

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre las **FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. - FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A. Y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. - FIDUCOLDEX INTEGRANTES DEL CONSORCIO FOPEP 2007**, como parte convocante y **LA NACIÓN- MINISTERIO DEL TRABAJO**, como parte convocada, respecto de las controversias derivadas del Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 de 2007, cuyo objeto es administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional en los términos establecidos en el artículo 130 de la Ley 100 de 1.993, los decretos 1132 y 2921 de 1.994, 1136 y 1151 de 1.997 y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan-.

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 de 2007.

2. El Pacto Arbitral.

El pacto arbitral con base en el cual se convocó a este Tribunal de Arbitraje es el estipulado en la cláusula compromisoria, contenida en el Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 de 2007, cuyo objeto es administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional en los términos establecidos en el artículo 130 de la Ley 100 de 1.993, los decretos 1132 y 2921 de 1.994, 1136 y 1151 de 1.997 y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, el cual

establece lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA: ARREGLO DIRECTO Y CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las partes acuerdan que en el evento que surjan diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del presente negocio jurídico, las mismas buscarán mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa, la amigable composición o la conciliación. En tal caso las partes dispondrán de un término de sesenta (60) días hábiles para solucionar el conflicto contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido. Dicho término podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo. En el evento en que no se llegue a una solución de las diferencias, y sin perjuicio de las facultades excepcionales del MINISTERIO, dichas divergencias se someterán a arbitramento, el cual se sujetará a las normas legales pertinentes, teniendo en cuenta las siguientes reglas. 1. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. También podrá sesionar en otro lugar que indique dicho centro. 2. Estará integrado por tres árbitros designados por las partes. Si no hubiese acuerdo serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. 3. El Tribunal decidirá en derecho. 4. La organización del Tribunal se sujetará a las reglas internas del citado centro de conciliación y arbitraje."

De igual forma se acreditó que en el acta de 6 de marzo de 2015, las partes establecieron el agotamiento de la etapa de arreglo directo.

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1.- La demanda con la que se dio origen al proceso fue presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 9 de abril del 2015 (folios 1 a 37 del Cuaderno Principal No. 1).

3.2.- En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la cláusula compromisoria, las partes de común acuerdo en reunión surtida el día 26 de junio del 2015 (folios 173 y 174 del Cuaderno Principal No. 1) y posteriormente mediante escrito de 13 de noviembre de 2015 (folio 317 Cuaderno Principal No. 1) realizaron la designación de los integrantes del Tribunal, el cual quedó conformado por los doctores **GILBERTO PEÑA**

CASTRILLÓN, ADELAIDA ÁNGEL ZEA y SAMUEL CHALELA ORTIZ. Los árbitros designados oportunamente manifestaron la respectiva aceptación y cumplieron el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012.

3.3.- La audiencia de instalación del Tribunal se celebró el 26 de enero del 2016 (Acta No. 1, folios 376 a 379 del Cuaderno Principal No. 1), en la cual el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como lugar de funcionamiento del mismo y de su secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En esta misma providencia se designó como Presidente al doctor **GILBERTO PEÑA CASTRILLON** y como Secretario al doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR** y se admitió la demanda arbitral.

3.4.- El doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, tomó posesión ante el Tribunal y el mismo día una vez posesionado, surtió la notificación personal a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado que guardó silencio.

3.5.- El día 22 de abril del 2016, el apoderado de la parte Convocada presentó un escrito en el cual contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y se opuso al juramento estimatorio. En la misma fecha presentó demanda de reconvenición y aportó los antecedentes administrativos del Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 de 2007.

3.6.- El día 22 de junio del 2016, el Tribunal mediante Auto (folios 638 a 640 del Cuaderno Principal No. 1) tuvo por contestada en tiempo la demanda e inadmitió la demanda de reconvenición.

3.7.- El día 28 de junio del 2016, la parte Convocada presentó un memorial mediante el cual subsanó la demanda de reconvenición (folios 628 a 630 del Cuaderno Principal No. 1). El día 30 de junio del 2016 el Tribunal mediante auto admitió la demanda de reconvenición y ordenó correr traslado de la misma por el término de ley (folio 567 A del Cuaderno Principal No. 1).

3.8.- El día 9 de agosto del 2016, la parte Convocante contestó la demanda de reconvenición, se opuso a las pretensiones de la misma, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y objetó el juramento estimatorio.

3.9.- El día 22 de septiembre del 2016, el apoderado de la parte Convocante presentó escrito de reforma de la demanda, la cual se admitió mediante Auto del 23 de septiembre del 2016.

3.10.- El día 7 de octubre de 2016, el apoderado de la parte Convocada, presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda en el cual solicitó pruebas, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio contenido en la reforma de la demanda y en la demanda de reconvención.

3.11.- El día 11 de octubre de 2016, el representante del Ministerio Público, encontrándose fuera del término de traslado de la reforma de la demanda, presentó una solicitud de pruebas.

3.12.- El día 18 de octubre de 2016, se corrió traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la reforma de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, las cuales fueron descorridas únicamente por el apoderado de la parte Convocada.

3.13.- Fueron presentadas revelaciones en cumplimiento del deber de información por los árbitros **ADELAIDA ANGEL ZEA** y **SAMUEL CHALELA ORTIZ**, a las cuales se les dio el trámite previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012. Frente a lo anterior ninguna de las partes solicitó la remoción de los miembros del Tribunal.

3.14.- El 22 de noviembre del 2016, se celebró la audiencia de conciliación en la cual las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio alguno; por tal razón, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos que fueron oportunamente pagados por las partes.

3.15.- El día 26 de enero de 2017 (Acta No. 9), se realizó la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente y procedió a proferir el auto de decreto de pruebas tal como lo dispone la ley.

3.16.- Instrucción del proceso:

a) Prueba documental: Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente, los documentos aportados por las partes al proceso en los diferentes momentos procesales.

b) Testimonios: Fueron recibidos los testimonios de los señores DIANA MARCELA ARENAS PEDRAZA y RODRIGO ALEJANDRO PRIETO, (Acta No. 11 de 20 de febrero de 2017), MARÍA CRISTINA GLORIA INÉS CORTÉS ARANGO y DANIEL BARRERA BLANCO, (Acta No. 12 de 22 de febrero de 2017,), JOSÉ RICARDO DÍAZ QUIROGA y JORGE ARMANDO RODRÍGUEZ DÍAZ (Acta No. 13 de 23 de febrero de 2017), NELSON CAMARGO CRIOLLO y JESÚS ALFONSO ROBAYO MOLINA (Acta No. 14 del 1 de marzo de 2017) y DORIS PATARROYO (Acta No. 15 de 30 de marzo de 2017).

Las transcripciones de los testimonios fueron puestas en conocimiento de las partes y agregadas al expediente.

c) Informe bajo la gravedad de juramento rendido por el representante legal de la parte Convocada: Dicho informe fue rendido el día 9 de mayo de 2017, el cual fue incorporado al expediente y puesto en conocimiento de las partes mediante auto de fecha 26 de mayo de 1997 (Acta No. 16)

d) Dictamen pericial financiero y contable: El dictamen pericial fue rendido por la perito ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA, del mismo se corrió traslado a las partes, la parte convocante y el Ministerio Público solicitaron Aclaraciones y Complementaciones. Las Aclaraciones y Complementaciones fueron decretadas por el Tribunal Arbitral y rendidas en tiempo por la perito, de este escrito se corrió traslado a las partes, solicitando la parte Convocante que se desestimara dicha prueba, respecto de dicha solicitud la parte Convocada presentó un memorial el día 11 de agosto de 2017 solicitando se denegara dicha petición.

e) Inspección Judicial. Respecto de dicha prueba, una vez realizada la revisión de documentos auspiciada por el Tribunal, la parte Convocante consideró que no existían documentos que pudieran ser aportados al proceso distintos a los que ya obraban en el expediente tal como consta en la manifestación que obra en Acta No. 20.

4. Alegatos de Conclusión.

Recaudado así el acervo probatorio y cerrado el periodo probatorio por solicitud de las partes, el Tribunal en sesión de 3 de octubre de 2017, realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente

sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente (Acta N° 20). Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad. La representante del Ministerio Público solicitó un traslado especial para rendir concepto, el cual fue rendido el día 4 de octubre de 2017.

5. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

El Término del Tribunal estuvo suspendido así:

-Entre los días 27 de enero de 2017 y 9 de febrero de 2017, ambas fechas inclusive. (por un término de 13 días comunes).

-Entre los días 11 de febrero de 2017 y 19 de febrero de 2017, ambas fechas inclusive. (por un término de 9 días comunes).

-Entre los días 2 de marzo de 2017 y 29 de marzo de 2017, ambas fechas inclusive. (Por un término de 28 días comunes).

-Entre los días 31 de marzo de 2017 y 9 de mayo de 2017, ambas fechas inclusive (por un término de 40 días comunes).

-Entre los días 30 de agosto de 2017 y 28 de septiembre de 2017, ambas fechas inclusive (por un término de 30 días comunes).

Lo anterior arroja un total de 120 días comunes de suspensión.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se realizó el día 26 de enero de 2017, el término vencería el 26 de julio de 2017 y adicionando los 120 días de suspensión (4 meses), el término vence el día 26 de noviembre de 2017.

6. Audiencia de Laudo.

La audiencia de Laudo se fijó mediante auto proferido en la audiencia de 3 de octubre de 2017 para el día 9 de noviembre de 2017.

7. Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

7.1. Demanda en forma.

Tanto la Demanda inicial, así como la Demanda en Reconvención cumplieron los requisitos exigidos en la ley, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.

7.2. Competencia.

Conforme se declaró por Auto de 26 de enero de 2017 proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este proceso puestas a consideración del Tribunal.

7.3. Capacidad.

Tanto la parte Convocante como la Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen la capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, se encontraban sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse mediante arbitraje y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos en el curso del presente trámite.

7.4. Nulidades sustanciales.

El Tribunal tampoco encuentra ninguna causal para decretar la nulidad del contrato del cual surgen las diferencias objeto del presente trámite arbitral.

8. Partes Procesales y apoderados Judiciales.

8.1. Parte Convocante.

La parte Convocante en este proceso se encuentra conformada por las sociedades **FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. - FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - FIDUPREVISORA S.A.** y la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. - FIDUCOLDEX** como INTEGRANTES DEL CONSORCIO FOPEP 2007.

8.2. Parte Convocada.

La parte Convocada en este proceso es **LA NACIÓN- MINISTERIO DE TRABAJO.**

8.3. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, por cuanto así fue estipulado en la cláusula compromisoria, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les reconoció personería en los términos de los poderes a ellos otorgados.

II. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

1. La demanda y su respuesta por parte de la Convocada

Por medio de escrito que se radicó en la secretaría del Tribunal de Arbitramento el 22 de septiembre de 2016, la ACTORA presentó escrito de reforma "integrada" de la demanda; la respuesta a la misma fue radicada el 7 de octubre de 2017 y en ella la convocada se opuso a las pretensiones, sentó su posición en relación con los fundamentos fácticos, formuló excepciones y solicitó pruebas.

1.1. Pretensiones

Formuló la parte convocante las siguientes:

- “1. Que se declare que los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14 se efectuaron de conformidad con las instrucciones y procedimientos entregados por el Ministerio al Consorcio, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

- 2. Que se declare que los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14 se efectuaron con el aval y/o aprobación del Ministerio y/o los Fondos Reconocedores de pensiones, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

- 3. Que se declare que la conducta contractual del Ministerio fue la causa determinante de los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o cual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

- 4. Que se declare que el Ministerio con su proceder contractual transgredió el deber de coherencia y actuó contra actos propios al desconocer la procedencia de los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

5. *Que se declare que los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14 se efectuaron de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

6. *Que, de conformidad con todas, algunas o cualquiera de las anteriores pretensiones se declare que en relación con los pagos correspondientes a la **mesada 14**, el Consorcio no tiene ninguna obligación contractual pendiente con el Ministerio.*

7. *Que como consecuencia de la procedencia de la pretensión 6, se realice la liquidación judicial del contrato de encargo fiduciario 350 de 2007."*

1.2 Hechos de la demanda y posición de la Convocada en la contestación de la demanda.

La convocante clasifica los hechos en que fundamenta sus pretensiones en (i) relativos al FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL, (ii) relativos al CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 de 2.007; (iii) relativos a la EJECUCIÓN DEL MENCIONADO CONTRATO; (iv) relativos a las MODIFICACIONES AL SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ESTRUCTURA "REGFOPEP" RELACIONADAS CON LA FUNCIONALIDAD DE PAGO DE LA MESADA 14 EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO 067 DE 2004; y (v) relacionados con la ETAPA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

- (i) Sobre el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL, la demanda refiere su creación por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993 como cuenta sin personería jurídica adscrita al hoy Ministerio de Trabajo, que sería administrado por medio de encargo fiduciario; igualmente, la demanda invoca el decreto 1132 de 1994, del cual transcribe el artículo 2, que establece las funciones del Fondo de Pensiones Públicas, con énfasis en el numeral 6 ii), que expresa que corresponde al FONDO

"Tomar las medidas necesarias para que se dé cabal cumplimiento a los siguientes compromisos:

(...)

ii) La mesada pensional adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993."

En relación con estos hechos, la contestación de la demanda reformada acepta su existencia, con la aclaración de que se atiene al tenor literal de las normas citadas.

- (ii) En cuanto al CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 de 2.007 se refiere al trámite de la Licitación Pública MPS-09-2007, en sus etapas de apertura, evaluación de propuestas y adjudicación al CONSORCIO FOPEP 2007, integrado por las sociedades FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. – FIDUCOLOMBIA S.A.-, FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR FIDUCOLDEX S.A.-.

Igualmente, expone la demanda que luego de la adjudicación de contrato por medio de la Resolución No. 4332 del 23 de noviembre de 2007, el 30 del mismo mes y año se suscribió el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 de 2.007, de cuyo clausulado destaca las obligaciones del CONSORCIO, que, en cuanto al pago "de pensiones de vejez o jubilación, invalidez, de sustitución o sobreviviente, se encuentren a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y de las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional". Para dar cumplimiento a esta obligación, agrega la convocante, el CONSORCIO debía cancelar la "denominada *mesada 14*" y dar aplicación al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, con sujeción a las modificaciones que introdujo el Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2005, que entre otras disposiciones estableció las que transcribe la demanda en los siguientes términos:

"(...) Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento"

(...)

Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8 del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de

julio de 2.011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales (...)'

Frente a los hechos que refiere este acápite de la demanda, la convocada hace énfasis en que además de la Resolución 3291 de 2007 debe analizarse también a la luz de los estudios previos y del pliego de condiciones, teniendo en cuenta que se rigió por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus decretos reglamentarios.

En cuanto a las obligaciones del contratista, agrega la convocada que ha de tenerse en cuenta la integralidad de la cláusula séptima que las desagrega de la siguiente manera: 1. Obligaciones Generales; 2. Obligaciones Financieras y de Inversión; 3. Obligaciones de Gestión, Obligaciones Administrativas; 4. Obligaciones de Seguimiento e Informes; 5. Obligaciones de Sistemas; 6. Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato, el pliego de condiciones, sus adendas No. 1,2 y 3 y la propuesta presentada por el CONSORCIO el 24 de octubre de 2007. Dentro de las obligaciones se encuentra el del pago de pensiones de vejez o jubilación, invalidez de sustitución o sobrevivientes.

Igualmente, señala que el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato y de la normativa que trae a colación el escrito de demanda, debía hacerse de conformidad "con la información y novedades reportadas por los Fondos Reconocedores, conforme al numeral 3.1 de la CLÁUSULA SÉPTIMA del Contrato".

Y, explica, "la interpretación sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 era responsabilidad del Fideicomitente y/o de los Fondos Reconocedores", para precisar que la Mesada 14 fue eliminada "dejando a salvo los casos en que el derecho a pensión se causó antes del 31 de julio de 2011, **y siempre que la cuantía de la mesada pensional a la fecha de su causación, resultare igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la causación**", antes de concluir que las expresiones de la demanda en cuanto al artículo 142 de la Ley 100 de 1993 más que un hecho de la demanda son una interpretación de la convocante sobre esta disposición.

