 05 de mayo de 2005, se resuelve en única instancia la demanda presentada contra el artículo 1 del Decreto 330 de febrero 5 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional - Presidencia de la República- Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Comercio, Industria y Turismo, de Minas y Energía, Departamento Administrativo de la Función Pública-, *"Por el cual se modifica el Decreto 2883 de 2001 y se dictan otras disposiciones"*.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La ciudadana BERTHA ISABEL SUAREZ GIRALDO, actuando en nombre propio, el veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009) en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda contra la norma señalada, solicitando también la suspensión provisional de la misma.

1.2. Causal alegada y disposiciones infringidas

Estimó la actora que, la norma demandada trasgrede los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 que reglamenta, por cuanto, tales normas disponen que el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación deberá hacer entrega de la totalidad de los activos destinados a la explotación de las minas de Manaure a la Sociedad de Economía Mixta denominada SAMA LTDA.

Sostiene la demandante, que contrariando el artículo 1° de la aludida ley, la norma demandada está disponiendo que los activos le serán entregados y transferidos a una Sociedad Fiduciaria, con lo cual se viola doblemente la ley, por un lado, porque la entrega no se realizará a SAMA LTDA., sino a una entidad Fiduciaria y por otro lado, porque una vez realizada la transferencia fiduciaria, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 con relación a la entrega de los aportes.

1.3. De la suspensión provisional

La Sección Tercera, mediante auto del seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009), resolvió negar la solicitud de suspensión provisional, al considerar que el artículo 1° del Decreto 330 de 2009, no dispuso nada sobre la presunta obligación que tiene el Instituto de Fomento Industrial -en liquidación-, de entregar a la Sociedad SAMA Ltda, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, pues, únicamente estableció que el mencionado instituto, debía realizar un encargo fiduciario, para que a través del mismo, una entidad fiduciaria lo sustituyera, en las actividades de administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con lo establecido en la ley 773 de 2002 y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto.

Adicionándose a lo anterior que la norma que se cita como infringida, no tiene el contenido que se le atribuye en la solicitud de suspensión, toda vez que del contenido del artículo 2° de la ley 773 de 2002, no se puede inferir, que es la sociedad SAMA Ltda, la encargada de recibir del Instituto de Fomento Industrial -en liquidación-, los activos vinculados al contrato de administración de las salinas de Manaure, pues aquél no lo estableció de manera precisa y tampoco obran en el proceso pruebas que así lo acrediten.

1.4. Antecedentes procesales

La Sección Tercera, mediante auto del seis (06) de agosto de dos mil nueve (2009) admitió la demanda, negó la suspensión provisional solicitada con la demanda, ordenó notificar a la parte demandada -Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda Y Crédito Público y otros-, al Ministerio Público y ordenó a las demandadas remitieran copia íntegra y auténtica de los antecedentes administrativos que dieron origen al acto expedido, cuya nulidad se pretende.

Las entidades demandadas a través de apoderados judiciales contestaron la demanda así: el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones que denominó: i) Ineptitud sustancial de la demanda y ii) Errónea e indebida interpretación de la potestad discrecional del gobierno al reglamentar la ley 773 de 2002 y del contenido de la escritura pública 135 de 2004 de la Notaría Unica de Uribia Guajira.

Los Ministerios de Minas y Energía, Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se oponen a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y plantearon la excepción de inepta demanda.

Dentro del término legal, la entidad demandada presentó los alegatos de conclusión ratificando los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

Mediante auto de noviembre 3 de 2009, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y se le reconoció personería a los abogados Claudia Rocío Castro Ordóñez, Camilo Alfonso Herrera Urrego y Camilo Escobar Plata, para actuar como apoderados de los demandados Ministerio de Minas y Energía, Comercio, Industria y Turismo y Departamento Administrativo de la Función Pública.

Alegaron de conclusión El Ministerio de Minas y Energía, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio Público.

II. EL ACTO ACUSADO

Lo es el artículo 1° del Decreto 330 de febrero 5 de 2009, expedido por el Gobierno Nacional -Presidente de la República, Ministros de Hacienda y Crédito Público, Comercio, Industria y Turismo, Minas y Energía y, Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública-, "*Por el cual se modifica el Decreto 2883 de 2001 y se dictan otras disposiciones*".

El tenor de la norma demandada es: "*Artículo 1°. El Instituto de Fomento Industrial, IFI, en Liquidación, deberá contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario, a más tardar, el 31 de marzo de 2009, con el fin de que a través del mismo, se sustituya íntegramente al Instituto de Fomento Industrial, IFI en Liquidación, en la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con lo establecido en la Ley 773 de 2002 y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto, especialmente, las contenidas en la Escritura Pública número 135 del 20 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia, Guajira*".

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

La Sala conoce en única instancia del presente asunto en aplicación de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de una demanda formulada en ejercicio de la acción de simple nulidad contra un acto administrativo expedido por una autoridad del orden nacional.

3.2. Estudio de fondo del asunto.

De la excepción de ineptitud sustancial de la demanda.

Debido a que los demandados propusieron la excepción de ineptitud sustancial de la demanda, que sustentaron así: i) el Ministerio de Hacienda y crédito público, sostiene que la demanda es inepta por ausencia de motivación debido a la omisión grave en que se incurrió al no definir el concepto de infracción o de violación cometida con el artículo 1 del decreto 330 de 2009 con relación a los artículo 2 y 3 de la ley 773 de 2002, como tampoco expuso el concepto de extralimitación al que también hace referencia, incumpléndose así con los requisitos previstos para esta clase de acción en el artículo 84 del C.C.A.

ii) El Ministerio de Minas y Energía, sostiene que la demanda no establece de forma clara y precisa, cuál es el vicio que adolece el acto impugnado, para que a la luz del artículo 84 del C.C.A., se deban anular, no existiendo una adecuada presentación de la formulación del cargo objeto de inconformidad, resultando inepta la demanda.

iii) El Departamento Administrativo de la Función Pública considera que al no reunir la censura del precepto acusado los requisitos de procedibilidad para que pueda efectuarse un pronunciamiento de fondo en cuanto los cargos carecen de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, se impone un pronunciamiento inhibitorio.

Respecto de la excepción de ineptitud de la demanda, planteada en común por los integrantes del extremo demandado, el Ministerio Público conceptuó que, si bien es cierto, el libelo introductorio consta de dos páginas y no separa las normas violadas y el concepto de violación en acápites diferentes, no implica este hecho que el mismo carezca de la explicación sobre la vulneración de lo consagrado en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, pues a su juicio, cuando la accionante indica en la demanda que el decreto 330 de 2009 se extralimita al reglamentar la ley 773 de 2002, en lo concerniente a los artículos 2 y 3, porque en estos se dispone que el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, a nombre de la

Nación debe hacer entrega de la totalidad de los activos destinados a la explotación de las minas de Manaure a la Sociedad SAMA LTDA, por que el Decreto ordena transferir los activos a una sociedad fiduciaria genera la imposibilidad de que el Instituto cumpla con la obligación legal, constituye una explicación sobre la razón por la cual justifica la existencia de una violación a la ley, por lo que considera que no se debe declarar la ineptitud de la demanda, y en consecuencia se debe resolver de fondo el asunto.