- (iii) La narración de los hechos de la demanda en relación con la EJECUCIÓN DEL CONTRATO gira en torno a la entrega de los productos informáticos necesarios

para el cumplimiento del objeto pactado, así como con la forma como se desarrolló la interventoría.

Así, se lee en el acápite correspondiente, que el 1 de diciembre de 2007 el Ministerio y el CONSORCIO suscribieron el acta de inicio del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 de 2.007 y el 4 del mismo mes el anterior encargado fiduciario, "el Ministerio, la Interventoría del contrato del anterior encargado fiduciario JAVH MCGREGOR S.A. y el CONSORCIO FOPEP 2007, [suscribieron] el acta de entrega de los productos informáticos: software (fuentes y ejecutables), bases de datos, archivos y documentación usuaria y técnica, que conforman el Sistema de Información de la nómina de Pensionados-SINP del FOPEP (...)". Resalta la convocante en relación con las funcionalidades de pago de la mesada 14, que el sistema de información que le fue entregado "no fue modificado por el CONSORCIO, y respecto de [él] no se presentó ninguna solicitud de ajuste o modificación por parte del Ministerio", para luego manifestar:

"La funcionalidad de pago de la mesada 14 comportaba una validación automática del monto de la mesada al momento de su percepción, que llevaba a pagar la mesada 14 a aquellos pensionados que percibieran una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes, sin importar que al momento de su causación el monto de la pensión hubiese sido superior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes."

Dentro del mismo contexto relativo a la entrega de información, expresa la convocante que el software que se entregó al CONSORCIO FOPEP 2007 era el mismo instrumento utilizado con anterioridad a la ejecución de este Contrato para el pago de las pensiones que en su momento estaban a cargo del anterior encargado fiduciario (CONSORCIO FOPEP) en ejecución del Contrato 067 de 2004.

En relación con la interventoría y auditoría del CONTRATO FOPEP 2007, la convocante manifiesta que hasta cuando entró en ejecución el CONTRATO NO. 503 DE 2008 que suscribieron el Ministerio de Protección Social y BDO AUDIT S.A., fue el propio Ministerio quien realizó la interventoría del CONTRATO 350 DE 2007.

La respuesta de la convocada en relación con los hechos expuestos en este acápite de la demanda acepta como cierta la suscripción de las actas mencionadas por la actora, así como la existencia de algunos documentos, con la expresión adicional de atenerse a su contenido integral. En relación con la mesada 14 y las

funcionalidades del software que se le entregó al CONSORCIO FOPEP 2007, acepta como parcialmente ciertas las manifestaciones de la demanda, con las siguientes precisiones:

*"(...) El Ministerio mediante comunicación No. 12310-1848-05 del 6 de septiembre de 2005 solicitó al CONSORCIO FOPEP (Administrador anterior del Fondo) establecer dentro del sistema un **mecanismo de control** para el pago de la Mesada 14, en el marco del artículo 1, parágrafo transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, aunque como más adelante se verá, el ajuste se hizo en sentido contrario a lo solicitado, de acuerdo con el monto de la mesada".*

Es decir, el software entregado por el Ministerio ya tenía desarrollada la funcionalidad por el CONSORCIO anterior. Y aunque en el marco de las obligaciones establecidas en el Contrato No. 350 de 2007, en especial el numeral 3.11 de la cláusula séptima, era obligación del consorcio informar al Ministerio sobre "(...) cualquier situación que afecte la ejecución del contrato, así como las anomalías o irregularidades detectadas en relación con los recaudos del Fondo y la ejecución de sus recursos, (...)", el Consorcio nunca informó de ningún problema derivado de la funcionalidad.

Las expresiones de la demanda sobre la forma como operaba el mecanismo de validación de la funcionalidad de pago de la mesada 14 (hecho décimo cuarto de la demanda), se lee en la contestación:

*"**Frente al hecho décimo cuarto:** es cierto. Aunque el Ministerio no tenía conocimiento de la interpretación dada por el CONSORCIO a la aplicación de la Mesada 14, el Fondo Reconocedor sí tenía claro que el pago de dicha mesada estaba atado a la fecha de causación de la prestación, esto es, pensiones causadas entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, si la cuantía de la mesada era igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de causación, resaltando que el CONSORCIO tenía el control automático para la validación, pero sin que ésta se ajustara a los parámetros del Acto Legislativo 1 de 2005, según la instrucción de los Fondos Reconocedores."*

Sobre el régimen contractual aplicable a la aplicación de la funcionalidad de la mesada 14, la convocada hace referencia a la integralidad de las obligaciones del

Administrador Fiduciario no solo a nivel contractual, sino en un marco de normativa general. Dentro de ese contexto, expresa la contestación de la demanda: "... cabe mencionar que efectivamente la administración y operación del Fondo se debía desarrollar sobre la misma plataforma, validador de base de datos y arquitectura ofrecida, pero eso no quiere decir que no cambien las funcionalidades de acuerdo con los requerimientos que el Fideicomitente indique y necesite, sin que se deje de lado que el CONSORCIO podía efectuar los cambios pertinentes a los controles". Igualmente, se lee en la contestación de la demanda que:

"(...) el Software utilizado para el pago de la nómina pertenece al Ministerio y fue entregado para su operación al encargo fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, siendo obligación de éste implementar los controles respectivos y efectuar el mantenimiento adaptativo, correctivo o perfectivo. Razón por la cual fue en uso de esa facultad que el Ministerio le solicitó mediante la comunicación NO. 12310-1848-05 del 6 de septiembre de 2005, al anterior CONSORCIO FOPEP establecer dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada. Resaltando que el nuevo CONSORCIO, esto es, el CONSORCIO FOPEP 2007 (aquí convocante), estaba conformado por las mismas Fiduciarias que integraron el CONSORCIO anterior (FOPEP 2005), por consiguiente, el nuevo CONSORCIO administrador conocía la funcionalidad y los cambios realizados pues él mismo los había desarrollado".

Finalmente, la convocada acepta los hechos relacionados con el ejercicio de la función de interventoría y auditoría que relata la demanda.

- (iv) La demanda analiza LAS MODIFICACIONES AL SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ESTRUCTURA "REGFOPEP", que introdujera el administrador fiduciario anterior mediante solicitud que hizo a COMPUTEC S.A. en relación con la mesada 14, a través del requerimiento de desarrollo FFPAR-0146-05. El propósito de esta modificación, según se lee en el hecho 21 de la demanda, era "evitar el pago de la *mesada 14* a ciertos pensionados. Para estos efectos se incluyó en el sistema un campo adicional para que fuese marcado por parte de los Fondos Reconocedores con la letra "N" en el evento que estos determinaran que a cierto pensionado no se le debía liquidar la *mesada 14*".

Adicionalmente, la convocante trae a colación varias comunicaciones por medio de las cuales el anterior administrador fiduciario puso en conocimiento de la Caja

Nacional de Previsión y de los fondos reconocedores la referida modificación, con el fin de que éstos diligenciaran la "N" en el campo adicional cuando no debía pagarse la mesada adicional. Todo ello para agregar que:

*"En atención a las comunicaciones enviadas por el anterior encargado fiduciario a los Fondos Reconocedores y particularmente en relación al ajuste realizado al sistema, el 6 de septiembre de 2005 mediante la ya referida comunicación con radicación No. 1230-1848-05, el Ministerio de la Protección Social le solicitó al anterior encargado fiduciario una nueva modificación al sistema de información y estructura "REGFOPEP", consistente en: "(...) que adicional al campo en la estructura, el Consorcio establezca dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el **monto de la mesada**."* (Destacado fuera de texto)."

Este requerimiento del MINISTERIO fue ejecutado el 12 de septiembre de 2005 por el anterior encargado fiduciario mediante correo electrónico dirigido a COMPUTEC, de manera que el 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo la prueba de aceptación de usuario FFPPA-0146.05 "Verificación de la NO aplicación de mesada 14 para casos especiales". Como soporte de las consideraciones que hace la convocante en relación con la juridicidad de esta modificación, la demanda trae a colación varias comunicaciones o decisiones de las cuales resalta apartes que considera ilustrativos: Concepto jurídico 14527 de 3 de septiembre de 2009, de la Dirección Jurídica Nacional- Unidad de Seguros del Seguro Social; reconocimiento de una pensión por parte de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia; concepto BZ_2013_3306356 del Gerente Nacional de Doctrina de Colpensiones; comunicación 417701 de 10 de enero de 2014, del Subdirector de Nómina de Pensionados de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, dirigida a la Directora de Pensiones y Otras Prestaciones del Ministerio del Trabajo.

Con el segundo ajuste que se introdujo al sistema de información en relación con la mesada 14, suponía que respecto de los pensionados inicialmente marcados con "N" se verificara

"(i). Si la fecha de causación de la pensión era anterior a 31 de julio de 2011,

*(ii). Si el monto percibido **al momento de efectuar la liquidación** era inferior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes, en cuyo caso se*

liquidaba la mesada 14."

Finalmente, en cuanto concierne al tema de cómo se surtió la modificación del sistema en cuanto a la mesada 14, la convocante trae a colación el oficio DS-EXT-0276-05 de 30 de septiembre de 2005 por medio del cual se informó a los Fondos Reconocedores y al Ministerio sobre la implementación de "validación de las mesadas cuyo valor sea menor o igual a 3 SLMV en donde se debe liquidar la mesada 14 (junio) **aunque el Fondo la haya marcado previamente para que no se liquide.**" (Destacado fuera del texto).

La demanda también menciona el hecho de que aún cuando el anterior Administrador Fiduciario liquidó la mesada 14 conforme con la misma funcionalidad de pago entregada a la Convocante, sin que el Ministerio hubiese presentado objeción alguna, el acta de liquidación del CONTRATO No. 67 de 2004 se suscribió sin salvedad alguna.

Adicionalmente, en relación con la operatividad del sistema de liquidación y pago de las mesadas pensionales, resalta la demanda en este acápite del capítulo de los hechos, el papel de los fondos reconocedores, de la interventoría, del Ministerio del Trabajo y del propio consorcio, según se lee en los hechos 38 y 39:

"38. En el proceso de pago de las pensiones también participa directamente el correspondiente Fondo Reconocedor; intervención que lleva a que los procedimientos de reconocimiento y pago de las pensiones se encuentren escindidos: El Fondo Reconocedor se encarga de hacer eso precisamente, y el encargado fiduciario paga.

39. Para ello, mensualmente el sistema liquida la nómina de pensionados, luego el correspondiente Fondo Reconocedor la aprueba, y posteriormente la Interventoría verifica y valida. Una vez el Fondo Reconocedor y la Interventoría aprueban los pagos de esta manera, se solicitan los recursos al Ministerio quien imparte la ordenación del gasto y la autorización de pago mediante la orden a la Tesorería para que gire los correspondientes recursos al encargo fiduciario, el que una vez ello sucede, procede a pagar las pensiones."

Luego de resaltar algunas cláusulas del contrato, la actora pone de presente que "durante toda la ejecución contractual el Ministerio estuvo de acuerdo en la forma como se pagó la *mesada 14*"; que "en ninguna oportunidad la Interventoría del

Contrato (BDO Audit S.A.) manifestó al CONSORCIO reparo alguno respecto de la forma en que estaba siendo efectuado el pago de la *mesada 14'*; y que "[l]os Fondos Reconocedores, por su parte, siempre aprobaron las nóminas sin que nunca glosaran el pago de la *mesada 14'*."

En relación con los hechos contenidos en este acápite de la demanda, la convocada manifiesta desconocer todos aquellos que se refieren a las comunicaciones entre el CONSORCIO FOPEP 2007 y COMPUTEC y recalca el vínculo de aquellos sucesos que culminaron con la modificación de la herramienta informática entregada para el pago de las mesadas pensionales durante la vigencia del CONTRATO 350 de 2007, corresponde a la ejecución de un contrato anterior, de una relación jurídica distinta, respecto de la cual manifiesta:

"Se reitera que las obligaciones de cada contratista deben ser evaluadas de manera independiente, por lo tanto, la ejecución del contrato de administración del Fondo de Pensiones Públicas anterior al Contrato 350 de 2007 no puede determinar el cumplimiento o incumplimiento de este último."

Igualmente, responde la convocada que al pagar la mesada 14 a pensionados marcados con "N" la administradora fiduciaria incumplió la instrucción que emanaba de las distintas comunicaciones que había recibido del Ministerio de Trabajo, todas tendientes a garantizar el no pago de la mesada 14 a quienes carecieran de los requisitos que imponía la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. En ese sentido, si bien hace énfasis en que las comunicaciones que traen a colación los hechos de la demanda se refieren a un contrato anterior, la convocada dice que todas ellas se orientaban a garantizar el cumplimiento del Acto Legislativo 01 de 2005 teniendo como referente únicamente el momento de causación, al tiempo que deja claro que ni el Ministerio ni los fondos reconocedores entendieron la medida de verificación de la mesada 14 como un "mecanismo dinámico". Así, en relación con la comunicación 12310-1848-05 del 6 de septiembre de 2005 referida por la demandante, se lee en el escrito de contestación:

"(...) se solicitó la implementación de un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada, esto es, la adopción de medidas que permitieran no solo marcar el NO pago de la Mesada 14 a quienes no tuvieran este derecho, sino que además al incluirla prestación se verificara y efectivamente no se tenía el derecho".

*“Ahora bien, mediante la comunicación No. 1210-1848-05 del 6 de septiembre de 2005, dirigida al Gerente General del CONSORCIO FOPEP, la Directora General de Seguridad Económica y Pensiones, acusó recibido de las comunicaciones que el CONSORCIO dirigió a los Fondos Reconocedores, informándoles el ajuste realizado a la estructura REGFOPEP. **Adicionalmente, solicitó que el CONSORCIO FOPEP 2005** –esto es, el anterior--- debía establecer dentro del Sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada, sin que en ningún momento se hubiese referido a un mecanismo dinámico, por lo que no es cierto que se hayan dado instrucciones al encargo fiduciario para que el sistema no se limitara a marcar de manera estática a los pensionados cuya pensión al momento de causarse fuera igual o superior a 3 salarios mínimos.”*

De otra parte, la convocada resta valor a la interpretación que otros operadores de pensiones hicieron sobre el pago de la mesada 14 y afirma que ellas “no desvirtúan la clara instrucción de no pago impartida por el Fideicomitente y/o los Fondos Reconocedores frente al pago de la Mesada 14 que es el objeto de este litigio”. En ese orden de ideas, afirma la demandada:

*“(...) cuando el Ministerio instruyó al CONSORCIO para que estableciera un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada pensional, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1º, parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, lo hizo en el entendido que la cuantía de la mesada se debía verificar para el momento de la causación, a efectos de establecer si ésta superaba los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes; de ser así, resultaba apenas lógico que si el Fondo Reconocedor había marcado para el pago de la mesada adicional el campo **NO APLICA MESADA 14** de la estructura REGFOPEP y al momento del control se evidenciaba que la mesada superaba los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, se debía hacer el control para **no** pagarla, **porque esa era la instrucción del Fondo Reconocedor**”.*

En otras palabras, la convocada afirma que el consorcio interpretó las solicitudes de modificación del sistema un sentido contrario a lo claramente expresado por el Ministerio. Adicionalmente, expresa que la circunstancia de que el CONSORCIO FOPEP 2007 hubiese recibido la estructura del REGFOPEP con las modificaciones

expuestas, no lo exoneraba de cumplir con las obligaciones de mantenimiento que le imponía el contrato y revisar la liquidación de la mesada 14, como se lo imponía su calidad de experto fiduciario, como se lee en la respuesta al "hecho trigésimo séptimo": "[s]e reitera que el hecho de continuar con el sistema entregado por el anterior administrador del Fondo de Pensiones Públicas no exime al CONSORCIO FOPEP 2007 del cumplimiento de las obligaciones adquiridas con ocasión del CONTRATO 350 de 2007, que iban más allá de las obligaciones citadas por éste en su demanda". Como tampoco lo eximían de cumplir con las instrucciones del Fideicomitente y de los Fondos Reconocedores, la autorización del pago por parte del Ministerio, "resaltando que tal autorización se refiere al pago de la nómina global, más no de novedades en particular porque ni siguiera la información suministrada por el CONSORCIO para realizar el pago contenía la desagregación de las instrucciones de pago dadas".

Sobre las obligaciones del Ministerio como ordenador del pago, expresa la contestación de la demanda que "jamás se destacó en lo (sic) soportes de la orden de pago, por parte del administrador Fiduciario, frente a quienes se realizaba el pago de la Mesada 14 en contravención de la instrucción impartida por los fondos Reconocedores". Y, en relación con las competencias de los fondos reconocedores, afirma que no era función suya *glosar* el pago de la mesada 14 dada la claridad de la instrucción de no pago, a lo que se unía la circunstancia de que la intervención de estos últimos era previa al pago.

- (v) La demanda reformada analiza, bajo el título ETAPA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO, la forma como se prorrogó el plazo inicial de liquidación del contrato, ante su terminación el 30 de noviembre de 2012. Enumera ocho prórrogas de un mes, la última a partir del 1º de febrero de 2014 y explica que "solo hasta el 23 de octubre de 2013, el Ministerio remitió al CONSORCIO el primer proyecto de Acta de Liquidación del Contrato, en el que inesperadamente incluyó observaciones y puntos nuevos que no habían sido analizados y discutidos durante todo el proceso de liquidación, particularmente lo referente al pago de la *mesada 14*".

Según las consideraciones de la demanda, a partir de textos que se transcriben en ella, tomados del proyecto de acta de liquidación y de la prórroga del plazo para liquidación de mutuo acuerdo que suscribieron las partes el 31 de enero de 2014, el Ministerio carecía de claridad sobre "el fundamento y procedencia de su presunta inconformidad" y manifestó la necesidad de aclarar el tema de la mesada

14 y someterlo a la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones. En síntesis, para la Convocante, la entidad contratante carecía, aún dentro del trámite de liquidación del contrato, de "elementos válidos de orden jurídico para afirmar con certeza meridiana que los pagos de la mesada 14 hayan sido efectuados por fuera del marco definido por el acto legislativo 01 de 2005".

En la misma línea argumental, la convocante trae a colación dos comunicaciones que se cruzaron el Ministerio y el Interventor y llama la atención sobre cómo este último manifestó que: "**cada una de las pensiones identificadas a las que se les realizó pago de mesada 14, a pesar de estar marcadas con una 'N' en el indicador de mesada 14, cumplían con alguno de los criterios establecidos por la Ley para tener derecho al reconocimiento y efectividad del pago de la mesada catorce (14)**".

Igualmente, para ilustrar la falta de claridad que imputa a la entidad contratante, la demanda relata que sólo hasta el 17 de mayo de 2013 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) solicitó al CONSORCIO FOPEP 2012 no liquidar la mesada 14 a aquellas personas cuya pensión al momento de su causación hubiera sido mayor a tres salarios mínimos y que el 10 de enero de 2014, el Subdirector de Nómina de Pensionados de la misma Unidad, en comunicación que dirigiera a la Directora de Pensiones y Otras Prestaciones del Ministerio del Trabajo "ordenó el pago de la *mesada 14* a los pensionados que en el mes de junio de 2013 no se les liquidó", con lo cual concluye que "se reversó la orden impartida en el mes de mayo de 2013".

En su escrito de contestación, la convocada se refiere a estos hechos aceptando, en primer término, la existencia de las prórrogas al plazo de liquidación de común acuerdo del CONTRATO 350 de 2007 y precisando que el plazo del mismo fue prorrogado en seis oportunidades, la última hasta el 30 de noviembre de 2012.

Frente a los análisis que hace la demanda del proyecto de acta de liquidación del contrato que se le remitió al CONSORCIO el 13 de octubre de 2013 y las manifestaciones de que el Ministerio nunca había expresado inquietud sobre el pago de la mesada 14, trae a colación un oficio (sin número) de 17 de mayo de 2013, por medio del cual la UGPP:

"(...) solicitó al CONSORCIO FOPEP 2007: "NO liquidar de ahora en adelante mesada adicional de Junio, para aquellos pensionados que fueron marcados en su momento con N ('no aplica mesada 14', en el campo 24 de 4 (sic) la estructura REGFOPEP) o aquellos pensionados que por medio del fondo (sic) actualice mediante la novedad M14FOPEP para el no pago de la misma"

Igualmente, recuerda que en sesiones de 28 de junio, 29 de julio, 30 de agosto y 29 de noviembre de 2013, del Consejo Asesor del FOPEP, se debatió el tema solicitando al Gerente del CONSORCIO información sobre la situación, advirtiendo que se podría estar frente a un problema generado por la indebida interpretación del artículo primero párrafo transitorio sexto del Acto Legislativo 1 de 2005.

Hace énfasis en que el término de liquidación, cuando la entidad contratante dispuso de toda la información del sistema para la operación del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional y pudo revisar la forma de validación del pago de la Mesada 14, conformó el escenario temporal adecuado para que las partes incluyeran, durante las mesas de trabajo que se convocaron para este efecto, los temas que ambas consideraran necesarios para culminar su relación comercial en un marco de autonomía de la voluntad.

Adicionalmente, expresa que, en relación con la mesada 14:

"El Ministerio claramente no tenía certeza, al tiempo de la liquidación, sobre el incumplimiento de la obligación, de ahí que se reservó el derecho y no acordó la liquidación del contrato en relación con ese particular. De haber tenido certeza en esa oportunidad –tal como se tiene al momento de contestar esta demanda arbitral y de presentar la demanda de reconvención—claramente el procedimiento hubiese sido la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal de encargo fiduciario y la liquidación unilateral respecto de este componente".

De otra parte, la convocada manifiesta atenerse al tenor literal de las comunicaciones que invoca la convocante al narrar los hechos relativos a la liquidación del contrato, con dos precisiones que llaman la atención del Tribunal. En relación con la respuesta del Interventor al Ministerio, relativa al pago de la mesada 14, manifiesta que el "Interventor no dio respuesta a lo solicitado respecto

de los casos de los cuales (sic) se había efectuado el pago de la Mesada 14, desconociendo los parámetros del Acto legislativo 1 de 2005, ya que se limita a plantear las razones por las cuales, en su criterio, los pagos así realizados se ajustaban a los parámetros del referido acto legislativo"; igualmente, aclara que mediante oficio de 29 de mayo de 2014 el interventor "dio alcance a esa comunicación informando los casos en los que el CONSORCIO FOPEP 2007 realizó el pago de la mesada 14 a pensionados sobre los cuales el fondo reconocedor había marcado la novedad: "no aplica mesada 14", que es objeto de análisis en el presente litigio.

Y, en relación con la instrucción de no pago de la mesada 14 correspondiente a junio de 2013, aclara que

"(...) la UGPP, efectuó dicha solicitud en el momento en que tuvo conocimiento que se venían efectuando pagos en las condiciones señaladas, circunstancia por la cual solicitó que se suspendieran tales pagos y así evitar quebrantar el acto legislativo. En todo caso, es importante reiterar que la instrucción dada en 2013 por la UGPP no justifica la actuación del CONSORCIO FOPEP 2007 relacionada con el desconocimiento frente a instrucción de no pago impartida por el Fideicomitente y/o por los Fondos Reconocedores."

1.3 Las excepciones que propuso la Convocada y su respuesta por la Convocante.

La convocante propuso las excepciones de (i) Ausencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo; (ii) Responsabilidad contractual del Fiduciario; (iii) Cumplimiento del deber de coherencia y actos propios; y (iv) Excepción genérica.

1.3.1 Excepción de ausencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo.

Con el fin de sustentar este medio defensivo, la convocada hace un recuento normativo, que incluye los artículos 1602 del C.C., 1234 del Co. de Co., y el numeral 8.5.1 de la Circular Básica Jurídica del Sistema Financiero, así como jurisprudencia sobre la fuerza vinculante del contrato para las partes que en él intervienen. Dentro de este contexto, se refiere al alcance de la obligación del Ministerio consagrada en la cláusula sexta del

CONTRATO No. 350 de 2007, y con fundamento en la cual, en su opinión, "los demandantes aducen que el Ministerio tenía la obligación de ordenar el gasto y autorizar los pagos de las pensiones, en especial de la Mesada 14 que es el centro del litigio". Todo ello para manifestar:

"(...) cuando los fondos marcaban la casilla negando el pago de la Mesada 14, después, la fiduciaria contradecía esta situación reconociendo el pago de la Mesada 14 según un mecanismo de validación desarrollado por el Fiduciario y, posteriormente, el Ministerio autorizaba el pago según los informes del CONSORCIO y la interventoría. Cabe aclarar que los informes presentados por el CONSORCIO no consignaban la información sobre el reconocimiento de la Mesada 14 para los pensionados, solo incluía la información de la nómina liquidada sin ningún detalle que resaltara la inobservancia de la instrucción impartida".

"(...) [E]l Ministerio no tenía la obligación de revisar los mecanismos de validación de la Mesada 14 realizados por el Fiduciario en razón a que había establecido unas instrucciones previas que este último claramente contradujo o desconoció o, en extremo, incumplió".

"En este sentido, no se puede considerar que el Ministerio debía revisar lo que la Fiduciaria tenía como instrucción y obligación. No tiene sentido que, dada una instrucción, la Entidad tuviese que nuevamente revisar lo hecho por el CONSORCIO para el manejo de la liquidación de pago de la Mesada 14, aun cuando ya había establecido el no reconocimiento a favor del pensionado tras la marcación "N". Máxime si se tiene en cuenta que con la información suministrada por el CONSORCIO como soporte del pago de la nómina, no se incluía con claridad (sic) los pensionados con modificación de la instrucción inicial de no reconocimiento".

"Como consecuencia de lo anterior, solicito de manera respetuosa al Tribunal declarar probada la excepción de ausencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo, bajo el entendido de que en su condición de fideicomitente, tanto el Ministerio, como los Fondos Reconocedores, impartieron instrucciones claras relacionadas con el no pago de la Mesada 14 a favor de unos pensionados y, no obstante ello, el CONSORCIO FOPEP 2007 desconoció tal orden haciendo una interpretación del Acto Legislativo en revisión, pretendiendo,

tras endilgar responsabilidad de seguimiento posterior, imputar tal transgresión a las instrucciones en un deber de vigilancia a cargo del contratante".

1.3.2 Excepción de responsabilidad contractual del Fiduciario.

Luego de una reflexión general sobre los elementos de la responsabilidad contractual y, nuevamente, de la fuerza vinculante que un contrato tiene para las partes, la convocada centra el desarrollo de este medio defensivo en la naturaleza de los encargos fiduciarios que, como el que se constituyó por el CONTRATO 350 de 2007, son de naturaleza pública y se someten al régimen de la ley 80 de 1993. También analiza el grado de responsabilidad predicable del administrador fiduciario, a partir de la consideración de que sus obligaciones eran de medio y no de resultado y de que "las sociedades fiduciarias se encuentran abarcadas en la responsabilidad profesional", todo lo cual impone analizar su nivel de diligencia y cuidado con el parámetro del "buen hombre de negocios".

Como resultado de estos desarrollos argumentales, concluye la convocada que:

"El CONSORCIO al ser un especialista en la administración de negocios ajenos debió utilizar diligentemente todos los medios necesarios para interpretar y aplicar de forma correcta el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del acto Legislativo 01 de 2005, y para verificar antes de realizar el pago de la Mesada 14 que aquellos pensionados cumplieran con los requisitos establecidos en las normas vigentes, siguiendo la instrucción que impartieron los Fondos Reconocedores".

Finalmente, en lo que concierne a esta excepción, la demandada solicita la declaración de incumplimiento probado de las obligaciones del CONSORCIO, por haber transgredido las instrucciones impartidas por el Ministerio y los Fondos Reconocedores.

1.3.3 Excepción de cumplimiento del deber de coherencia y actos propios.

Como sustento argumental de esta excepción, la convocada trae a colación el principio "*venire contra factum proprium non valet*", como expresión del principio de la buena fe y "mecanismo de protección de los intereses legítimos de las personas determinadas por el actuar de otra, sea pública o privada". A partir de jurisprudencia trae a colación, particularmente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, expresa los requisitos de aplicación de la teoría de los actos propios:

"(...) el primero, (i) es que exista una condición jurídicamente relevante y eficaz anterior; segundo (ii) que exista un acto o pretensión contradictoria; por último, (iii) que exista identidad de sujetos entre quien realiza el primer y segundo acto o pretensión contradictoria".

Luego del análisis teórico referido, la contestación de la demanda sintetiza los argumentos frente a los cuales dirige esta excepción, en los siguientes términos:

"(...) En el asunto en revisión, se pretende señalar que el Ministerio de Trabajo actúa contra actos propios al señalar que en el acta de liquidación del contrato anterior –contrato de encargo fiduciario 067 de 2004—nada se dijo sobre el reconocimiento y pago de la mesada 14 reconocida a favor de pensionados que no tenían derecho a ella".

Todo ello para indicar que en ese contexto no es posible concluir, como lo hace la demandante, que el Ministerio actuó contra actos propios, por no cumplirse el requisito de identidad de sujetos; en efecto, mientras el acta de liquidación del CONTRATO 067 de 2004 se suscribió entre el CONSORCIO FOPEP y el Ministerio de la Protección Social, el acta equivalente en el contexto del CONTRATO 350 de 2007 se suscribió entre el Ministerio del Trabajo y el CONSORCIO FOPEP 2007.

Finalmente, en lo que concierne a esta excepción, la convocada analiza la liquidación de los contratos a la luz del artículo 11 de la ley 1150 de 2007 y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para expresar que, "[e]n caso de incertidumbre acerca del grado de cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de alguna de las partes no se debe acceder a la liquidación del contrato hasta tanto no se tengan elementos de juicio (sic) suficientes que permitan definir con exactitud el balance real y definitivo de las labores ejecutadas".

2. Demanda de reconvención y la respuesta de la Convocante reconvénida.

El 22 de abril de 2016, la parte convocada radicó demanda de reconvención y sometió al conocimiento de este Tribunal de Arbitramento las siguientes pretensiones que se transcriben a continuación, previa aclaración de que el 9 de agosto de 2016 la convocante reconvénida respondió y propuso excepciones y medios de defensa que, a su vez, fueron objeto de pronunciamiento en escrito suscrito por la reconvéniente y radicado en la Secretaría del Tribunal de Arbitramento el 12 de septiembre de 2016.

2.1. Pretensiones.

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL .- Que se declare que el CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A., inobservaron las instrucciones impartidas por la NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO y/o por los fondos Reconocedores de Pensiones en desarrollo del contrato de encargo fiduciario 350 de 2007, y efectuando (sic) 3554 pagos por concepto de Mesada 14 a pensionados que no habrían causado dicho derecho por la suma de CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 42/100 (\$5.573.112.699,42) M/cte., dada la indebida interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 o por la causa que resulte probada en el proceso.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se declare que el CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A., incumplió el contrato de encargo fiduciario NO. 350 de 2007 por cuanto realizó 3554 pagos por la suma de CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 42/100 (\$5.573.112.699,42) M/Cte., por concepto de Mesada 14, contrariando la instrucción de no pago formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO y/o los fondos Reconocedores de Pensiones o por la causa que resulte probada en el proceso.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se declare que los pagos realizados por el CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA PARA EL DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A. en relación con el pago de 3554 Mesadas 14 adicionales a pensionados que no tenían derecho, como consecuencia

de la indebida interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes durante el periodo comprendido entre la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y el 31 de julio de 2011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior o igual a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que como consecuencia de lo anterior, se declare la responsabilidad contractual del CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A. respecto del reconocimiento y pago de la Mesada 14 a favor de 3554 pensionados que no tenían derecho a percibirla, por la causa que resulte probada en el proceso.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que como consecuencia de la prosperidad de la(s) anterior(es) pretensión(es), se ordene al CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A., realizar el pago de la suma de CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 42/100 (\$5.573.112.699,42) M/cte., o la suma que resulte probada en el proceso, a favor de LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRABAJO por concepto de la Mesada 14 reconocida por el CONSORCIO FOPEP 2007 y /o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.A FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A., por la causa que resulte probada en el proceso.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se condene al CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX S.A. a pagar a favor de la NACIÓN- MINISTERIO DEL TRABAJO, los intereses corrientes a la tasa

máxima legal permitida, causados sobre las sumas líquidas que resulten a su cargo, desde la fecha de pago de la Mesada 14 a favor de pensionados que no tenían derecho a su reconocimiento y pago hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se condene al CONSORCIO FOPEP 2007 y/o sus miembros: FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. FIDUCOLOMBIA S.A., FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. –FIDUCOLDEX S.A., a pagar a favor de LA NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO, la suma que resulte probada dentro del proceso, por concepto de la actualización (para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero) de las sumas que resulten a su cargo, desde la fecha de pago de la Mesada 14 a favor de pensionados que no tenían derecho a su reconocimiento y pago hasta la fecha de la providencia que ponga fin al proceso, conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo de Estadística – DANE.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL. - Que como consecuencia de lo anterior, y decidida la salvedad, se declare liquidado el contrato respecto de la salvedad incluida en la liquidación parcial del contrato de encargo fiduciario 350 de 2007 en relación con la ausencia de acuerdo sobre el ajusta final de cuentas frente al valor del pago de la Mesada 14 a favor de 3554 pensionados, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso."