A efectos de resolver este aspecto preliminar, la Sala entra a estudiar el planteamiento esbozado en la demanda, para determinar si se cumplió con la exigencia del artículo 137 numeral 4 del C.C.A, cuyo defecto es deprecado por los demandados y del cual difiere el Ministerio Público en su concepto.

En la demanda al respecto se dijo: "**FUNDAMENTOS DE DERECHO:** El Decreto Reglamentario 330 de 2009 dice reglamentar la ley 773 de 2002, pero en realidad la extralimita tanto en el artículo 2° como el artículo 3° de la citada Ley 773 de 2002, que disponen que el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación deberá hacer entrega de la totalidad de los activos destinados a la explotación de las Minas de Manaure.

Igualmente dispone la ley que la entrega deberá ser efectuada a la Sociedad de Economía Mixta denominada SAMA LTDA.

Por el contrario el artículo primero demandado está disponiendo que los activos le serán entregados y transferidos a una Sociedad Fiduciaria, con lo cual se viola doblemente la ley, por un lado, porque la entrega no se realizará a SAMA LTDA., sino a una entidad Fiduciaria y por otro lado, porque una vez realizada la transferencia fiduciaria, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la Ley 773 de 2002 con relación a la entrega de los aportes"

El numeral 4 del artículo 137 del C.C.A, exige que tratándose de la impugnación de un acto administrativo como este caso, en la demanda deberá indicarse i) las normas violadas y ii) explicarse el concepto de su violación.

Observa la Sala que en el acápite de "Fundamentos de Derecho" de la demanda, se indica que el decreto demandado viola los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, colmándose así el primer requisito-, como también se dice que el decreto demandado dice reglamentar la ley 773, pero en realidad la extralimita en los artículos el 2 y 3, al disponer que los activos le serán entregados y transferidos a una Sociedad Fiduciaria, violando con ello doblemente la ley, pues de un lado, la entrega no se realizará a SAMA LTDA, sino a una entidad Fiduciaria y de otro, porque una vez realizada la transferencia fiduciaria, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 773 del 2002, con relación a la entrega de los bienes, -cumpliendo con el segundo requisito normativo-, de tal suerte que, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, planteada por el extremo demandado, no está llamada a prosperar, asistiéndole razón al Ministerio Público, por lo que se estudiará de fondo el asunto.

De la excepción de errónea e indebida interpretación de la potestad discrecional del Gobierno al reglamentar la ley 773 de 2002 y del contenido de la escritura pública 135 de 2004 de la Notaría Unica de Uribia Guajira.

En la excepción rotulada, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sostiene que "El hecho de que el IFI, contrate la administración de los activos vinculados a la administración, exploración, explotación y comercialización de las Minas de Manaure con una sociedad fiduciaria no es para desconocer o dilatar injustificadamente la obligación de transferir los derechos de administrar, explorar, explotar y comercializar las salinas de Manaure a favor de la sociedad de economía mixta SAMA LTDA constituida mediante escritura pública N° 135 del 20 de diciembre de 2004, de la Notaría Unica de Uribia -Guajira- toda vez que dicha concesión de derechos a favor de SAMA LTDA está sometida a condición suspensiva consistente en que, mientras no se verifique la iniciación de la explotación salífera por parte del operador privado contratado por SAMA LTDA, (sic) es decir, que los derechos de SAMA LTDA, sólo nacerán una vez el operador privado inicie las labores de explotación"

"Desconoce la accionante, igualmente, que en el artículo 2 del decreto 330 de 2009 se prevé un término máximo de vigencia para el contrato que celebre el IFI, con la sociedad fiduciaria, el cual *"no podrá ser superior a seis (6) meses"*. Y además, se agrega en dicho artículo 2. *"Dicho contrato terminará antes del vencimiento del plazo que se acuerde, en el evento de que dentro del mismo, Sama Ltda., contrate al operador privado"*

Sostiene también que "...el encargo fiduciario a contratar por parte del IFI con una sociedad fiduciaria no implica denegación de los compromisos de transferencia a favor de la sociedad SAMA LTDA una vez se cumpla con la condición suspensiva de la cual pende la misma..."

DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

Tesis contrapuesta a la anterior fue planteada por el Ministerio Público en su concepto, al considerar que las pretensiones de la demanda deben prosperar por cuanto i) los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure -Guajira-, no fueron entregados dentro del plazo señalado por el artículo 2 de la ley 773 de 2002, esto es, tres meses a partir de su vigencia; ii) tampoco se ha cumplido con la entrega de dichos activos por virtud de la escritura de constitución y cesión de derechos, por haber sometido tal evento a la condición suspensiva previsto en el artículo 55 de la escritura de constitución número 135 de fecha 20 de diciembre de 2004, pese a que el IFI había sido suprimido mediante decreto 2590 del 12 de diciembre de 2003; iii) no se ha cumplido con la finalidad para la cual fue expedida la ley 773 de 2002, que fue dar participación eficaz y efectiva a las comunidades indígenas en la explotación de las minas de sal sobre los predios donde ostentan la propiedad y la posesión; iv) que tal incumplimiento de la ley se genera desde las cláusulas pactadas en los estatutos por los integrantes de la Sociedad de Economía Mixta autorizada por la Ley, en la medida en que suspendieron su ejecución y con los decretos expedidos por el Gobierno en forma sucesiva para viabilizar la permanencia de dichos bienes en poder de una entidad ya suprimida y en proceso de liquidación; v) se han violado las cláusulas estatutarias e incumplido los plazos contenidos en dichas estipulaciones, en atención a que según el artículo 55 de la misma el operador privado debería iniciar labores antes del 1 de julio de 2006 y a la fecha la contratación con dicho operador