2.2. Hechos de la Demanda de Reconvención y respuesta de la reconvendida.

La convocada reconviniente clasifica los fundamentos de hecho de sus pretensiones en (i) hechos relacionados con el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional; (ii) hechos relacionados con el contrato de encargo fiduciario 350 de 2007; (iii) hechos relacionados con la Mesada 14 y el Acto Legislativo 01 de 2005; (iv) hechos relacionados con la ejecución del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO 350 de 2007 de cara el reconocimiento y pago de la Mesada 14; y (v) hechos relacionados con la liquidación parcial del contrato de encargo fiduciario 350 de 2007.

- (i) En relación con el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL, la reconviniente trae a colación las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y del Decreto

1132 de 1994, que crearon el mencionado fondo y reglamentaron sus funciones, al tiempo que explica el objeto del mismo.

Frente a lo así expuesto, la reconvenida manifiesta atenerse al texto íntegro de las normas y del CONTRATO 350 de 2007, del cual son transcripciones los textos incluidos bajo este acápite.

- (ii) Bajo el acápite EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO 350 DE 2007, la reconviniente refiere cómo el Ministerio de Protección Social, contando con los recursos para reconocer el pago por administración del negocio fiduciario y en ejercicio de sus cometidos, mediante Resolución 3291 de 18 de septiembre de 2007, ordenó la apertura de la Licitación Pública MPS-9-2007 con el objeto de contratar al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional, conforme a la ley 100 de 1993, los Decretos 1132 y 2921 de 1994; 1136 y 1551 de 1997 y las normas que los complementara, adicionaran o modificaran. Posteriormente, continúa el escrito de reconvención, mediante Resolución 4332 de 2007 se ordenó la adjudicación de la licitación al CONSORCIO FOPEP 2007 y el 30 de noviembre del mismo año se suscribió el encargo fiduciario del cual se ocupa este Tribunal Arbitral.

Del texto del contrato de encargo fiduciario así suscrito, la reconviniente destaca su objeto, las obligaciones del CONSORCIO, contenidas en la cláusula séptima que transcribe, y respecto de la cual afirma "que contiene la totalidad de las obligaciones del contratista desagregadas de la siguiente manera: 1. Obligaciones Generales; 2. Obligaciones Financieras y de Inversión; 3. Obligaciones de Gestión, obligaciones Administrativas; 4. Obligaciones de Seguimiento e Informes; 5. Obligaciones de Sistemas; 6. Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato, el pliego de condiciones, sus adendas No. 1,2 y 3 y la propuesta presentada por el CONSORCIO el 24 de octubre de 2007". En esta línea, el escrito de reconvención transcribe de manera destacada los numerales 1.7 y 1.8. de la mencionada cláusula séptima contractual.

De los hechos así expuestos, la convocante reconvenida acepta como ciertos los que se refieren al proceso licitatorio, con la aclaración de "que el otrora Ministerio de la Protección Social hoy se identifica con la denominación Ministerio del Trabajo". Igualmente, acepta como ciertos los referentes a la fecha de suscripción del contrato y las transcripciones de las cláusulas primera y séptima, en el entendido de que se trata de transcripciones parciales.

(iii) Sobre la mesada 14 y el Acto Legislativo 01 de 2005, los hechos que se leen en la demanda de reconvención giran en torno al alcance del Acto Legislativo 01 de 2005 (vigente a partir del 25 de julio de 2005), en lo que concierne a las reglas de pago de la Mesada 14, como situación excepcional frente a la regla general de no pago de la misma; excepción que según manifiesta la reconviniente estaba condicionada a "**que la cuantía de la mesada pensional a la fecha de su causación, resultare igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la causación**". Y que, según se lee en el mismo escrito de reconvención, se justifica en la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional; afirmación que se apoya en una cita de la exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo mencionado.

A partir de las transcripciones normativas que se incluyen en este acápite de la demanda de reconvención se invocan el espíritu de la ley (en este caso del Constituyente) y el principio de razonabilidad, afirma el reconviniente que:

"se puede considerar que si al momento de la causación del derecho pensional la cuantía de la mesada superaba los tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), el pensionado no tenía derecho a recibir la mesada catorce. Pero si para la fecha de causación la mesada resultaba igual o inferior a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), podría recibir la mesada catorce. En consecuencia, es frente a la fecha de causación del derecho pensional que se debe establecer si el trabajador que adquirió su status pensional entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011, tiene derecho o no a percibir la mesada catorce".

Como fundamento de hecho de sus pretensiones, la reconviniente también trae a colación la determinación que adoptó la comisión intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, el 26 de febrero de 2014, en el sentido que para el reconocimiento de la mesada 14, deberían tenerse en cuenta el cumplimiento del "status pensional entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2011", y, únicamente el valor de la mesada a la fecha de causación". Todo ello con la aclaración de que "el pago de la mesada 14, será únicamente para quienes a la fecha de causación del derecho, tengan una mesada inferior o igual a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A lo anterior agrega la reconviniente que los Fondos Reconocedores y el Ministerio

del Trabajo, de acuerdo con las instrucciones impartidas históricamente al Administrador Fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, han mantenido esta tesis jurídica, a lo que añade que las disposiciones de dicho acto deben interpretarse de tal manera que se busque garantizar dicha sostenibilidad, por lo que permitir que año a año haya más pensiones que perciban la mesada catorce afecta la salvaguarda del principio de sostenibilidad del Sistema, que fue introducido justamente con la reforma constitucional que sustenta el debate que aquí se analiza.

Concluye la reconviniendo este acápite de su escrito, manifestando que “de acuerdo con la información reportada por el Ministerio del Trabajo en reuniones sostenidas, las acciones de tutela presentadas para buscar el reconocimiento de la mesada catorce en pensiones causadas entre el 25 de julio de 2005 y el 30 de julio de 2011 han sido declaradas improcedentes”.

La reconvenida responde a los hechos y transcripciones que formula el escrito de reconvención, aceptando la fecha en que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, aclarando que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 fue objeto de declaratoria de inconstitucional parcial por la Corte Constitucional, en sentencia C-409 de 1994 y manifestando que se atiene al texto íntegro de las mismas.

En relación con las transcripciones del Acto Legislativo 01 de 2005, la reconvenida hace énfasis en que respecto a la eliminación de la Mesada 14 se incluyó el párrafo 6 transitorio que establece una excepción al inciso 8º que se transcribe por la demandada reconviniendo. A partir de este párrafo analiza las reglas y apreciaciones que establece el acápite de los hechos de la reconvención objeto de análisis y manifiesta que las conclusiones de su contraparte son erradas por cuanto “como ya se ha reseñado el verbo utilizado en la excepción establecida en el Párrafo transitorio 6º. del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 no es el verbo causar, como falazmente lo afirma el demandante en reconvención, sino que se establece que la excepción es para aquellas personas que “(...) **perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)**”(Destacado fuera del texto original)”.

Respecto de las conclusiones de la comisión intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, de 26 de febrero de 2014 que invoca el escrito de reconvención, la convocante reconvenida

manifiesta no conocer su texto "... porque mis representadas desconocen el mismo y a pesar de ser citado en diferentes oportunidades por el Ministerio en este texto, no fue aportado como prueba ante el Tribunal". Manifestación similar hace esta parte, al referirse a las expresiones de la reconviniendo sobre las acciones de tutela que han sido declaradas improcedentes.

Finalmente, manifiesta que no es cierto que los Fondos Reconocedores y el Ministerio del Trabajo hubiesen tenido una posición como la que se describe en la demanda de reconvención y expresa que "en ejecución del CONTRATO nunca se presentó una instrucción al CONSORCIO relacionada con modificar la forma en que liquidaba la *Mesada 14*. La instrucción recibida del Ministerio en la ejecución contractual fue la de ejecutar el aplicativo que tenía establecida la funcionalidad de pago de la *mesada 14*".

- (iv) El acápite de los hechos de la demanda que la reconviniendo denomina EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO 350 DE 2007 DE CARA AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA MESADA 14, parte del rol del CONSORCIO FOPEP 2007 como sujeto a las instrucciones del Ministerio y de los Fondos Reconocedores. Del Ministerio, como titular, dentro del esquema contractual, de la "dirección del Fondo de Pensiones" y de la ordenación de pagos, y de los Fondos Reconocedores como titulares de la "función de determinar el derecho al pago de pensiones, su monto y sus condiciones...".

También se trae a colación que de acuerdo con los argumentos presentados por el CONSORCIO FOPEP 2007 en la ejecución contractual, aquél tiene una interpretación diferente [de la del Ministerio y de los Fondos Reconocedores] en relación con el reconocimiento y pago de la Mesada 14 para un grupo de personas que adquirieron la pensión entre el 25 de julio de 2005 y el 30 de julio de 2011 y que efectivamente reciben una pensión inferior o igual a tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), pero que en el momento de la liquidación personal devengaban una pensión superior a dicho monto. Respecto de esta manifestación, destaca el escrito de reconvención:

"Al respecto, debe destacarse que el Ministerio entregó al CONSORCIO FOPEP 2007 un sistema de información que ya tenía ajustada la funcionalidad de pago de la Mesada 14. Sin embargo, El (sic) Ministerio mediante comunicación No. 12310-1848-05 del 6 de septiembre de 2005 solicitó al CONSORCIO FOPEP (Administrador anterior del Fondo e integrado por las mismas sociedades

*fiduciarias aquí convocantes) establecer dentro del sistema un **mecanismo de control** para el pago de la Mesada 14, en el marco del artículo 1, parágrafo transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005, aunque como más adelante se verá, el ajuste se hizo en sentido contrario a lo solicitado, de acuerdo con el monto de la mesada. Es decir, el software entregado por el Ministerio ya tenía desarrollada la funcionalidad por Consorcio anterior. Y aunque en el marco de las obligaciones establecidas en el Contrato No. 350 de 2007, en especial el numeral 3.11 de la cláusula séptima, era obligación del consorcio informar al Ministerio sobre "(...) cualquier situación que afecte la ejecución del contrato, así como las anomalías o irregularidades detectadas en relación con los recaudos del Fondo y la ejecución de sus recursos, (...)", el Consorcio nunca informó de ningún problema derivado de la funcionalidad que le impidiera cumplir con la instrucción de no pago indicada por los Fondos Reconocedores".*

Resalta que "el Ministerio no tenía conocimiento de la interpretación dada por CONSORCIO a la aplicación de la Mesada 14, porque la discusión se presentó hasta el momento de la liquidación del contrato que la UGPP solicitó al CONSORCIO FOPEP" no liquidar la mesada 14 a aquellos pensionados que fueron marcados con "N" o a los pensionados a los que se refiriera la novedad M14FOPEP para efectos del no pago. A lo anterior se agrega en la reconvención que:

"El Software utilizado para el pago de la nómina pertenece al Ministerio y fue entregado para su operación al encargo fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, siendo obligación de éste implementar los controles respectivos y efectuar el mantenimiento adaptativo, correctivo o perfectivo. Razón por la cual fue en uso de esta facultad que el Ministerio le solicitó mediante la comunicación No. 1231-1848-05 del 6 de septiembre de 2005, al anterior CONSORCIO FOPEP establecer dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada. Resaltando que el nuevo Consorcio, esto es, CONSORCIO FOPEP 2007, estaba conformado por las mismas Fiduciarias que integraron el Consorcio anterior (FOPEP 2005), por consiguiente, el nuevo consorcio administrador conocía la funcionalidad y los cambios realizados pues él mismo los había desarrollado.

Sobre la parametrización que ordenó el Ministerio en 2005, trae a colación la demanda en cuanto se refiere al envío de una comunicación que ella remitió a los fondos reconocedores para que diligenciaran el nuevo campo y marcaran

con "N" los casos en que no debía pagarse la mesada 14. A partir de ahí, explica la reconviniante que los Fondos reconocedores marcaron los campos pertinentes con la letra N, sin embargo, "el CONSORCIO desconoció esa instrucción y realizó el pago". Resalta también que la nueva funcionalidad tenía que someterse al marco del inciso octavo y del párrafo transitorios sexto del Acto Legislativo 1 de 2005, "cuya intención fue la de eliminar de manera permanente la Mesada 14", al tiempo que se refiere al sentido que tuvo para el Ministerio la instrucción que impartió al administrador fiduciario en 2005, que en ningún momento fue la de establecer un "derecho de carácter oscilante", sino el de establecer un "mecanismo de revisión para el pago de la Mesada 14 dentro del proceso para la verificación del pago"; se expresa así la reconviniante:

"El Ministerio dio instrucciones en el año 2005 al anterior administrador fiduciario, en relación con la parametrización del sistema de información, en el sentido de implementar un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada, esto es, la adopción de medidas que permitieran no solo macar el NO pago de la Mesada 14 a quienes no tuvieran este derecho, sino que además al incluir la prestación se verificara que efectivamente no se tenía el derecho, de acuerdo con la instrucción de los Fondos Reconocedores. La parametrización era clara frente al monto de salarios mínimos al momento de causación de la pensión para reconocer o no la Mesada 14".

En la misma línea de que la funcionalidad de que se ocupa la reconvención era un mecanismo de control para el no pago de la mesada 14, reitera la reconviniante que la instrucción del Ministerio se profirió:

"en el entendido que la cuantía de la mesada se debía verificar para el momento de la causación, a afectos (sic) de establecer si ésta superaba los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes; de ser así, resultaba apenas lógico que si el Fondo Reconocedor había marcado para pago de la mesada adicional en el campo NO APLICA MESADA 14 de la estructura REGPOPEP y al momento del control se evidenciaba que la mesada superaba los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, se debía hacer el control para no pagarla".

En cuanto a las obligaciones del CONSORCIO convocante en relación con el CONTRATO 350 de 2007, afirma este acápite del escrito de reconvención que "el

hecho de continuar con el sistema entregado por el anterior administrador del Fondo de Pensiones Públicas no exime al Consorcio FOPEP” de su cumplimiento, como tampoco puede hacerlo la autorización de pago por el Ministerio, respecto de la instrucción del Fideicomitente y de los fondos reconocedores. En este punto la reconviniendo afirma que la autorización del pago, que se refería al pago de la nómina global, era previa al pago y que no era función de los Fondos Reconocedores “*Glosar*” el pago de la mesada 14, pues su intervención también era previa al pago.

La respuesta de la convocante reconvenida a los hechos que narra este acápite de la demanda de reconvención parte de la aceptación de la dirección del Fondo de Pensiones por el Ministerio del Trabajo, autoridad que también es el encargado del control del mismo; para ilustrar esta posición cita la cláusula sexta del contrato de encargo fiduciario y agrega que el Ministerio era el único facultado para impartir instrucciones en el contexto del mismo, pero que “nunca dio instrucción al CONSORCIO relacionada con modificar la forma en que se liquidaba la *Mesada 14*”, al tiempo que reitera que “la instrucción recibida del Ministerio en la ejecución contractual fue la de ejecutar el aplicativo que tenía preestablecida la funcionalidad e pago de la *mesada 14*”. Al mismo tiempo, niega que el contrato haya previsto “que los Fondos Reconocedores tengan una dirección o control sobre el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional”.

De otra parte, en cuanto a la ejecución contractual, la convocante reconvenida afirma que “el Ministerio autorizó todos y cada uno de los pagos que fueron imputados al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, incluidos todos los pagos de la *Mesada 14*”. Igualmente, niega que el CONSORCIO hubiera presentado en esta etapa de la relación jurídica emanada del encargo fiduciario, “presentado argumentos tendientes a sustentar una interpretación sobre el pago de la mesada 14, porque la discusión no se presentó entonces. De otra parte, además de atribuir el carácter de confesión a las manifestaciones que se hacen en el hecho 13 de la reconvención, llama la atención sobre la circunstancia de que la funcionalidad de pago de la Mesada 14 ya estaba configurada cuando el CONSORCIO FOPEP 2007 recibió los productos informáticos por parte del Ministerio y niega que el ajuste al pago de la Mesada 14” se hubiera hecho “en sentido contrario a lo solicitado” el 6 de septiembre de 2005, mediante la comunicación 12310-1848-05. No obstante, dada la fecha de la mencionada instrucción, recalca que la consecuente modificación la realizó el anterior

encargado fiduciario, por lo que cualquier juicio de responsabilidad o reclamación judicial a aquel Contratista no tiene lugar en estos momentos y constituye una relación contractual ajena al objeto del presente litigio.

En cuanto al incumplimiento de la obligación del CONSORCIO de informar sobre problemas derivados de la funcionalidad de la mesada 14 que impidieran su correcta aplicación. Reclama la convocante reconvenida una interpretación del clausulado contractual conforme a la buena fe, a lo que agrega que el CONSORCIO se comprometió con el cumplimiento normal de las cláusulas contractuales, entendiendo legítimamente que la funcionalidad de pago entregada por el Ministerio constituía un mecanismo avalado y confiable de pago de las mesadas pensionales y, censura el comportamiento contractual del Ministerio en los siguientes términos:

“Por su parte, el Ministerio en vez de adoptar una conducta de cooperación y coherencia en relación con el vínculo contractual, que estuviese acorde con el principio de la buena fe, decidió inesperadamente en la etapa de liquidación del CONTRATO, declarar que algunos de los pagos relacionados con la Mesada 14, se realizaron contrariando lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005”.

Igualmente, la convocante reconvenida manifiesta que no es cierto que el Ministerio desconociera la interpretación que se venía dando a la mesada 14 y agrega que el CONSORCIO se limitó a aplicar las funcionalidades existentes en el sistema entregado por el Ministerio y simplemente se limitó a aplicar las funcionalidades existentes en el sistema entregado por el Ministerio y, posteriormente, por medio de oficio DS-EXT-0276-05 del 30 de septiembre de 2005, del cual transcribe algunas frases, puso en conocimiento de los fondos reconocedores y el Ministerio las modificaciones realizadas al sistema. También niega que la UGPP le hubiese solicitado al CONSORCIO administrador del fondo de pensiones públicas, con anterioridad del 17 de mayo de 2013 (comunicación 2013990121511), abstenerse de liquidar la mesada 14; en el mismo sentido se pronuncia respecto de la afirmación de la reconviniente para poner de presente que el fondo reconocedor sí tenía clara la forma de liquidación de la mesada 14. En apoyo de esta última expresión trae a colación la comunicación 417701 que el Subdirector de Nómina de Pensionados de la UGPP dirigió a la Directora de Pensiones y Otras Prestaciones del Ministerio del Trabajo para ordenar el pago de la mesada 14 a los pensionados que en el mes de junio no se les liquidó.

De otra parte, afirma la convocante reconvenida que el CONSORCIO FOPEP 2007 nunca desconoció instrucción alguna del Ministerio o de los fondos reconocedores. En este sentido manifiesta que “[e]s cierto que el Software (sic) para el pago de la nómina pertenece al Ministerio y fue entregado para su operación al encargo fiduciario” y que ese órgano superior de la administración podía solicitar “modificaciones al sistema de validación de pagos”, pero que nunca hizo uso de esa facultad en relación con el CONSORCIO FOPEP 2007. Y aclara que, si bien en el punto 4.16 de los hechos de la reconvención se tiende a confundir el CONSORCIO FOPEP 2005 con el FOPEP 2007 se trata de “diferentes convenios de asociación, o sistemas de mediación que permitieron a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado”, lo que impide “referirse indistintamente a uno u otro para intentar encontrar responsable a alguno de ellos por conductas contractuales ejecutadas por otro”, y menos cuando la cláusula compromisoria en el presente proceso es la suscrita entre el Ministerio y el CONSORCIO FOPEP 2007. En el mismo orden de ideas, se lee en la respuesta de la convocante reconvenida:

“Es cierto que el CONSORCIO FOPEP 2007 está conformado por las mismas fiduciarias que integraron el Consorcio anterior (FOPEP2005), pero aquella situación no las hace responsables de las implicaciones que tuvo la aplicación de una funcionalidad de pago entregada y avalada por el Ministerio, ni la simple ejecución contractual de aquella funcionalidad hacen responsable (sic) a mis representadas de algún incumplimiento contractual, en la medida en que actuaron con la confianza legítima que implicaba ejecutar un sistema entregado por su contratante sin ninguna observación o salvedad”.

En cuanto corresponde a este acápite de la respuesta a la demanda de reconvención, se analizan las distintas etapas del proceso de pago en los siguientes términos:

*“Es cierto que el Ministerio autorizaba los pagos.
El proceso de pago de la nómina se efectuaba por el CONSORCIO de conformidad con el sistema de información y estructura REGFOPEP entregado por el Ministerio al inicio del CONTRATO.*

No es cierto que el proceso de validación de las novedades de nómina de pensionados no fuera una competencia del demandante en reconvención; en

cierto momento de la ejecución contractual cuando el CONTRATO no tenía Interventoría, fue el Ministerio mismo quien ejerció aquellas funciones y validó las novedades de nómina. Con posterioridad y una vez se contrató una Interventoría para el CONTRATO, el interventor realizó como representante del Ministerio las validaciones pertinentes, validaciones efectuadas utilizando unas funcionalidades de un sistema previamente entregado por el Ministerio.

Es preciso destacar que de conformidad con la cláusula sexta del CONTRATO el Ministerio como director del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional era el encargado de la dirección y control del fondo'.

Finalmente, cuando en este acápite de la reconvención obran transcripciones del Acto Legislativo 01 de 2005, de leyes y del clausulado contractual o de comunicaciones, la convocante reconvienida manifiesta atenerse a texto de las mismas.

- (v) Bajo el título LIQUIDACIÓN PARCIAL DEL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO 350 DE 2007, la convocada reconvieniente expone los hechos posteriores al vencimiento del plazo contractual el 30 de noviembre de 2012. Luego de prorrogar hasta el 29 de febrero de 2014 el término para intentar la liquidación de común acuerdo, el Ministerio, en ejercicio de sus facultades se revisión de la ejecución contractual, “advirtió que en relación con el pago de la Mesada 14 causada a favor de algunos pensionados, en el periodo comprendido entre 2008 y 2012, se había hecho inobservando las instrucciones de los fondos Reconocedores y en indebida interpretación del acto Legislativo 01 de 2005”. Se cita la solicitud del Ministerio al interventor, de un informe (comunicación 00049468 de 26 de marzo de 2013) sobre los casos de pago de mesada 14 fuera de las instrucciones de los fondos reconocedores, y la respuesta del Interventor “donde se limitó a plantear las razones por las cuales, en su criterio, los pagos así realizados se ajustaban a los parámetros del referido acto legislativo”; respuesta a la que posteriormente (29 de mayo de 2014) el mismo Interventor aclaró “informando los casos en lo que se realizó el pago de la Mesada 14 a pensionados sobre los cuales el Fondo Reconocedor había marcado la novedad: “no aplica mesada 14”. Adicionalmente, expresa:

“De acuerdo con el informe del Interventor con radicado de correspondencia externa recibida No 91323 del 30 de mayo de 2014, el cual se adjunta como

prueba, el CONSORCIO FOPEP 2007 realizó el pago de 4601 Mesada 14 a favor de pensionados que habían sido marcados con "N" por los Fondos Reconocedores".

Igualmente, la reconviniendo manifiesta que las partes "acordaron incluir en el acta de liquidación todas las menciones en relación con la posición de cada una de ellas frente al reconocimiento y pago de la mesada 14", con la correspondiente constancia de desacuerdo, a lo que agrega que, en relación con las salvedades del CONSORCIO FOPEP 2007, el Ministerio de Trabajo se pronunció en comunicación 42398 de 11 de marzo de 2015, para concluir que "[c]omo se ve, las partes no tenían certeza frente a la causa originadora del pago de la Mesada 14 por fuera de las instrucciones del Fondo reconocedor....".

Por su parte, la convocante reconviniendo acepta como ciertos los hechos que se refieren al plazo contractual, a la prórroga del término de liquidación de mutuo acuerdo en encargo fiduciario, al acuerdo de las partes en el CONTRATO 350 de 2007 de incluir sus desacuerdos respecto de la mesada 14 en el acta de liquidación. Manifiesta atenerse al texto íntegro del acta de liquidación, cuando la reconviniendo incluye apartes de la misma y niega lo expuesto sobre a la solicitud que remitió el Ministerio al interventor para que informase sobre el pago de la mesada 14.

En este último tema, aclara la convocante reconviniendo que la comunicación 00049468 tiene fecha de 26 de marzo de 2014 y no de 26 de marzo de 2012, como se lee en la reconvención y que no es cierta la afirmación sobre la falta de respuesta del Interventor, en sustento de lo cual hace una cita literal de la comunicación 44002-06-3169-14 del 19 de mayo de 2014.

2.3. Las excepciones que propuso la Convocante reconviniendo y su respuesta por la Convocada reconviniendo.

En el escrito de respuesta a la demanda de reconvención se formulan, bajo el título "ARGUMENTOS DE DEFENSA Y EXCEPCIONES", los siguientes: (i) CUMPLIMIENTO POR EL CONSORCIO FOPEP Y SUS MIEMBROS DE LAS INSTRUCCIONES RECIBIDAS; (ii) CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL CONSORCIO FOPEP Y SUS MIEMBROS/UTILIZACIÓN DE BUENA FE DE LA FUNCIONALIDAD DE PAGO RECIBIDA DEL MINISTERIO EN EJECUCIÓN DEL CONTRATO/APROBACIÓN DE PAGOS POR PARTE

DE LOS FONDOS RECONOCEDORES Y EL INTERVENTOR; (iii) INEPTITUD DE LA PRETENSIÓN; (iv) INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL; (v) INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO.

2.3.1. Cumplimiento por el Consorcio FOPEP y sus miembros de las instrucciones recibidas.

Los argumentos que expone la convocante reconvenida bajo este título centran el ataque contra la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL del escrito de reconvención.

La argumentación se orienta a demostrar cómo no ocurrió ninguna inobservancia respecto de las instrucciones de la NACIÓN-MINISTERIO DEL TRABAJO y que, por el contrario, se "realizaron los pagos de la *mesada 14* de conformidad con el sistema de información y estructura "REGFOPEP", de manera acorde con el "objetivo proteccionista, tutelar y equitativo que motivó la inclusión del parágrafo transitorio 6º en el Acto Legislativo 01 de 2005". Criterio que refuerza con la alusión a la sentencia C-409 de 1994 y la cita de jurisprudencia del Consejo de Estado que justifica los planteamientos de que las diferencias entre los verbos "causar" y "pagar" que se emplean en el Acto Legislativo 01 de 2005 tiene una justificación clara que culmina en la siguiente conclusión:

*"De manera que, atendiendo a la literalidad de la norma, la reforma constitucional quiso distinguir claramente entre el momento de causación y percepción, determinando como requisito para el reconocimiento de la mesada 14 que la misma se **cause** antes del 31 de julio de 2.011 y que al momento de su **percepción** el monto de la pensión sea igual o superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

Adicionalmente, trae a colación la circunstancia de que el Ministerio sólo expresó una interpretación diferente a que defiende la convocante reconvenida durante la etapa de liquidación.

Al descorrer el traslado de las excepciones propuestas contra la reconvención, la CONVOCADA RECONVINIENTE, aparte de manifestar que se están reiterando los argumentos incluidos en la demanda de reconvención, niega que correspondiera al CONSORCIO hacer la interpretación del Acto Legislativo y que hacerla suponía un incumplimiento de las precisas instrucciones de los fondos reconocedores y del

fideicomitente.

2.3.2. Cumplimiento del contrato por el Consorcio FOPEP y sus miembros/utilización de buena fe de la funcionalidad de pago recibida del Ministerio en ejecución del contrato/aprobación de pagos por parte de los fondos reconocedores y el interventor.

La argumentación que se expone bajo este título se orienta a atacar la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL que endilga a la convocante el incumplimiento del encargo fiduciario 350 de 2007, por haber pagado la mesada 14 de manera contraria a la instrucción de no pago que habían formulado la Nación Ministerio de Trabajo o los fondos reconocedores, "o por la causa que resulte probada en el proceso".

Al respecto afirma la convocante reconvenida que todos los pagos de mesada 14 se hicieron conforme a "las instrucciones y funcionalidad de pago de la *mesada 14* recibidas al inicio del CONTRATO", sin variación alguna y sin que se hubiese presentado solicitud alguna de modificación o ajuste. Igualmente, expresa una serie de argumentos para mostrar cómo los pagos que se hicieron en relación con la mesada 14 obedecen a una normativa que parte del inciso 5º del artículo 48 de la C.P. (relativo al mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones), al principio de favorabilidad que debe primar, en términos del artículo 53 C.P., en la aplicación e interpretación que conciernen a los empleados y se expresa en el artículo 21 del C.S.T., todo ello para concluir:

"A la luz de lo anterior es claro que en caso de admitir que existan diversas interpretaciones plausibles que se desprendan de lo establecido en los parágrafos 8 y 6 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, debe elegirse por el operador jurídico la interpretación más favorable al trabajador, siendo en dicho caso aquella que determina la posibilidad de percibir la mesada 14 a aquellos pensionados que en principio no fueron cobijados en razón del monto de su pensión al momento de su causación, pero que por las diferencias entre la variación de los índices de precios al consumidor, aplicable según lo determinado por la Ley 100 de 1.993 con tasa de ajuste de las pensiones, y el incremento del salario mínimo legal, terminan con el tiempo estando dentro del ámbito de reconocimiento de la mesada 14".

Frente a esta argumentación, la reconviniendo manifiesta que “el CONSORCIO era un profesional que debía acatar las instrucciones, sin esperar nuevas validaciones adicionales a la misma orden que había sido impartida frente al no pago de mesada pensional”, a lo que agrega que “[i]nterpretar que la actualización de la mesada es una medida de equidad refiere a un análisis que no le correspondía al CONSORCIO porque era el fideicomitente y los Fondos reconocedores a quienes correspondía hacer el análisis como titulares de los recursos”.

2.3.3. Ineptitud de la Pretensión.

Se refiere a la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, cuyo texto encuentra ininteligible. Frente a esta manifestación, la convocada reconviniendo manifiesta:

“Si bien puede resultar confusa la redacción de la pretensión, es claro que la pretensión principal y la primera pretensión subsidiaria enmarcan el objetivo del Ministerio que refiere a que se declare la responsabilidad del CONSORCIO y sus miembros frente al seguimiento de las instrucciones en el marco de un contrato fiduciario”.

2.3.4. Inexistencia de responsabilidad contractual.

Bajo este acápite, la convocante reconvenida ataca la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, con el argumento de que resulta absurdo “de acuerdo con los postulados básicos de la responsabilidad contractual buscar encontrar responsable a un contratante que ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones”. A estas afirmaciones responde la reconviniendo en los siguientes términos:

“Afirmar que el CONSORCIO cumplió las obligaciones pactadas es desconocer que tras la inobservancia de la marcación “N” –no pago– el Fondo de Pensiones terminó reconociendo \$5.573.112.699,42, a favor de pensionados, que en criterio, y posterior instrucción de los Fondos Reconocedores –quienes ostentan la competencia para reconocer o no un derecho pensional–, no tenían derecho a percibir Mesada 14”.