no se ha realizado.; vi) para la fecha de creación de SAMA LTDA mediante la escritura pública (20 de diciembre de 2004), a pesar de haber sido suprimido el IFI mediante decreto 2590 de 12 de septiembre de 2003 y las funciones correspondientes al contrato de administración delegada terminaban el 31 de marzo de 2004, plazo que había sido prorrogado de forma sucesiva mediante sendos decretos hasta el 31 de marzo de 2009, continuaba y continúa ejerciendo la administración, fabricación, explotación, beneficio, transformación y comercialización de las salinas de Manaure -Guajira-; vii) es decir, el IFI continuó ejecutando el objeto de la concesión, después del 31 de marzo de 2004 y no ha entregado los activos vinculados al contrato, con fundamento en la cláusula suspensiva pactada en la escritura de constitución de la Sociedad Salinas de Manaure Ltda -SAMA-, que sujetó tanto la ejecución de la concesión como la entrega de los activos a la celebración del contrato de explotación con un operador privado; viii) que igualmente se han violado las cláusulas estatutarias e incumplido los plazos contenidos en dichas estipulaciones concretamente en el artículo 55, pudiéndose presumir por las constantes prórrogas a la vigencia del período de liquidación y del período para mantener la administración a cargo del IFI que no se han realizado las acciones tendientes a realizar una pronta y eficaz selección del operador privado para la ejecución del objeto social de la sociedad constituida por autorización de la ley 773 de 2002 ix) con la autorización dada al IFI en liquidación para contratar con una sociedad fiduciaria las funciones que ella tenía a su cargo por virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1 de abril de 1970 y relacionadas con las Minas de Sal ubicadas en el Municipio de Manaure -Guajira-, se contraría la norma contenida en la ley 773 de 2002 encaminada a que dicho Instituto hiciera entrega de los activos a la Sociedad que se constituyera por su autorización en un plazo de tres meses a partir de su vigencia.; x) suscrita la escritura de constitución de la Sociedad autorizada por la ley 773 de 2002, nacía para ella el derecho a reclamar los activos y a ejecutar la concesión otorgada sin que fuera necesario contratar un operador privado, que no le estaba prohibido si ello le reportaba mayores ganancias y rendimientos, pero no con perjuicio de la autonomía de la Sociedad y el aplazamiento de la ejecución del objeto contractual; xi) la ley 773 de 2002 se expidió a fin de garantizar la participación de las comunidades en las decisiones y beneficios que se obtuvieran por la explotación de la sal en los territorios donde ellos ejercen posesión y propiedad, no encontrando justificación plausible para limitar el ejercicio de sus derechos ni la imposición de la condición suspensiva en la escritura de constitución, ni la dilatación en el tiempo para la entrega de los bienes, lo cual ha derivado en la falta de ejecución del objeto social; xii) con la celebración del contrato entre el IFI en liquidación y la sociedad Fiduciaria Fiducoldex S.A., el 30 de marzo de 2009, se extiende en el tiempo el contrato de administración delegada que suscribió el IFI con la Nación en el año 1970, y se dilata el incumplimiento de los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 por parte del IFI, respecto de quien ya no se podrá exigir su observancia por ser una entidad en proceso de liquidación desde el año 2003, la que en cualquier momento dejará de existir al suscribir el acta de liquidación; xiii) el objetivo para el cual fue dictado el Decreto 330 de 2009 ya se cumplió, cual era el de contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario para cumplir con la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure; xiv) según el encabezado del decreto 330 de 2009, proferido por el Gobierno Nacional, según su encabezado, con fundamento en el artículo 189 numerales 11 y 17 de la Constitución Política, esto es, en ejercicio de sus facultades reglamentarias otorgadas al Presidente de la República como Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, contrarían el sentido y el objetivo de la ley 773 de 2002; xv) la facultad contenida en el numeral 11 anotado es para facilitar la aplicación de las leyes, desarrollándolas dentro de su propio marco específico sin modificarlas, ampliarlas o restringirlas en su contenido; xvi) si bien el decreto 330 de 2009, no reglamenta en forma explícita a la ley 773 de 2002, debido a que esta no es una norma que requiera de otras estipulaciones para su aplicación sino que podía ser cumplida directamente, requiriendo para ello sólo el concurso o voluntad de las partes en ella mencionadas, sí entorpece el cumplimiento de los objetivos señalados en la ley; xvii) la ley 773 además de facultar al Gobierno para crear la sociedad le indicó como sería el financiamiento de su capital social para lograr el cumplimiento del objetivo de su constitución, no obstante, las autoridades nacionales y los particulares involucrados en la creación de la sociedad pactaron una condición suspensiva para la entrega de los activos que servirían para financiar el objetivo social, la que aún a la fecha no ha sido superada, pese al vencimiento del plazo pactado para tal fin; xviii) el decreto 330 de 2009, sustentado en las facultades contenidas en el numeral 17 del artículo 189 de la Constitución, no hace una distribución de los negocios según su naturaleza en alguno de los Ministerios, Departamentos Administrativos o Establecimientos Públicos, sino que autoriza a una entidad en liquidación a celebrar un contrato con el fin de que una Sociedad Fiduciaria, que si bien es cierto es una sociedad de Economía Mixta en la que participa el Estado, continúe ejecutando el contrato de administración delegada celebrado en el año 1970, para así seguir dilatando la entrega de los bienes a la Sociedad constituida.

En relación con el ámbito de decisión del Juez cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de fecha 8 de junio de 2000, dijo: *"...Si el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo exige en el numeral 4 que "cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación", está demarcando el campo jurídico del proceso administrativo impidiéndole a las partes y, particularmente al juez, explayarse en especulaciones ajenas a lo pedido y a la fundamentación legal de lo pedido. Eso conlleva, como es lógico, a que la decisión que se tome tenga el carácter de cosa juzgada en relación con el acto demandado y las normas señaladas por el mismo ya que, siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, no puede el fallador extenderse al examen de toda normatividad susceptible de haber sido violada con dicho acto en la pretensión, que no le corresponde, de dictar una sentencia que tenga tránsito a cosa juzgada ..."*.

Teniendo en cuenta la demanda, su contestación y el concepto del Ministerio Público, adoptará la Sala esta decisión, siguiendo la línea interpretativa de la sentencia acabada de citar.

El tenor de los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 es el siguiente: *"Artículo 2 de la ley 773 de 2002. ENTREGA DE ACTIVOS. Dentro de los tres (3) meses 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 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 1° 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 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"

Artículo 3°. Entrega de los activos involucrados en la prestación de los servicios públicos. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley y con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de educación, salud, suministro de agua y saneamiento básico de la Media y Alta Guajira, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la nación entregará los activos involucrados en la prestación de dichos servicios públicos a las administraciones municipales responsables de su prestación y en cuyo territorio se encuentran ubicados dichos activos, de acuerdo a las definiciones y procedimientos legales vigentes. El Gobierno Nacional entregará los activos involucrados a la prestación de los servicios públicos de provisión de agua en óptimas condiciones de funcionamiento.

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

El tenor de la norma demandada es: decreto 330 de 2009, "Artículo 1°. El Instituto de Fomento Industrial, IFI, en Liquidación, deberá contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario, a más tardar, el 31 de marzo de 2009, con el fin de que a través del mismo, se sustituya íntegramente al Instituto de Fomento Industrial, IFI en Liquidación, en la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con lo establecido en la Ley 773 de 2002 y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto, especialmente, las contenidas en la Escritura Pública número 135 del 20 de diciembre de 2004 de la Notaría Única de Uribia, Guajira".

La demanda plantea que el decreto 330 de 2009 es un decreto reglamentario de la ley 773 de 2002, pero en realidad no la reglamenta sino que la "extralimita" tanto en el artículo 2° como en el 3°, que disponen que el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, a nombre de la Nación deberá hacer entrega de la totalidad de los activos destinados a la explotación de las Minas de Manaure a la Sociedad de Economía Mixta SAMA LTDA, mientras que el artículo 1° del decreto 330 de 2009 demandado está disponiendo que los activos le serán entregados y transferidos a una sociedad Fiduciaria, lo que viola la ley 773 de 2002, por partida doble, primero porque la entrega de los activos aludidos no se entregará a SAMA LTDA, sino a una entidad fiduciaria y segundo porque una vez realizada la transferencia fiduciaria el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación no podrá cumplir con la obligación prevista en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002 con relación a la entrega de los aportes.

A lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público formuló la excepción que denominó errónea e indebida interpretación de la potestad discrecional del Gobierno al reglamentar la ley 773 de 2002 y del contenido de la escritura pública 135 de 2004 de la Notaría Única de Uribia Guajira, sosteniendo que "El hecho de que el IFI, contrate la administración de los activos vinculados a la administración, exploración, explotación y comercialización de las Minas de Manaure con una sociedad fiduciaria no es para desconocer o dilatar injustificadamente la obligación de transferir los derechos de administrar, explorar, explotar y comercializar las salinas de Manaure a favor de la sociedad de economía mixta SAMA LTDA constituida mediante escritura pública N° 135 del 20 de diciembre de 2004, de la Notaría Única de Uribia -Guajira- toda vez que dicha concesión de derechos a favor de SAMA LTDA está sometida a condición suspensiva consistente en que, mientras no se verifique la iniciación de la explotación salífera por parte del operador privado contratado por SAMA LTDA, (sic) es decir, que los derechos de SAMA LTDA, sólo nacerán una vez el operador privado inicie las labores de explotación".

"Desconoce la accionante, igualmente, que en el artículo 2 del decreto 330 de 2009 se prevé un término máximo de vigencia para el contrato que celebre el IFI, con la sociedad fiduciaria, el cual *"no podrá ser superior a seis (6) meses"*. Y además, se agrega en dicho artículo 2. *"Dicho contrato terminará antes del vencimiento del plazo que se acuerde, en el evento de que dentro del mismo, Sama Ltda., contrate al operador privado"*

Sostiene también que "...el encargo fiduciario a contratar por parte del IFI con una sociedad fiduciaria no implica denegación de los compromisos de transferencia a favor de la sociedad SAMA LTDA una vez se cumpla con la condición suspensiva de la cual pende la misma..."

Como quiera que el precepto demandado, según el demandante violenta los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, y estos se refieren a la entrega de activos por parte del IFI, de una parte a la sociedad autorizada en el artículo 1 de dicha ley y de otra a los municipios a las administraciones responsables de la prestación de servicios públicos en el área de influencia de las salinas de Manaure, preciso es también confrontar la norma demandada con el artículo 1 de la ley 773 de 2002, máxime cuando a ella hace referencia no sólo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su contestación de la demanda, sino también el Ministerio Público en su concepto y a más de ello, constituye el segundo considerando de la propia norma enjuiciada.

Para la Sala, en atención a que el artículo 1 de la ley 773 de 2002, fue declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-620 de del 29 de julio de 2003, en la cual se consignaron los antecedentes históricos y legislativos de esa ley, se hace necesario, transcribirlos en extenso: "C.4. Examen particular de los cargos de la demanda.

16. Previamente al estudio de los cargos de inconstitucionalidad aducidos en la demanda, la Corte estima imprescindible estudiar pormenorizadamente los antecedentes históricos y legislativos que llevaron al Congreso Nacional a expedir la Ley 773 de 2002, pues de este

estudio se desprende cuál fue el propósito legislativo que se persiguió al autorizar la constitución de una sociedad de economía mixta con participación accionaria de la comunidad indígena dedicada a la explotación de la sal de Manaure y disponer que esa sociedad sería, por ministerio de la Ley, la concesionaria en el respectivo contrato para la explotación de esos recursos minerales.

Adicionalmente, para entrar en el estudio de las acusaciones de inconstitucionalidad es menester precisar el sentido y alcance de la norma parcialmente acusada, en especial frente a la vigencia de las normas del Código de Minas referentes a zonas mineras indígenas y al derecho de prelación de las respectivas comunidades para la adjudicación de contratos de concesión para la explotación de recursos minerales de propiedad estatal.

C. 4. 1. Antecedentes históricos de la Ley 773 de 2002.

17. Diversas circunstancias históricas y sociales llevaron al Congreso Nacional a expedir la Ley 773 de 2002 y a autorizar la creación de la sociedad a que se refiere su artículo 1°. El recuento de estos antecedentes, particularmente en lo que se refiere a este artículo, está recogido en varias de las intervenciones que se produjeron dentro de este proceso. También fue parcialmente reseñado en la Sentencia T-007 de 1995 y se encuentra explicado en la exposición de motivos al proyecto de ley correspondiente. Además obran dentro del expediente copia de varios documentos que constituyen también antecedentes normativos de la Ley bajo estudio. De todo este acervo documental la Corte extrae el siguiente resumen:

1. Antecedentes remotos. Estos fueron reseñados por esta Corporación en la Sentencia T-007 de 1995:

"Debe comenzarse por advertir que la comunidad Wayúu ha tenido una estrecha y centenaria vinculación con la actividad de la explotación de sal en Manaure, tanto que si bien no es posible reducir a dicha actividad toda la fuente de sus ingresos, se considera de todas maneras como la contribución más importante y significativa en que se apoya su supervivencia socioeconómica. No puede olvidarse, además, que la zona donde se asienta la explotación que ha venido adelantando el Estado, primero mediante convenio con el Banco de la República y luego con el IFI, constituye el hábitat ancestral de los Wayúus. Sobre este punto anota el documento CONPES, a que se hizo referencia anteriormente (Hace referencia al documento "El mercado de la sal y la liquidación del IFI-Concesión de Salinas", de fecha 29 de Marzo de 1993):

"Hasta 1968, cuando el Gobierno Nacional ejecutó el proyecto de ampliación de las salinas de Manaure, éstas eran explotadas por la comunidad Wayúu. Para hacer posible la ampliación, el Inderena le otorgó a la concesión la facultad de construir las obras de infraestructura necesarias para su funcionamiento y se acordó que ésta compensaría a la comunidad que veía afectado su hábitat".¹

Pues bien, las referencias precedentes explican el hecho de que la explotación concesionaria de Manaure se hubiera organizado, en buena medida, como un "mecanismo de protección a la comunidad indígena", al punto que "la concesión mantiene el sistema de recolección manual utilizado por el Banco de la República desde 1936, y para ello contrata de manera temporal entre 2000 y 3000 indígenas de la comunidad Wayúu".²

De lo anterior se concluye que desde tiempos inmemorables la comunidad Wayúu está vinculada a las labores de explotación de las Minas de Sal de Manaure. Que en 1936 el Banco de la República, en desarrollo de un convenio suscrito con la Nación, organizó un sistema de recolección manual contratando para ello a los propios indígenas. Posteriormente el IFI reemplazó al Banco de la República y asumió mediante un contrato de administración delegada, conocido como "Concesión Salinas", la referida explotación salinífera, conservando el sistema de recolección manual utilizado por la comunidad Wayúu. En el año 1968 el Gobierno Nacional amplió las obras de infraestructura destinadas a la mencionada explotación.

2. Acuerdo de 1991. El anterior proceso mediante el cual el Estado colombiano asumió la explotación de las Minas de Sal de Manaure con participación de la comunidad Wayúu produjo una serie de conflictos entre las partes vinculadas a esta actividad, que llevaron a suscribir, el 27 de julio de 1991, un Acuerdo entre la Nación representada por los señores ministros de Desarrollo Económico, Gobierno, Minas y Energía, el Presidente del IFI y la Directora General de la Concesión Salinas y los representantes de la comunidad Wayúu de Manaure. En la parte de consideraciones del mencionado Acuerdo, se reconoce lo siguiente:

- *"que la comunidad Wayúu asentada en el área adyacente a la explotación de sal marina en Manaure, le asiste un derecho fundamental de carácter histórico y anterior al mismo Estado, por ocupar la región desde tiempos inmemorables, donde ha desarrollado formas propias de vida, organización social y económica y de reproducción cultural";*

- *"que la comunidad Wayúu ha tenido una vinculación centenaria a la explotación de la sal y que continúa dicha vinculación a través de explotaciones familiares, trabajos independientes; recolección, transporte y laboreo en el IFI Concesión de Salinas, como trabajadores directos e indirectos";*

- *"que la producción industrial de sal ha traído beneficios y ventajas a los pobladores de la región, no obstante haber producido cambios y afectaciones ecológicas y del medio ambiente alterando formas consuetudinarias de producir y vivir de la comunidad Wayúu, "*

- *"que es importante solucionar los conflictos Comunidad-Empresa y aquellos relacionados con la explotación de la sal, propiciar las mejores condiciones de convivencia, trabajo, habitabilidad y paz social en la región y fortalecer el desarrollo etno-social de la comunidad Wayúu".*

De lo anterior se colige que dicho Acuerdo se suscribió como una fórmula concreta de concertación entre el Estado y la comunidad Wayúu, con la cual pretendía solucionar los conflictos relacionados con la explotación de la sal, a la vez que lograr condiciones de desarrollo social para la comunidad indígena.

El articulado del Acuerdo preveía básicamente dos fórmulas para lograr los mencionados objetivos: la primera era la creación del "Fondo de Bienestar Social y Desarrollo de la Comunidad Wayúu de Manaure", destinado a hacer efectivas las demandas de la comunidad en lo relativo a inversiones y obras de bienestar social, previamente concertadas; la segunda consistía en la constitución de una sociedad de economía mixta para la explotación de la sal con la participación de la comunidad. Dicha sociedad tendría una participación accionaria del Estado no inferior al 51%, y una de la comunidad Wayúu de Manaure no inferior al 25%. Ese 25%, dice la exposición de motivos al proyecto que devino en la Ley 773 de 2002, *"representaba lo que el Estado colombiano acordaba reconocer a los propietarios ancestrales como poseedores de derechos históricos inalienables y participantes legítimos de los beneficios de un desarrollo industrial sostenible de las salinas, en compatibilidad con las tradiciones culturales y productivas de la Etnia Wayúu."*

3. Dificultades en el cumplimiento del Acuerdo. Estas dificultades aparecen relatadas así en la exposición de motivos al proyecto correspondiente a la Ley demandada:

1. "En desarrollo del Acuerdo firmado con la Comunidad Indígena Wayúu de Manaure, el Gobierno Nacional expidió, en ejercicio de las facultades establecidas en el artículo 56 Transitorio de la Constitución Nacional, los Decretos -ley 1376 de 1994 y 1323 de 1995, mediante los cuales se estableció, entre otras disposiciones, la autorización para constituir la nueva sociedad. Sin embargo, del análisis de dichas facultades transitorias -las cuales, incluso, aun están vigentes -, frente al contenido de los decretos ley, se puede concluir, sin mayor esfuerzo de interpretación, que las mismas le otorgan competencia legislativa al Gobierno Nacional para regular asuntos relativos a la organización y a la fiscalidad de los territorios indígenas, pero no para ordenar la conformación de una sociedad de economía mixta de carácter comercial.

...

2. Independientemente de las limitaciones constitucionales del decreto-ley en mención, el mismo adolece de una serie de vicios, bien sea porque lo preceptuado no obedece en estricto rigor lo acordado entre el Gobierno Nacional y la Comunidad Wayúu de Manaure o porque las disposiciones son insuficientes para el normal desarrollo de la sociedad una vez entre en funcionamiento.

...

3. Finalmente, el Decreto ley 1376 de 1994 estableció que la conformación de la nueva sociedad sólo podría hacerse una vez se liquidara el contrato de Administración Delegada suscrito entre la Nación, representada por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, y el Instituto de fomento Industrial, IFI, conocido como de Concesión Salinas, liquidación que ha resultado altamente compleja, sin que hasta el presente, y no obstante la prórroga del contrato concedida para tal fin en los Decretos 539 del 28 de marzo y 2803 del 29 de diciembre de 2000, se haya suscrito el acta de liquidación, toda vez que existen grandes diferencias conceptuales entre las partes.

Ahora bien, puesto que el Acuerdo de 1991 no supeditaba a tal liquidación la conformación de SAMA, y es imposible determinar cuándo se resolverán las diferencias que han alargado la liquidación, resulta aconsejable establecer un mecanismo -el de la cesión de activos- que independice de la conformación de SAMA de la liquidación del contrato de Administración Delegada. Ello, pues, allanaría el camino para constituir la sociedad, dado que los aspectos tales como la definición de a qué entidad corresponde la asunción del pasivo pensional derivado de la liquidación del contrato, ya han sido resueltos estableciendo que es a la Nación a quien corresponde la responsabilidad por tales pasivos, como en efecto ha ocurrido a partir del año inmediatamente anterior. De esta manera, se han prohijado las condiciones iniciales necesarias para hacer de Sama una empresa financieramente factible.

...

"Los objetivos del proyecto de ley apuntan a la superación de todas las dificultades que se han evidenciado a lo largo de la última década, las cuales, pese al laborioso trabajo interinstitucional y de concertación con la comunidad, se han constituido en obstáculos insalvables para la solución definitiva de la problemática regional. Así mismo, con las disposiciones planteadas, el Estado colombiano estará en capacidad de honrar su compromiso, tantas veces aplazado, con la comunidad Wayúu de Manaure y responderá a una vieja y legítima aspiración de es étnia, que estará recuperando para sí el control de su destino."

4. Acción de tutela interpuesta en defensa de la comunidad Wayúu. Las dificultades que impidieron el cumplimiento del Acuerdo de 1991 motivaron la interposición de una acción de tutela por parte de la Procuraduría General de la Nación, en defensa de los derechos fundamentales de la comunidad Wayúu de Manaure.

La demanda solicitaba que el juez de tutela declarara que la Nación, durante la ejecución del proceso de liquidación de la Concesión Salinas, había violado y desconocido los derechos fundamentales a la dignidad, a la vida, al trabajo, a la salud, a la educación, a la igualdad, a la paz y a la integridad étnica y cultural de la comunidad Wayúu, vinculada a la explotación salífera. Como consecuencia de lo anterior, se solicitaba que se ordenara a la Nación reconocer la necesidad de dar cumplimiento a los términos del Acuerdo de 1991, creando "la Empresa de Economía Mixta de carácter indirecto y el denominado Fondo de Bienestar Social y Desarrollo de la Comunidad Wayúu de Manaure". Entretanto, es decir mientras lo anterior se llevaba a cabo, se pedía otorgar atención en salud y agua potable a la comunidad, la prestación del servicio de educación a los hijos de los miembros de la comunidad Wayúu y la adquisición por parte del Ministerio de Desarrollo Económico y el Instituto de Fomento Industrial de la sal obtenida por sistemas de recolección manual de miembros de esa misma comunidad.

La Corte al conceder la tutela mediante la Sentencia T-007 de 1995 fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

"La Constitución Política incorporó dentro de sus preocupaciones, el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas, y de manera muy

significativa, reservó en favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de su integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable, y, de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos (C.P. arts. 7, 171, 246, 286, 329, 330, etc.).