2.3.5. Inexistencia de daño antijurídico.

Se refiere a la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL; CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL; PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL; y QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, en la medida en que dependen de la prosperidad de las pretensiones anteriores que deben ser negadas.

SEGUNDA PARTE. - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Al aplicar una vez más el control de legalidad que debe observarse (Código General del Proceso, CGP, artículo 42, cardinal 12) el tribunal concluye que no existe motivo o causa que pudiera determinar la nulidad total o parcial de este arbitraje y retrotraer su trámite. En consecuencia, habrá de dictarse el laudo arbitral que pondrá fin a esta actuación.

I. LAS PARTES DEL ARBITRAJE.

1. La Convocante. - La parte convocante la componen las sociedades (i) FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S. A., (ii) FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S. A. - FIDUAGRARIA S. A., (iii) FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y (iv) FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR. A. – FIDUCOLDEX, las que, según Acuerdo Consorcial de ellas mismas, del 10 de octubre de 2007, se constituyeron como el **CONSORCIO FOPEP 2007** para los fines exclusivos del Contrato 350 de 2007 suscrito con el MINISTERIO DEL TRABAJO.

2. La Convocada y Demandante en Reconvención. - Es LA NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO.

II. EL CONTRATO QUE EXISTIÓ ENTRE LAS PARTES.

El contrato que existió entre las partes, y en el que se origina esta controversia, es el **CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 del 30 de noviembre de 2007** suscrito en Bogotá D. C.

El tribunal destaca las siguientes características de este contrato, relevantes para la resolución de esta controversia:

1ª Es un contrato estatal a términos de lo que disponen los artículos 1º, 2º y 32 de la

Ley 80 de 1993, dada la naturaleza de la parte contratante, de los cometidos estatales que forman parte de la finalidad del contrato, así como por la naturaleza de los recursos (todos estatales), asunto bien claro en el derecho colombiano, y tanto por mandato de las normas que regulan los negocios subyacentes, como por el clausulado expresamente acordado, se trata de un contrato típico de encargo fiduciario de administración y pago cuya preceptiva obra en los códigos civil y de comercio, así como en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, esto último porque el objeto de todas las sociedades que integran la parte convocante está sometido a la inspección y vigilancia del estado colombiano (Superintendencia Financiera).

Conviene tener en cuenta lo que determina el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que bajo el rótulo **"Normas aplicables a los encargos fiduciarios"** (Artículo 146) ordena: *"En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas previstas en el presente estatuto"*.

2ª El régimen jurídico aplicable al contrato de ENCARGO FIDUCIARIO ya precisado es el régimen del derecho privado, sin perjuicio de lo que corresponde estrictamente al derecho público implicado, o a potestades que se reservó el ente estatal contratante, el MINISTERIO DEL TRABAJO, en concreto, las "FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL MINISTERIO" consignadas en la cláusula DÉCIMA OCTAVA del contrato (Interpretación Unilateral y Modificación Unilateral) y la que obra en la cláusula DÉCIMA SEXTA (Caducidad).

3ª La justificación del contrato y su función económica están bien expuestas en las Consideraciones del mismo (Parte introductoria, Nos. 1 a 12), en síntesis, ser un instrumento de administración y pago de los recursos del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE NIVEL NACIONAL que fue creado por la Ley 100 de 1993 como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y que debe manejarse, según los términos de la ley, mediante ENCARGO FIDUCIARIO.

4ª Los recursos objeto de la gestión fiduciaria del CONSORCIO FOPEP 2007 (Parte convocante) son de naturaleza pública o estatal, asunto sobre el que no deja duda alguna lo previsto en las CLÁSULAS CUARTA ("**Recursos del Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional**") y VIGÉSIMA OCTAVA, esta última relativa a la

"Apropiación Presupuestal".

5ª Si bien no se trata de un contrato de FIDUCIA MERCANTIL puesto que no se constituye un **patrimonio autónomo** (Código de Comercio, artículo 1233), en el contrato de ENCARGO FIDUCIARIO (Circular Básica Jurídica 07 de 1996) es necesario **observar su finalidad** y tenerla presente como elemento rector de su ejecución, en concreto, del cumplimiento de los deberes del FIDUCIARIO que en muy poco, o nada, se atemperan respecto de los que tiene cuando actúa como vocero de un patrimonio autónomo (FIDUCIA MERCANTIL).

En este orden de ideas, lo que tenía que hacer el CONSORCIO FOPEP 2007 al amparo del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO No. 350 del 30 de noviembre de 2007, era administrar *"los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional en los términos establecidos en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1132 y 2921 de 1994, 1136 y 1151 de 1997 y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan"* (Cláusula PRIMERA del contrato).

III. LA CONTROVERSIA Y UNA PRIMERA CONCLUSIÓN.

La controversia patrimonial de las partes se contrae a la manera como el CONSORCIO FIDUCIARIO atendió el pago de la denominada en este debate MESADA 14 por efectos de lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

La plataforma normativa de la controversia puede resumirse así: Con cargo al Fondo de Pensiones Públicas se pagan doce (12) mensualidades (mesadas) anuales y una décima tercera (Mesada 13) en diciembre. Adicionalmente, algunos pensionados tienen derecho a otra mesada en el mes de junio (que, en este debate se llamó la **Mesada 14**), todo esto con fundamento en la ley, naturalmente (Artículo 142 de la Ley 100 de 1993).

En lo que importa a esta controversia y a su definición, la Mesada 14 se sometió a una restricción habida cuenta de que, según informan los antecedentes y justificaciones de esa reforma, esa restricción formaba parte del plan de hacer viable y sostenible el sistema de pensiones, propósito constitucional que se consignó en las previsiones del inciso octavo y del párrafo transitorio 6 que el atrás referido Acto Legislativo añadió al artículo 48 de la Constitución Política. Según ellos,

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiere efectuado el reconocimiento"

(...)

Parágrafo transitorio 6. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Parte muy importante de las obligaciones de la convocante (FIDUCIARIO) era *"recibir y administrar los recursos correspondientes y **efectuar el pago** de pensiones de vejez o jubilación, invalidez, de sustitución o sobrevivientes que se encuentren a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y de las demás cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, sustituida por Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional"* (Cláusula SEPTIMA del contrato, **"Obligaciones del Consorcio"**. Destaca el tribunal).

La controversia se contrae en forma exclusiva al pago, dentro de la vigencia del contrato, de la Mesada 14, debate en el que las partes tienen tesis enfrentadas.

(i) EL CONSORCIO FIDUCIARIO, concluye así su alegato de conclusión: *"Consortio FOPEP 2007 actuó de conformidad con los preceptos permitidos bajo el Acto Legislativo 01 de 2005 y... la conducta desplegada por el Ministerio a lo largo de la ejecución contractual le hizo confiar legítimamente en que su conducta se ajustaba a las obligaciones contractuales y legales que le eran exigibles. La conducta del CONSORCIO se ajustó a los cánones contractuales, legales y constitucionales, en particular al principio de buena fe, lo que da cuenta del cabal cumplimiento del contrato"*.

Lo anterior, en términos procesales, está vertido en la **Pretensión Primera Principal** de su demanda, encaminada a que este tribunal *"declare que los pagos realizados por el Consorcio en relación con la mesada 14 se efectuaron de conformidad con las instrucciones y procedimientos entregados por el Ministerio al Consorcio, para aquellos pensionados cuya pensión se causó con un valor superior a tres (3) salarios mínimos legales vigentes durante el período comprendido entre la entrada en vigencia del Acto*

Legislativo 01 de 2.005 y el 31 de julio de 2.011, pero cuya mesada pensional al momento de su pago fue inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Página 2 de la demanda reformada).

(ii) El MINISTERIO DEL TRABAJO, en cuanto parte demanda y parte demandante en reconvencción, afirma haber cumplido con sus deberes contractuales (Excepciones 1 y 3¹) y le imputa responsabilidad al CONSORCIO FIDUCIARIO por haber inobservado, respecto de la Mesada 14, *“las instrucciones impartidas por la NACIÓN -MINISTERIO DEL TRABAJO y/o por los Fondos Reconocedores de Pensiones en desarrollo del contrato de encargo fiduciario 350 de 2007, y efectuado 3554 pagos por concepto de Mesada 14 a pensionados que no habrían causado dicho derecho, por la suma de CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON 42/100 (\$ 5.573.112.699,42)... dada la indebida interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 o por la causa que resulte probada en el proceso”* (Primera Pretensión Principal de la Reconvencción). Las Pretensiones Subsidiarias de esta Primera Principal reiteran la misma declaración de condena, bien por el **incumplimiento del contrato** (Primera Subsidiaria) o por pago **indebido** de las pensiones constitutivas de la Mesada 14 en discusión (Segunda Subsidiaria). El alegato de conclusión del MINISTERIO DEL TRABAJO desarrolla la anterior línea argumentativa en la parte final, tal y como puede verse en sus páginas 53 a 64.

Conclusión. - Lo que acaba de sentarse, a voces de las mismas partes, lleva al tribunal a una primera conclusión que estará presente en el resto de sus consideraciones como es que el debate trabado por ellas recae en una de las más importantes obligaciones del FIDUCIARIO según la finalidad, recursos y destinatarios de las gestiones que se le encomendaron a la convocante al amparo del Contrato 350 de 2007, como es **la operación o gestión de pago** (Cláusula SÉPTIMA), una incuestionable **obligación de resultado** porque no le estaba permitido al FIDUCIARIO hacer su mejor esfuerzo simplemente sino que debía **pagar bien**, y ya quedará precisado lo que significaba **pagar bien la Mesada 14** bajo la preceptiva del CONTRATO de ENCARGO FIDUCIARIO que soporta este arbitraje, y a la luz del derecho aplicable.

¹ Las excepciones referidas están rotuladas así: 1 “Ausencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo” (Páginas 16 a 21); 3 “Cumplimiento del deber de coherencia y actos propios” (Páginas 29 a 34).

IV. LA CONFORMACIÓN Y LOS ALCANCES DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.

En esta controversia arbitral está cuestionado el buen *performance* del operador fiduciario, esto es, el cumplimiento de las cuatro SOCIEDADES FIDUCIARIAS, y no es de recibo pensar que por tratarse de un ENCARGO FIDUCIARIO y no de una FIDUCIA MERCANTIL, el profesionalismo, la prudencia y la diligencia del operador fiduciario pudieran considerarse con algún grado de benevolencia. Ello no es así y, en este orden de ideas, el tribunal estima necesario sentar unas pocas precisiones sobre el alcance de los deberes del FIDUCIARIO, en concreto, del operador fiduciario de este preciso CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO.

1. En primer lugar, lo público o estatal implicado en el caso.

Si bien no existe un instructivo específico de la Superintendencia Financiera exclusivo de lo que sería el ENCARGO FIDUCIARIO PÚBLICO, existen suficientes elementos para tipificar el instituto y, en este orden de ideas, desde la versión original de la "**Circular Básica Jurídica para el Sector Financiero**" (Circular 007 de 1996), con motivo de la configuración o tipificación de lo que se llamaría en lo sucesivo FIDUCIA PÚBLICA, también se mencionó o se incluyó el ENCARGO FIDUCIARIO para, entre varias prevenciones, advertir "*que no resulta viable, desde el punto de vista jurídico, celebrar contratos de fiducia pública y **encargos fiduciarios** que conduzcan a un desconocimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993*" (Título V, Capítulo Primero, "Operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias").

El tribunal considera que este es un tema suficientemente decantado en el derecho comercial y financiero colombiano, de tal manera que puede afirmarse que el caso que ocupa su atención se imbrica en un contrato estatal del tipo encargo fiduciario que por fuerza de la naturaleza de la parte contratante, de los recursos objeto del encargo y de la normativa aplicable, debe ser apreciado bajo los postulados del **contrato estatal** para los efectos de determinar el alcance de las obligaciones del FIDUCIARIO que, en el caso presente, no están encaminadas a una gestión de buenos oficios², o del mejor

² La doctrina del derecho mercantil colombiano tiene bien establecido que en el contrato de fiducia mercantil y en el de encargo fiduciario conviven obligaciones de medio y de resultado y que no es procedente la cómoda reducción que hacen algunos formularios de contratos al consignar que todas las obligaciones del fiduciario son de medio. Por todos, pueden verse las reflexiones de **Sergio Rodríguez** en sus textos (i) "La responsabilidad del Fiduciario", Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1997 y (ii) "Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina", Legis, Bogotá, 2017, segunda edición, página 278 a 285 ("7.2.3 Obligaciones de medio y de resultado"). Del primer texto se transcribe: "... *son muchos los negocios que, en la práctica, en especial en la denominada **fiducia de***

esfuerzo, respecto de intereses privados, sino que están predispuestas para el cumplimiento de importantes y sensibles **cometidos estatales** bien precisados o referidos en el preámbulo (Consideraciones) del CONTRATO 350 de 30 de noviembre de 2007, que existió entre las partes.

No es necesario que el tribunal transcriba o recuerde que la función básica de este ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN era instrumentar los pagos que tiene a su cargo *"el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS del nivel nacional creado por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social... que debe administrarse mediante encargo fiduciario"*, según lo que reza la Consideración No. 1 del CONTRATO 350 de 2007.

De lo anterior -y de las demás Consideraciones del Contrato- quedan en evidencia los **cometidos estatales** (seguridad social) implicados en la finalidad del contrato, así como el hecho insoslayable de que el operador fiduciario estaba gestionando recursos estatales, asuntos que de acuerdo con lo que imponen elementales normas de hermenéutica deben presidir la valoración de la conducta contractual del FIDUCIARIO.

2. La obligación básica del FIDUCIARIO: Pagar bien.

No debe perderse de vista que la controversia, a términos de las recíprocas Pretensiones de las partes, se contrae a la calificación de **la gestión de pago de la Mesada 14** en unos precisos casos determinados por el MINISTERIO DEL TRABAJO (Demanda de Reconvención), por lo que no será necesario que el tribunal estudie y agote la totalidad de las obligaciones de las partes (en las que existen obligaciones de medio y de resultado); será suficiente concentrarse en la **gestión de pago de la Mesada 14** a cargo del FIDUCIARIO, esto es, en el análisis de la manera como el CONSORCIO FOPEP 2007 atendió su obligación de satisfacer los derechos de un sensible grupo de terceros, beneficiarios de esos pagos (una determinada comunidad de pensionados), en ejecución de una gestión profesional y onerosa asumida al amparo del CONTRATO No. 350 de 2007 que, de acuerdo con lo que se ha consignado y concluido, es un **CONTRATO ESTATAL DE ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y**

*administración, se traducen en claras obligaciones de resultado a cargo de los fiduciarios. **Pagarle a un tercero periódicamente con los dineros recibidos del constituyente** o contra la presentación de un acta de obra aprobada por un interventor, firmar una escritura de compraventa de un inmueble transferido, cuando se cumpla una condición, **son todas obligaciones de resultado**"*(Página 81, en concordancia con lo afirmado en página 42. Se destaca).

PAGO.

Como consecuencia de lo que acaba de sentarse es necesario precisar en qué consistía la gestión de pago y atentos a las características del instituto (**El Pago**) que puede ser visto como medio de extinguir las obligaciones (Código Civil, artículos 1625 a 1686) o como negocio jurídico separable, en ocasiones autónomo (Código de Comercio, artículos 873 a 886, especialmente el artículo 878), establecer en qué consistía **pagar bien** y si es cierto que así procedió el CONSORCIO FOPEP 2007, lo que es resistido o negado por el MINISTERIO DEL TRABAJO.

V. LA PRECEPTIVA DEL PAGO EN EL CONTRATO 350 DE 2007.

El tribunal observa que si bien **el pago de las pensiones**, entre ellas la **Mesada 14**, no era la única obligación del operador fiduciario sí era la más importante y puede afirmarse, sin la menor duda, que todo en el contrato estaba predispuesto para que ello ocurriera y para que los pagos se hicieran en debida forma, esto es, con apego estricto tanto a lo legal como a las demás obligaciones y cargas que asumió contractualmente el CONSORCIO FOPEP 2007 (nombre de fantasía o emblema para las cuatro fiduciarias contratantes).