"Hay que considerar adicionalmente, que el Estado a través de las entidades públicas intervinientes en la celebración del Acuerdo se comprometió a la realización de una serie de acciones tendientes a garantizar de manera concreta el derecho al trabajo de la comunidad Wayúu con la organización y funcionamiento de una empresa que se encargara de la explotación de la sal y, además, a adoptar las medidas necesarias para el desarrollo social y cultural de dicha comunidad. Por lo tanto, a juicio de la Sala, el compromiso asumido tiende a hacer efectivos derechos que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos y reales, que se consideran medulares para la supervivencia y el desarrollo socio-cultural de la etnia Wayúu como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 1, 7 y 8 de la C.P. A esta solución llegó esta misma Sala en la sentencia No. T-342 de fecha julio 27 de 1994 cuando ordenó proteger la diversidad étnica y cultural de la Tribu Nukak-Maku.

"La efectividad de los aludidos derechos (art. 2 C.P.) contribuye además a hacer realidad el principio de igualdad (art. 13 C.P.) y la justicia material, porque en este caso el Estado en dicho Acuerdo se obligó a promover, con acciones concretas, las condiciones para lograr la igualdad material de una comunidad discriminada y marginada.

"...

"El incumplimiento de este tipo de obligaciones, resta credibilidad y legitimidad a la acción del Estado, frustra las aspiraciones legítimas de la comunidad, alienta las soluciones violentas a sus reclamaciones y, además, es contrario a la filosofía que emana del preámbulo de la Carta y al principio de la buena fe (art. 83 C.P.). El Estado Social de Derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las necesidades básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas; por lo tanto, la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales.

"...

"Con fundamento en las anteriores consideraciones se concederá la tutela impetrada para proteger los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la salud, a la educación y al desarrollo socio-cultural de la comunidad Wayúu bajo las siguientes condiciones:

"Las entidades estatales comprometidas en la celebración del Convenio pueden optar entre cumplirlo en todas sus partes, dado su carácter obligatorio, o bien, adoptar las medidas alternativas que sean necesarias para garantizar a la comunidad Wayúu sus derechos al trabajo, a la salud, a la educación, al suministro de agua potable y su desarrollo social y cultural que le permitan a sus miembros disfrutar de una especial calidad de vida acorde con el medio en el cual habitan."

5. Presentación del proyecto y aprobación de la Ley 773 de 2002.

Como se explica en la exposición de motivos al proyecto que se transformó en la Ley bajo examen, los objetivos de la misma, tras el proceso histórico que se ha relatado, *"apuntan a la superación de todas las dificultades que se han evidenciado a lo largo de la última década, las cuales, pese al laborioso trabajo interinstitucional y de concertación con la comunidad, se han constituido en obstáculos insalvables para la solución definitiva de la problemática regional."*

La anterior percepción no proviene tan solo del Gobierno, que presentó ante el Congreso el correspondiente proyecto de Ley, sino que también la Asociación Sumain Ichi, a través de su junta directiva, manifiesta dentro del presente proceso que la aprobación del referido proyecto representa la superación de todas las dificultades que han surgido para el cumplimiento del Acuerdo de 1991, que consideran benéfico para la comunidad. En tal sentido afirman que *"la comunidad Wayúu de Manaure, con el apoyo de todos los sectores, dueños de tierras, charqueros Wayúu, explotadores de las charcas indígenas de Shorshimana y Manaure, y los transportadores de sal, logramos, unidos hombro a hombro con el Gobierno Nacional, Departamental de La Guajira, y Municipal de Manaure, la aprobación y posterior sanción de la Ley 773 de 2002"*.

Así mismo en la aludida sentencia de constitucionalidad se precisó el alcance jurídico del artículo 1° de la ley 773 de 2002, así: *"4.2. Alcance jurídico del artículo 1° de la Ley 773 de 2002 y concretamente de la expresión acusada."*

18. El artículo 1° de la Ley 773 de 2002 confiere una autorización para la creación de una sociedad de economía mixta 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. Conforme al aparte normativo parcialmente demandado, si dicha sociedad llegara a crearse, por ministerio de la ley sería la concesionaria dentro del respectivo contrato para explotación de dichos recursos saliníferos de propiedad estatal. Este contrato, aunque la ley no lo dice, se regiría por las normas del Código de Minas relativas al contrato de concesión, como única modalidad jurídica prevista para la explotación de la sal.

Debe la Corte recalcar con particular énfasis, que la disposición en comento no crea ni obliga a crear la sociedad a que se refiere. Simplemente autoriza su creación. Esta autorización legislativa responde a una doble exigencia constitucional: en primer lugar, conforme al numeral 9° del artículo 150 superior, corresponde al Congreso mediante la expedición de la ley ejercer la función de *"conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos"*, función legislativa armónica con la gubernamental a que se refiere el numeral 23 del artículo 189 de la Carta, según la cual

corresponde al presidente de la República "*Celebrar los contratos que le correspondan con sujeción a la Constitución y la ley.*"

La otra razón por la cual el artículo 1° de la Ley en comento sólo autoriza mas no ordena la creación de la sociedad de economía mixta radica en el respeto a la libertad de asociación existente en cabeza de la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del área de influencia inmediata de las Salinas de Manaure, Sumain Ichi, entidad de derecho público especial, reconocida mediante la Resolución N° 001 de 9 de enero de 1996, expedida por la dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

La participación como socia de la mencionada asociación indígena Wayúu está definida en el artículo 2° de la ley según el cual, si la sociedad se constituyera, "*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 Wayúu 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.*" (destaca la Corte).

Así, el artículo 1° de la Ley sólo concede la posibilidad de crear la sociedad de economía mixta, la cual para su efectiva constitución requerirá la suscripción voluntaria del contrato respectivo tanto por parte de la Nación representada por el Ministerio de Desarrollo Económico -hoy de Comercio, Industria y Turismo-, como por el Municipio de Manaure y la Asociación Sumain Ichi. Ahora bien, una vez constituida la sociedad, por ministerio de la ley ella sería la concesionaria en el contrato para la explotación de la sal de las Minas de Manaure, pues así lo dispone el artículo 1° justamente en la parte parcialmente demandada.

Lo anterior tiene ciertos efectos jurídicos frente a las normas generales contenidas en el Código de Minas y referentes a zonas mineras indígenas. Dichas normas son del siguiente tenor:

"Artículo 122. Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.

"Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o constituyan.

"Artículo 124. Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales.

Conforme a las disposiciones transcritas, las comunidades indígenas tienen prelación para el otorgamiento de la concesión de la explotación de los yacimientos o depósitos minerales ubicados en las zonas mineras indígenas; ahora bien, la zona geográfica de las minas de Sal de Manaure fue declarada Zona Minera Indígena mediante Resolución Número 181087 de 21 de octubre de 2002, expedida por el Ministerio de Minas; no obstante, este reconocimiento no conlleva automáticamente el otorgamiento de la concesión, sino tan solo una "prelación" para dicha adjudicación.

El artículo 1° de la ley 773 de 2002 establece, en la parte acusada, que la sociedad de economía mixta que allí se autoriza a constituir será la concesionaria de la explotación de las minas de sal de Manaure. En tal virtud, de llegar a constituirse la referida sociedad ella tendría automáticamente el derecho a ser la concesionaria, por lo cual la comunidad indígena de Manaure, representada por la Asociación Sumain Ichi, no podría ser directamente la concesionaria de la misma explotación salinífera.