Al recorrer el elenco de obligaciones del FIDUCIARIO se verifica que el contrato las agrupa en cinco categorías minuciosamente desglosadas en el texto contractual, así:

"1 Obligaciones Generales", entre las que se destacan "Garantizar... la continuidad de la operación integral del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional...", "Implementar mecanismos de control..." (ver Nos. 1.8 y 1.10), "Responder al Ministerio por la restitución de los recursos que sean pagados o girados indebidamente, como consecuencia de errores o incumplimiento en las obligaciones del CONSORCIO" (1.7).

"2 Obligaciones Financieras y de Inversión".

"3 Obligaciones de Gestión: Obligaciones Administrativas", a la cabeza de todas ellas efectuar los pagos de las pensiones con apego riguroso a la ley (3.1) e "Informar de cualquier situación que afecte la ejecución del contrato, así como las anomalías o irregularidades detectadas en relación con los recaudos del Fondo y la ejecución de sus recursos a las Direcciones Generales de Seguridad Económica y Pensiones y de Financiamiento del Ministerio, máximo dentro de los dos (2) días

siguientes a la fecha en que el administrador fiduciario tenga conocimiento del hecho” (No. 3.11).

“4 Obligaciones de seguimiento e Informes”.

“5 Obligaciones de Sistemas”. Este capítulo del contrato se desglosa en treinta y dos (32) obligaciones, a la cabeza de ellas *“Disponer para uso exclusivo del Fondo, la infraestructura tecnológica que garantice la adecuada, eficiente, segura y oportuna operación de los procesos informáticos, administrativos, técnicos y financieros...” (No. 5.1).*

Respecto de este grupo de obligaciones debe traerse a colación lo que dispone el CONTRATO 350 de 2007 en su CLAÚSULA DÉCIMA (**“Naturaleza de las Obligaciones para el Encargo Fiduciario”**): **“Las obligaciones que adquiere EL CONSORCIO en virtud de este contrato, con excepción del desarrollo del sistema de información, son de medio y no de resultado. El CONSORCIO responderá hasta la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”.**

El tribunal no se hace cargo de la crítica que merece esta estipulación³ y para lo que interesa en este debate se destaca que la construcción, desarrollo, actualización, eficiencia, seguridad y suficiencia de la plataforma tecnológica por la que corría la gestión de administración y pago de las pensiones confiadas al CONSORCIO FOPEP 2007 implicaba una obligación de resultado, esto último de acuerdo con que tiene bien establecido el Derecho de las Obligaciones.

Una atenta observación de este detallado elenco de obligaciones (CLÁUSULA SÉPTIMA) a cargo del operador de este CONTRATO ESTATAL DE ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGO permite concluir que todo estaba predispuesto para que **el acto ejecutivo de su finalidad, esto es, el pago,** fuera viable, cierto, oportuno y

³ No es cierto que las demás obligaciones de este Contrato sean todas de medio (*“hacer el mejor esfuerzo”*; *“tratar de lograr los objetivos”*) puesto que múltiples obligaciones enlistadas en la CLÁUSULA SÉPTIMA (**“Obligaciones del Consorcio”**) son de resultado. Una revisión panorámica de esta Cláusula revela el extraordinario cúmulo de obligaciones de resultado allí previstas, pese a lo que consignaron las partes en la CLÁUSULA DÉCIMA. Son ejemplos prototípicos de obligaciones de resultado en el Contrato de Fiducia, bien sea Mercantil o mero Encargo, hacer unos determinados pagos con una determinada periodicidad; hacer los pagos bajo determinadas condiciones o modalidades; presentar informes periódicos; que *“se pague al contratista contra la presentación de un acta de obra, debidamente autorizada por el interventor”*. El autor ya citado en páginas anteriores concluye, al respecto. *“Pero son numerosas las hipótesis en las cuales, obligaciones independientes y principales, derivadas de los negocios fiduciarios, son típicamente de resultado. Tal ocurre en numerosos ejemplos de la que hemos denominado fiducia de administración en la cual una entidad pública o privada transfiere unos fondos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición, proceda a hacer un pago”*. Sergio Rodríguez, *“Negocios Fiduciarios”* obra ya citada, p. 284.

que, como resultado de ello, los recursos estatales implicados en esas operaciones tuvieran el preciso destino que les correspondía, esto es, servir unos determinados y sensibles cometidos estatales.

Debe también destacarse que el pago de las pensiones estaba precedido de una serie de gestiones concatenadas y secuenciales en las que intervenían diferentes actores pero el único con poder o facultades para originar instrucciones con fuerza vinculante para el operador fiduciario era la parte convocante, FIDEICOMITENTE y BENEFICIARIA del CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO, tal y como en forma palmaria lo consigna el PARÁGRAFO CUARTO de la CLÁUSULA CUARTA DEL CONTRATO (*"Para efectos del presente contrato EL MINISTERIO ejercerá los derechos que la ley concede a los fideicomitentes y beneficiarios"*). Todo esto, naturalmente, sin perjuicio de las instrucciones que debían dar los Fondos Reconocedores depositarios de la información básica y crítica de los pensionados (una de ellas la fecha de **causación** de la pensión), así como del acaecimiento de eventuales novedades que debían ser incorporadas al sistema.

Los testigos convocados por las partes explicaron en audiencias públicas diversos momentos del *iter* de estos pagos, con especial detenimiento en lo relacionado con la Mesada 14, naturalmente poniendo sus respectivos énfasis en lo que mejor conocían según su experiencia o vinculación con los operadores o intervinientes en el sistema, ya se tratara de funcionarios del CONSORCIO, del MINISTERIO, de la INTERVENTORIA (o AUDITORÍA, según el declarante⁴), o de los FONDOS RECONOCEDORES.

De lo expuesto y consignado en la memoria de esas declaraciones (actas y transcripciones) el tribunal considera que se extracta esta relación del funcionamiento del sistema en lo que resulta relevante para el entendimiento de la controversia y la valoración de las conductas de las partes.

1ª Está fuera de toda duda que una de las finalidades determinantes del Acto Legislativo 01 de 2005 era **preservar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones**, asunto bien claro en sus antecedentes y debates, en la Consideraciones del CONTRATO

⁴ Véase la declaración de **José Ricardo Díaz Quiroga**, funcionario de BDO AUDIT S. A., página 18 de la transcripción (Folio... Cuaderno de pruebas No...), en donde afirma: **"... repito, nosotros no somos interventores, somos auditores, y así se llama el contrato que ejecutamos en ese momento"** (Se destaca). Obsérvese que el Contrato 350 de 2007 prevé de manera expresa en su CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA la **Interventoría** del contrato, no la **Auditoría**.

350 de 2007 y en varias declaraciones del plenario⁵.

2ª El Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional, como ya se consignó en otras partes de estas consideraciones, "fue creado por el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social... **que debe administrarse mediante encargo fiduciario**" (Consideración No. 1 del Contrato 350 de 2007. Se destaca). Este Fondo tiene como objeto sustituir a la Caja Nacional de Previsión Social, a otras Cajas de Previsión, o a las que el gobierno determine y para los mismos efectos, **"en lo relacionado con el pago de las pensiones..."**.

3ª La Licitación Pública que originó el CONTRATO 350 de 2007 tenía como objeto "Contratar una entidad fiduciaria para administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional en los términos establecidos en el artículo 130 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1132 y 2921 de 1994, 1136 y 1151 de 1997, y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituya, que cumplan con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el presente Pliego de Condiciones" (Consideración No. 8 del CONTRATO 350 de 2007).

4ª "Básicamente hoy las pensiones de Cajanal las asumió la UGPP. La Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales, ella es la que tramita las nóminas de los pensionados, ... manda las nóminas al CONSORCIO Fopep para que sean pagadas, mandan primero la inicial o sea desde que entra al fondo nosotros los llamamos los fondos reconocedores, desde que pasa el fondo a Fopep entregan una nómina y después van entregando las novedades..."⁶. En otros términos, los denominados FONDOS RECONOCEDORES suministraban al CONSORCIO FOPEP 2007 la información de las pensiones que se debían pagar (Nóminas de pensionados).

Para lo que interesa precisar en este debate, en el curso de la declaración de **Diana Marcela Arenas**, al ser interrogada sobre quién dio la instrucción de no pagar la Mesada 14, contestó. "No, **nosotros no dimos la instrucción, la da el fondo reconocedor, el fondo reconocedor es la UGPP quien tramita las nóminas**" (Ibidem, página 4, Folio 6 reverso del Cuaderno de Pruebas No. 9 Se destaca)

⁵ Por todas se destaca la de **Diana Marcela Arenas**, Directora de Pensiones y otras Prestaciones del Ministerio del Trabajo, por ejemplo, en la página 2 de la transcripción de su declaración (Folio 5 reverso de Cuaderno de Pruebas No 9).

⁶ Página 2 de la declaración de **Diana Marcela Arenas**, Folio 5 reverso del Cuaderno de Pruebas No. 9.

5ª Lo relacionado con la Mesada 14, a raíz del Acto Legislativo No. 01 de 2005, dio lugar a una **novedad** en el sistema, que debía tomar en cuenta tanto la eliminación de esa Mesada (Ponencia original), así como la mitigación de esa supresión acordada, finalmente, para exceptuar a "aquellas que se hayan causado antes del 31 de julio de 2011 y que sean inferiores a tres salarios mínimos, esa fue la regla del acto legislativo y **digamos ese era el tema de los controles que debía efectuar el Fopep**" (**Diana Marcela Arenas**, declaración citada, página 3, Folio 6 del Cuaderno de Prueba No. 9).

6ª Como esta **novedad** tenía que articularse en el sistema informático por el que era responsable el CONSORCIO FOPEP 2007, si nos atenemos a la declaración varias veces citada (**Diana Marcela Arenas**), el CONSORCIO envió al MINISTERIO copia de una comunicación que cursó a los FONDOS RECONOCEDORES advirtiéndoles "vamos a generar una nueva estructura donde ustedes deben marcar sí o no si se causa la mesada 14...si no marcan **n** y si sí marcan **s**" (Ibidem, p. 3, Folio No. 5 del Cuaderno de Pruebas No. 9). A continuación, la declarante precisó que esas comunicaciones son del 17 de agosto de 2005 (la del CONSORCIO FOPEP) y del 6 de septiembre de 2005 (la respuesta del MINISTERIO), fechas, ambas, por fuera de la vigencia del CONTRATO 350 DEL 30 DE NOVIEMBRE 2007, que ocupa la atención del tribunal.

7ª Interrogada por el tribunal la declarante sobre "¿De quién fue la iniciativa de ese nuevo campo?" contestó que del CONSORCIO FOPEP y agregó que el MINISTERIO advirtió que "sí el fondo va a marcar sí o no pero a usted les (sic) corresponde controlar que el valor de la mesada sea de 3 salarios mínimos y no superior" (Ibidem, p. 3, Folio 5 del Cuaderno de Pruebas No. 9).

8ª A voces de la declaración de la testigo **Diana Marcela Arenas** la ejecución del CONTRATO 350 de 2007, no registra ninguna discusión respecto de la procedibilidad y pago de la Mesada 14, y si el tribunal se atiene a su relato, fue en la reunión de un Consejo Asesor del Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional, de finales de junio de 2013, ya terminado el contrato, estando en su etapa de liquidación, cuando uno de los miembros, el "Ministerio de Hacienda y Crédito Público nos da aviso de que la UGPP le ha quitado la mesada 14 a 1500 personas más o menos..." (p. 3 ibídem).

Y continúa la testigo explicando que todo se originó en una comunicación de un funcionario de la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales, UGPP, de mayo de

2013, dirigida al CONSORCIO FOPEP de ese momento (otro diferente al "CONSORCIO FOPEP 2007"), donde le dice. **"... por favor pague como nosotros dimos las instrucciones, si marcamos NO, no pague la mesada 14,** y eso hace que efectivamente 1500 personas que se les estaba pagando la mesada, en un caso determinado, que era el de la Caja Agraria, no tuvieran la mesada 14. Ahí nos dimos cuenta que teníamos (i) **una interpretación diferente del Acto Legislativo** (*la testigo se refiere al Acto Legislativo 01 de 2005*) y (ii) **que se habían incumplido las instrucciones por parte del encargo fiduciario;** los fondo reconocedores habían marcado una serie de pensiones como NO y se habían pagado" (Se destaca).

9ª Por tratarse de una de las primeras declaraciones que se tomaron en la instrucción de este arbitraje, el tribunal le preguntó a esta misma testigo ¿A quién le correspondía, en el MINISTERIO, dar la instrucción de **no** pagar la Mesada 14 a ciertas personas?, y contestó que el MINISTERIO no da la instrucción, **"la da el fondo reconocedor, el fondo reconocedor es la UGPP quien tramita las nóminas"**. Y al ser repreguntada por el tribunal si la conducta del FIDUCIARIO obedecía a un mero raciocinio jurídico que lo llevó a concluir lo contrario, "que la podía pagar", contestó que **"Efectivamente, es correcta esa apreciación"** (Todo lo citado textual o contextualmente en esta y en las anteriores verificaciones del tribunal, 9ª y 8ª, obran en la página 4 de la transcripción, Folio 6 reverso del Cuaderno de Pruebas No. 9).

10ª En la parte inmediatamente siguiente de su declaración, la testigo (**Diana Marcela Arenas**) relata que quien tuvo la iniciativa de presentar a trámite el Acto Legislativo No. 01 de 2005 fue el MINISTERIO DEL TRABAJO y que por ello tiene claro que la intención original era eliminar la Mesada 14 y que la mitigación que se introdujo y que obra en Parágrafo transitorio 6, estaba encaminada a que durante el plazo extendido para la causación de esa pensión (desde la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2012), eran beneficiarios de esta excepción (que sí se causaba la Mesada 14) quienes al momento de esa causación devengarán menos de tres salarios mínimos legales mensuales y, en consecuencia, ese era el momento y la condición para desatar o no la procedencia del derecho a esa Mesada 14, sin que el estatus del pensionado, a este respecto, tuviera que ser sometido a examen nuevamente, cada año, al tramitarse el pago de esa Mesada 14 en el mes de junio, ni someterse a examen la posibilidad de que otros pensionados no titulares de esa Mesada 14 pudieran acceder a ella por la oscilaciones que pudiera haber tenido su salario mínimo legal mensual. En sus propios términos, la declarante concluyó en este punto: "o sea **para nosotros se debía hacer el control una sola vez,** yo la causé tal fecha, se me reconoce la

pensión...” (Página 5 ibídem, Folio 7 del Cuaderno de Pruebas No. 9).

11ª Más adelante, en su misma declaración (Página 15 de la transcripción, Folio 12 de del Cuaderno de Pruebas No. 9), la testigo precisa el rol de la INTERVENTORIA en esta controversia, así: “**La interventoría no dio aviso**, solo se enteró cuando nosotros le hacemos la solicitud del ejercicio: verifique qué fue lo que pasó y nosotros le pedimos explicación y **la explicación de ellos fue: el control se dio así y se hizo la misma interpretación del Consorcio**, ellos no se dieron cuenta antes ni dieron aviso antes” (Página 15 ibidem. Se destaca). Por otras piezas del plenario el tribunal ha verificado que esto ocurrió ya terminada la vigencia del CONTRATO 350 de 2007.

12ª El resto de las declaraciones recogidas en la instrucción no desvirtúan lo afirmado por la declarante **Diana Marcela Arenas**, al contrario, lo ratifican y ofrece elementos adicionales de convicción. En este sentido, las declaraciones de **Gloria Inés Cortes** y **Daniel Barrera**.

Los declarantes más cercanos a lo estrictamente técnico precisaron que nada tenían que ver con interpretaciones que llevaron a una u otra posición (la del MINISTERIO o la del CONSORCIO FOPEP 2007), y para significar su independencia dejaron sentado que cuando se trata de ingeniería y diseño de sistemas y, en particular, de las afectaciones del sistema operativo del CONSORCIO FOPEP 2007, ellos no recibían órdenes del MINISTERIO sino del CONSORCIO FOPEP 2007 que era su contratante, posición que uno de los declarante resumió en la frase “Yo le hago caso al cliente”⁷.