A juicio de la Corte, la Ley 773 no modifica las normas del Código de Minas referentes al derecho de prelación de las comunidades indígenas para ser concesionarias en la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal existentes en su territorio. Dichas normas, incluso en relación concreta con la situación jurídica actual de la comunidad indígena de Manaure, representada por la Asociación Sumain Ichi, permanecen inmutables también respecto del derecho de prelación para el otorgamiento de la concesión. Sin embargo, dicho derecho de prelación, en virtud de lo dispuesto por la nueva Ley, queda sujeto a una condición resolutoria que consiste en la suscripción de contrato para la conformación de la sociedad de economía mixta. En efecto, si dicho contrato llega a suscribirse y da nacimiento a la sociedad de economía mixta prevista, por ministerio de la ley ella sería la concesionaria de la explotación de las Minas de Sal de Manaure, lo cual resolvería automáticamente el derecho de prelación a la adjudicación de dicha concesión directamente a la Asociación Sumain Ichi.

Empero, debe destacar la Corte que el cumplimiento de la condición resolutoria mencionada sólo opera con el consentimiento de la propia Asociación Sumain Ichi, llamada, en virtud de su libertad de asociación, a suscribir o no el contrato para la constitución de la sociedad de economía mixta SAMA.

19. Un último aspecto debe ser mencionado en relación con el alcance jurídico del artículo 1° de la Ley 773 de 2002, en especial con la expresión acusada. Se trata de la observación de la vista fiscal que pone de presente que el contrato de concesión, en los términos en que es definido por el artículo 45 del Código de Minas, *"es el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código"* (resalta la Corte). Como las sociedades de economía mixta no pueden ser consideradas como "particulares", no sería viable que la que se creara en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley bajo examen llegara a ser "concesionaria" de la explotación de las Minas de Sal de Manaure, pues ello no sería conforme con la definición legal del contrato de concesión del citado Código de Minas. En tal virtud, habría que considerar que el contrato en virtud del cual la sociedad creada llegara a explotar tales yacimientos, sería de otra naturaleza, por ejemplo "un contrato interadministrativo".

Efectivamente, de conformidad con lo señalado por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional está integrada, entre otros organismos y entidades, por las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, por lo cual estas últimas no pueden ser consideradas "particulares", no obstante que generalmente se rigen por normas de derecho privado.

Empero, si bien es cierto que el contrato de concesión es definido por el artículo 45 del Código de Minas, como aquel *"que se celebra entre el Estado y un particular"*, también es cierto que el mismo Código en su artículo 17 indica que *(l)a capacidad legal para formular propuesta de concesión minera y para celebrar el correspondiente contrato, se regula por las disposiciones generales sobre contratación estatal. Dicha capacidad, si se refiere a personas jurídicas, públicas o privadas, requiere que en su objeto se hallen incluidas, expresa y específicamente, la exploración y explotación mineras*. De esta manera, el legislador parece admitir que, no obstante la definición de contrato de concesión según la cual este se suscribiría solamente con particulares, lo cierto es que el mismo también puede convenirse con personas jurídicas públicas.

Sin embargo, al parecer de la Corte, el problema jurídico que denuncia el señor Procurador va más allá de la naturaleza del contrato que se suscribiría con la sociedad que se autoriza crear en el artículo 1° de la Ley 773 de 2002. En efecto, detecta la Corporación que Sumain Ichi es la *"asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayuu del área de influencia de las Salinas de Manaure"*, como la misma Ley 773 en su artículo 2° lo indica. Dicha Asociación, además, tiene personería jurídica de derecho público especial concedida por la dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, según resolución 001 de enero 9 de 1996. Todo lo anterior indica que no se trata de un "particular" sino de una entidad pública, lo que resulta acorde con las previsiones constitucionales que otorgan carácter de entidades públicas territoriales a los territorios indígenas (C.P art. 286) y los someten al gobierno de sus consejos. (C.P art. 333).

Así las cosas, en principio la sociedad a que se refiere el artículo 1° de la Ley 773 de 2002 no sería una sociedad de economía mixta en los términos en que estas son concebidas por la ley, sino que más bien debiera ser considerada como una sociedad pública perteneciente al sector descentralizado de la Rama Ejecutiva. (Ley 489 de 1998, art. 68).

Sin embargo, la Corte estima que la libertad de configuración legislativa le permite al Congreso considerar que la sociedad que autoriza crear en el artículo 1° de la ley bajo examen es una sociedad de economía mixta, aunque carezca de capital privado"

Expuestos los antecedentes históricos de la expedición de la Ley 773 de 2002 y su alcance jurídico, precisados por la Corte Constitucional en la sentencia señalada, pasa la Sala a estudiar los cargos formulados en contra de la norma demandada.

El decreto 330 de febrero 5 de 2009, modifica el Decreto 2883 de 2001, el cual a su vez modifica los decretos 539 y 2803 de 28 de marzo y 29 de diciembre de 2000, que también modifica el decreto 539 de 2000, luego, advierte la Sala que el decreto demandado modifica decretos expedidos con antelación a la ley 773 de 2002, y que el decreto 2883 de 2001 que reglamenta en sus artículos 2° y 3° señala: *"ARTÍCULO 2o. El artículo 2o. del Decreto 539 de 2000, modificado por el artículo 2o. del Decreto 2803 de 2000, quedará así: Artículo 2o. El Instituto de Fomento Industrial, IFI, continuará transitoriamente con la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas Marítimas y Terrestres de Colombia, en desarrollo del Contrato de Concesión Salinas del 2 de abril de 1970, prorrogado en cumplimiento de la cláusula veintiséis (26) del mismo, hasta tanto el Ministerio de Minas y Energía o a quien haya delegado o llegue a delegar, y para el caso de las Salinas de Manaure, la entidad u organización a quien se le otorgue el contrato de concesión, asuman las funciones de administrar, explorar, explotar y comercializar, las salinas correspondientes, de conformidad con la Ley 685 de 2001, Código de Minas.*

ARTÍCULO 3o. El artículo 6o. del Decreto 539 de 2000, modificado por el artículo 5o. del Decreto 2803 de 2000, quedará así: Artículo 6o. Se dará traslado al Ministerio de Minas y Energía o a quien este haya delegado o llegue a delegar, en representación de la Nación, de la administración de los activos inherentes a la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas Marítimas y Terrestres de Nemocón, Zipaquirá, Galerazamba y Upín que hoy en día administra el Instituto de Fomento Industrial, IFI. El traslado de esos activos se hará efectivo mediante acta de entrega por parte del IFI como administrador de esos bienes al Ministerio de Minas y Energía, o a quien haga sus veces, una vez se dé por terminado el Contrato de Concesión Salinas del 2 de abril de 1970.

De igual manera se trasladarán los activos vinculados a la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure a la entidad u organización a quien se le otorgue el contrato de concesión".

Ahora bien, con la expedición de la ley 773 de 2002, se puso fin a la transitoriedad en la administración, exploración, explotación y comercialización otorgada por el Ejecutivo en virtud de esos decretos al IFI, en relación con las salinas de Manaure, pues como definió la Corte Constitucional en la sentencia citada, una vez constituida la Sociedad de Economía Mixta autorizada por dicha ley, automáticamente, por ministerio de la ley, ella sería la concesionaria de la explotación de las Minas de Sal de Manaure, y como quiera que tal evento sucedió, el 20 de diciembre de 2004, con la suscripción de la escritura pública de constitución de la sociedad autorizada, denominada SAMA LTDA, ella es

entonces, por ministerio de la ley, la CONCESIONARIA de la explotación de las Minas de Sal de Manaure, y por ello no hay razón para que el IFI, siga siendo autorizado por decretos presidenciales de manera transitoria a seguir con la administración, exploración, explotación y comercialización de las minas de Sal de Manaure, contraviniendo la ley 773 de 2002, que convirtió a la Sociedad SAMA LTDA, en CONCESIONARIA de dichas Salinas.

Como quiera que el decreto atacado, tiene fundamento constitucional en los numerales 11 y 17 del artículo 189 de la Constitución Política, y legal en el artículo 52 de la ley 489 de 1998, observa la Sala que el primero de los numerales, hace relación a la facultad reglamentaria del Presidente de la República, y en este caso no se está reglamentando ley alguna, como tampoco se está distribuyendo los negocios según su naturaleza entre los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, al cual se refiere el segundo numeral.

En relación con el fundamento legal, observa la Sala que el artículo 52 de la ley 489 dispone lo relativo a la supresión, disolución y liquidación de entidades u organismos administrativos nacionales, y en este caso no se da ninguna de esas circunstancias, pues el IFI, se encuentra disuelto y en proceso de liquidación.

A más de lo anterior, encuentra la Sala que dentro de las funciones del agente liquidador, establecida en el artículo 293 del Estatuto Orgánico y Financiero, en el literal i) se encuentra la facultad de celebrar todo tipo de contratos, y por ende se encuentra incluido el encargo fiduciario, resultando innecesario que el Gobierno Nacional se encargue por decreto de una autorización que se encuentra reglada por el propio legislador.

En lo que tiene que ver con la vulneración alegada en la demanda, respecto de los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, encuentra la Sala, que al imponer el artículo 1° del decreto 330 de 2009, al IFI el deber de contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario, a más tardar el 31 de marzo de 2009, con el fin de que a través de ese encargo fiduciario, se sustituya íntegramente al Instituto de Fomento Industrial, IFI en liquidación, en la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con la ley 773 de 2002, y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto, especialmente, las contenidas en la Escritura Pública número 135 del 20 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribia, Guajira, está contrariando los referidos artículos de la citada ley por las siguientes razones:

1.- Como viene expuesto, por ministerio de la ley, la Sociedad de Economía Mixta SAMA Ltda, desde el 20 de diciembre de 2004, se convirtió en CONCESIONARIA de la administración, exploración, explotación y comercialización de las sales que se producen en las Salinas de Manaure Guajira, actividades que desarrolla el IFI, en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1° de abril de 1970.

2°- La nueva Sociedad de Economía Mixta autorizada en el artículo 1° de la ley 773 de 2002, que se denominó SAMA Ltda, al momento de su constitución tenía en calidad de capital inicial la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, Guajira.

3°.- La conformación accionaria quedó igualmente señalada en el artículo 2° de dicha ley, de la siguiente manera: *"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"*., distribución accionaria que se rehízo en la escritura pública de constitución de dicha Sociedad en acatamiento del condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-620 de 2003, el cual hace parte integrante de la norma en comentario.

4°.- El Instituto de Fomento Industrial, IFI, tenía la obligación legal de entregar, dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley 773 de 2002, a la Sociedad de Economía Mixta "SAMA LTDA", la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las Salinas de Manaure Guajira, sin costo alguno.

5°.- El único condicionamiento que trae la ley respecto de los activos vinculados al aludido contrato de administración delegada, es que *"Al momento de constituirse la sociedad de economía mixta, que se autoriza en el artículo 1° 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"*., luego, cualquier tipo de condicionamiento al respecto, es inexistente por ser manifiestamente contrario a la ley que autoriza la creación de la Sociedad de Economía Mixta, cuya denominación existía desde antes de su creación -"SAMA LTDA".

6°.- Así mismo, el IFI, tenía la obligación legal de entregar dentro del término señalado la totalidad de los activos involucrados en la prestación de los servicios públicos, a las administraciones municipales encargas de su prestación.

Entonces, la conclusión que se impone es que la norma enjuiciada, vulnera flagrantemente el artículo tanto el artículo 2 como el 3 y aún el 1 de la ley 773 de 2002, cuando impone al IFI, el deber de contratar con una sociedad fiduciaria un encargo fiduciario a más tardar el 31 de marzo de 2009, con el fin de que a través de ese encargo fiduciario, se sustituya íntegramente al Instituto de Fomento Industrial, IFI en liquidación, en la administración, exploración, explotación y comercialización de las Salinas de Manaure, de conformidad con la ley 773 de 2002, y las estipulaciones contractuales que se hayan convenido para el efecto, especialmente, las contenidas en la Escritura Pública número 135 del 20 de diciembre de 2004 de la Notaría Unica de Uribia, Guajira, en razón a que por ministerio de la ley, la Sociedad SAMA Ltda, es la CONCESIONARIA de la producción de las sales producidas por las salinas de Manaure, y por tanto tiene la obligación legal de entregarle a dicha Sociedad, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada las actividades de administración, exploración, explotación y comercialización de las sales producidas en las Salinas de Manaure, dentro del término señalado en los referidos artículos.

Luego, el fundamento de la condición suspensiva contenida en el artículo 55 de la escritura pública 135 de 20 de diciembre de 2004, deviene inaplicable por contrariar manifiestamente los artículos 1, 2 y 3, de la ley 773 de 2002, en atención a que los derechos conferidos por dicha ley a

la Sociedad SAMA LTDA, no tiene limitación, restricción o condicionamiento alguno, ni como concesionaria, ni como propietaria de la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada de las Salinas de Manaure, y por ello, la obligación que se impone al IFI, de contratar con una Sociedad Fiduciaria que la sustituya para seguir en la actividad del contrato de administración delegada, permite seguir incumplimiento el imperativo legal contenido en los artículos 2 y 3 de la ley 773 de 2002, en cuanto el IFI, a nombre de la Nación tiene la obligación de entregar de un lado la totalidad de los activos relacionados a la Sociedad SAMA LTDA, y de otro, los activos vinculados a la prestación de los servicios públicos a las administraciones municipales encargadas de su prestación, en los términos de los aludidos artículos.

Mantener la legalidad de la norma enjuiciada, impediría cumplir con los compromisos del acuerdo de 1991, en claro menoscabo de los derechos constitucionales fundamentales allí reconocidos y protegidos o amparados por la Corte Constitucional no solo en sentencia de tutela, sino también de constitucionalidad, que produce efectos erga omnes y por tanto de obligatorio cumplimiento por todos, en especial por el Estado Colombiano.

En suma, se declarará la nulidad del artículo 1° del decreto 330 de febrero 5 de 2009.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD de la norma demandada, artículo 1del Decreto 330 de febrero 5 de 2009.

SEGUNDO: En firme esta decisión Archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE:

OLGA MELIDA VALLE DE DE(Sic) LA HOZ

Presidenta

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:58:21