13ª Finalmente, es conveniente hacer una mención específica a la declaración de **Jorge Armando Rodriguez**, “actualmente abogado director jurídico del CONSORCIO FOPEP 2015” quien dice haber “estado vinculado a los distintos contratos administradores del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional desde el año 2002, agosto, hasta la fecha” (Su declaración se tomó por el tribunal el 23 de febrero de 2017). En primer lugar quien relata las circunstancias de toda clase en que se suscitó la controversia en mayo de 2013, en la etapa de liquidación del CONTRATO 350 DE 2007 (Páginas 29 y

⁷ Lo consignado de manera contextual y lo citado es de **Rodrigo Alejandro Prieto** Gerente de Proyectos de Cromasoft Ltda; la cita textual obra en la página 40 de la transcripción de su declaración; Ver también las declaraciones de **Nelson Camargo**, ex funcionario de COMPUTEC S. A., “empresa que prestaba servicios de outsourcing tecnológico al Consorcio Fopep de esa época”; Por su parte, **José Ricardo Díaz** funcionario de BDO AUDIT S. A., la sociedad Interventora del Contrato 350 de 2007, afirmó que lo que hicieron fueron labores de Auditoría, no de Interventoría, que nada tuvieron que ver con interpretaciones que llevaran a una u otra posición (la del MINISTERIO y la del CONSORCIO FOPEP 2007), y considera que todo se originó en una diferencia de criterios en los que ellos nada tuvieron que ver (La Interventoría).

30 de la transcripción de su declaración, Folio 41 del Cuaderno de Pruebas No. 9); explicó la dinámica de reconocimiento y pago de la Mesada 14, cómo intervienen el MINISTERIO, los FONDOS RECONOCEDORES y el CONSORCIO FOPEP (Páginas 30 a 34 ibidem, Folios 41 y 42 del Cuaderno de Pruebas No. 9); a pesar de sus dubitaciones posteriores, afirmó que la interpretación que acababa de reseñar obraba en comunicación suscrita por la directora de sistemas del CONSORCIO FOPEP y menciona un oficio de 15 de junio de 2006, y se observa que todo su relato se refiere a hechos por fuera de la vigencia del CONTRATO 350 DE 2007, unos anteriores a la suscripción del mismo (30 de noviembre de 2007) y otros acaecidos ya en la etapa de liquidación, muy posteriores a la terminación de su ejecución. Finalmente, y para lo que puede interesar en este debate, manifestó que la liquidación de la Mesada 14 se hizo "bajo una parametrización ya establecida; no se está rectificando ni se está retroalimentando o cambiando nada en el sistema porque de hecho, durante la vigencia del CONTRATO 350 la parametrización del sistema (de) información y (lo) tocante al tema de la mesada 14 nunca se cambió" (Páginas 38 y 39 ibidem, Folios 45 y 46 del Cuaderno de Pruebas No. 9).

Las verificaciones anteriores y el resto de la información disponible en el plenario le permiten al tribunal sentar las siguientes conclusiones:

Primera. - Está bien claro en las Consideraciones del CONTRATO 350 DE 2007 que el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE NIVEL NACIONAL, creado legalmente como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al MINISTERIO DEL TRABAJO, tenía como objeto sustituir a la Caja Nacional de Previsión Social en lo relacionado con el pago de las pensiones y a las demás Cajas de Previsión o Fondos insolventes del orden nacional que el gobierno determinara para los mismos fines. A esto último se refieren las CONSIDERACIONES 5 y 6 del CONTRATO 350 DE 2007.

Segunda. - La licitación pública que habilitó la suscripción del CONTRATO 350 de 2007 tenía como objeto "Contratar una entidad fiduciaria para administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional...", con lo que surge con evidencia tanto la naturaleza estatal de los recursos que habría de manejar quien resultara adjudicatario de ese contrato, como los cometidos estatales que estaban implicados en la gestión fiduciaria. Al respecto pueden verse las CONSIDERACIONES 1, 2 y 8 del CONTRATO 350 DE 2007.

Tercera. - Sin detenernos en precisiones terminológicas el mismo CONTRATO 350 DE

2007 determina que el MINISTERIO DEL TRABAJO "*ejercerá los derechos que la ley concede a los **fideicomitentes y beneficiarios***" (Parágrafo Cuarto de la Cláusula Cuarta. Se destaca), actores típicos del contrato de FIDUCIA MERCANTIL, en donde está precisado con el detalle deseable el poder de configuración que tiene el FIDEICOMIENTE respecto de las facultades del FIDUCIARIO atentos, siempre, a la **finalidad fiduciaria** y, tratándose de CONTRATOS ESTATALES, a los especiales deberes, de todo orden, que imponen la gestión de los **recursos públicos** y el logro de los **cometidos estatales**, observación que nada tiene de retórica puesto que son estos los vectores determinantes de la interpretación del negocio fiduciario, bien sea bajo la estructura de la FIDUCIA MERCANTIL o del ENCARGO FIDUCIARIO.

Cuarta.- Por la naturaleza del ENCARGO FIDUCIARIO, en resumen su origen y finalidad, así como por la naturaleza de los bienes objeto de la gestión (Administración y Pago), las facultades del FIDUCIARIO estaban regladas de manera rigurosa y en ningún caso se le autorizó para "*obrar del modo que más conveniente le parezca*" (Código de Comercio, artículo 1234, cardinal 3), ni para atender instrucciones de terceros diferentes del FIDEICOMITENTE y, por las razones ya expuestas, o de los FONDOS RECONOCEDORES (o de la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales, UGPP).

En el anterior orden de ideas, si el FIDUCIARIO llegaba a tener "*fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones*" o creía que debía "*apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, o cuando así lo exijan las circunstancias*" (Artículo 1234, cardinal 5 del Código de Comercio), debía solicitar instrucciones al FIDEICOMITENTE, no a terceros, menos constituirse en intérprete de normas legales o constitucionales para explicar o justificar una determinada decisión o conducta contractual en la que estaría implicada la disposición de recursos estatales.

Quinta. – La plataforma informática en la que corrían el sistema de administración y pago de las pensiones y los programas utilitarios o aplicaciones del mismo, debían estar en concordancia con la naturaleza del CONTRATO 350 DE 2007, su finalidad, la naturaleza de sus recursos y el cabal cumplimiento de los cometidos estatales que estaban en la esencia de su misma concepción y finalidad, y es por ello que el contrato que nos ocupa le imponía al operador fiduciario la obligación no solamente de diseñar y desarrollar el sistema y sus programas sino también de actualizarlos y acomodarlos a los requerimientos y evolución tecnológica y a las vicisitudes de la administración del sistema pensional y a las diversas modalidades de pago que llegaren a existir. Al

respecto, puede verse el minucioso No. 5 ("**Obligaciones de Sistemas**") de la Cláusula SÉPTIMA ("**Obligaciones del Consorcio**").

Sexta.- En el curso de las declaraciones, y frente a otras piezas del proceso, el tribunal tuvo la sensación de estar asistiendo a un *continuo contractual* que habría comenzado con la implementación del PRIMER ENCARGO FIDUCIARIO hasta el CONSORCIO FOPEP 2015, del que se hablaba en la última declaración que acaba de citarse, lo que llevó a que se invocaran conductas, decisiones administrativas y técnicas acaecidas antes de la suscripción del CONTRATO 350 DE 2007, sugiriendo un poder inevitable y determinante de esos antecedentes en lo que pudiera ser la interpretación del negocio jurídico que nos ocupa en esta precisa controversia. Naturalmente, en este punto concreto, el tribunal habrá de referirse a la pertinencia o no de interpretar el CONTRATO 350 DE 2007 por las cláusulas "*de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia*", tal y como lo previene el segundo inciso del artículo 1622 del Código Civil.

Séptima.- El tribunal tendrá que precisar, con los elementos probatorios que vincularon las partes al plenario, de qué manera, para la ejecución de este preciso e irrepetible negocio jurídico, el FIDUCIARIO, atento a la naturaleza de sus deberes y de los recursos que se le confiaron, así como a los cometidos estatales que debía privilegiar, dispuso que el sistema informático por el que corrían los datos e instrucciones constitutivos de su gestión de administración y pago era completo, confiable o seguro, en sintonía con la finalidad del negocio fiduciario y con los fines que se perseguían con la nueva preceptiva de la Mesada 14, sin que ello pareciera poder tener atenuantes ante los estrictos términos de la Cláusula DÉCIMA del contrato⁸. A la par de lo anterior, también deberá valorar la conducta del FIDEICOMITENTE frente a una situación que, según la reducción que han hecho las partes en sus demandas y en sus alegatos de conclusión pudiera ser un tema de mero Derecho relativo a problemas de **interpretación**, en este caso inevitablemente del CONTRATO. *Prima facie*, pareciera que debe indagarse por la diligencia que al respecto observaron o tenían que observar el MINISTERIO en su doble calidad de FIDEICOMITENTE y BENEFICIARIO, así como el INTERVENTOR de este contrato.

⁸ Esa cláusula reza: "NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES PARA EL ENCARGO FIDUCIARIO. – Las obligaciones que adquiere el CONSORCIO en virtud de este contrato, **con excepción del sistema de información**, son de medio y no de resultado. El CONSORCIO responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión" (Se destaca)

VI. EL CONSORCIO FOPEP 2007 CONSIDERA QUE PAGÓ BIEN LA MESADA 14.

Se soportan las pretensiones del CONSORCIO en su calidad de demandante y las excepciones formuladas en su calidad de demandado en reconvención, en señalar que en la ejecución del contrato, el CONSORCIO cumplió con sus obligaciones en lo atinente al pago de la mesada 14 en relación con aquellos pensionados a los que se refiere el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Para la decisión de la controversia planteada, a continuación, el Tribunal procederá a analizar los argumentos presentados por el CONSORCIO en el curso del presente trámite.

1. El software que se entregó al Consorcio por parte del Ministerio para la ejecución del Contrato 350 de 2007.

(a) La entrega del software por parte del Ministerio al CONSORCIO. Manifiesta el CONSORCIO que el software entregado por parte del Ministerio para la ejecución del CONTRATO 350 de 2007, "pagaba la Mesada 14 bajo el método dinámico", es decir, estaba programado o parametrizado para que en aquellos eventos en que el valor de la mesada de un pensionado fuera o cayera por debajo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, automáticamente se pagara la respectiva mesada 14 en aplicación del párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Lo anterior, lo soporta el CONSORCIO a partir de circunstancias que procederán a describirse a continuación, sin embargo, este Tribunal echa de menos en el acervo probatorio que reposa en el expediente, una prueba practicada sobre la versión electrónica del software que se recibió por el CONSORCIO, que estableciera la parametrización del mismo, no obstante se referirá a la verdadera relevancia del hecho de la predisposición del sistema –si la hubiere- al denominado método dinámico para el pago de la mesada 14.

Respecto a la configuración del software, el CONSORCIO señala que en ejecución del CONTRATO 067 de 2004 existía certeza sobre la aplicación del "método dinámico" para efectos del pago de las respectivas mesadas 14, toda vez que, según su entendimiento, ello había sido instruido por el Ministerio al respectivo encargado fiduciario el 6 de septiembre de 2005 a través de una comunicación suscrita por Diana Arenas en su calidad de Directora General de Seguridad Económica y Pensiones. En aquella

comunicación la funcionaria del Ministerio, con ocasión del conocimiento que tuvo de comunicaciones del encargado fiduciario del CONTRATO 067 de 2004 con destino a los fondos reconocedores en relación con los ajustes realizados a la estructura REGFOPEP en lo atinente a la pertinencia del pago de la mesada 14, y en particular, la inclusión de un campo adicional para que los fondos marcaran si un pensionado tenía o no ese derecho, solicita que "el Consorcio establezca dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada". Como consecuencia de la instrucción recibida del Ministerio, el CONSORCIO manifiesta que el anterior encargado fiduciario solicitó a la empresa Computec, creadora y administradora del software REGFOPEP, el ajuste del referido aplicativo para dar aplicación al ya referido "método dinámico" según el cual, en aquellos eventos en que el valor de la mesada de un pensionado fuera menor a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, automáticamente se pagara la respectiva mesada 14 en aplicación del párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Sin valorar ahora si la instrucción dada por el Ministerio en septiembre de 2005 fue implementar el "método dinámico" o en un sentido contrario, o si dicha instrucción fue bien entendida o malinterpretada por el anterior encargado fiduciario y las consecuentes medidas que éste debió implementar, para el Tribunal es claro que dichos eventos fueron anteriores al contrato objeto de este proceso, y ocurrieron en vigencia del CONTRATO 067 de 2004, y por esto, su virtud jurídica para inspirar la conducta de las partes del contrato que le compete a este Tribunal es escasa y carecen de arraigo jurídico para instituirse como previsiones contractuales o conductas generadoras de confianza legítima o actos propios de los celebrantes del CONTRATO 350 de 2007.

(b) El conocimiento por el Ministerio y los Fondos de la aplicación del "método dinámico". Sobre esto el CONSORCIO argumenta que en torno a la aplicación del "método dinámico" para efectos del pago de la mesada 14, existía conocimiento y aceptación generalizados de los fondos reconocedores y el Ministerio.

Lo anterior, con base en una comunicación del 30 de septiembre de 2005 remitida por el Gerente General del anterior encargado fiduciario a la Gerente General de Pensiones de Cajanal y con copia a Diana Arenas, Directora General de Seguridad Económica y Pensiones, en donde se puede leer lo siguiente: "En atención a la comunicación del Ministerio de la Protección Social No. 12310-1848-05 de 6 de septiembre de 2.005 relacionada con la necesidad de implementar la validación de las mesadas cuyo valor sea menor o igual a 3 SMLV en donde se debe liquidar la mesada 14 (junio) aunque el

Fondo la haya marcado previamente para que no se liquide". La referida comunicación, como prueba de que el anterior encargado fiduciario había informado a un Fondo reconocedor (Cajanal) y al Ministerio sobre su manera de interpretar la instrucción recibida de parte del Ministerio el 6 de septiembre de 2005, se aúna a declaraciones de Nelson Camargo, entonces director de sistemas del anterior encargado fiduciario y de Alfonso Robayo, en su calidad de gerente del mismo, en donde ratifican que en vigencia del CONTRATO 067 de 2004, los fondos reconocedores y el Ministerio conocían y aceptaban la aplicación del "método dinámico" por parte del anterior encargado fiduciario.

El Tribunal observa que, nuevamente, son las circunstancias ocurridas en vigencia del CONTRATO 067 de 2004 las que se invocan para apoyar la formación del consentimiento o anuencia de las partes alrededor del aludido método dinámico de pago de la mesada 14; no obstante, se hace necesario poner de presente que aquéllas no podrían tener la virtud jurídica de justificar la conducta de las partes del contrato sobre el que versa la controversia sometida a este Tribunal. En primer lugar, cualquier actuación que haya efectuado el Ministerio en ejecución del CONTRATO 067 de 2004 no puede predicarse como oponible al encargado fiduciario del CONTRATO 350 de 2007, en particular, si la misma no le fue dada como instrucción explícita al momento de su contratación y, por otra parte, no observa el Tribunal que el documento que el CONSORCIO invoca como instrucción clara de parte del Ministerio sobre la manera como se debe pagar la mesada 14 de aquellos pensionados que se adecuan al supuesto previsto en el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, contenga una asertiva presentación de la línea de conducta a seguir en relación con el pago de la mesada 14 como para reflejar uno u otro sentido (los denominados métodos estático y dinámico), entre los que podría debatirse el asunto.

Por el contrario, la comunicación de septiembre de 2005 suscrita por Diana Arenas en su calidad de Directora General de Seguridad Económica y Pensiones según la cual se solicitó que "el Consorcio establezca dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada", no puede entenderse inequívocamente en el sentido de afiliarse al denominado método dinámico, pues no se distingue si el mecanismo de control al que hace referencia es de acuerdo con el monto de la mesada percibida en cada momento o con el de la mesada percibida en el instante del reconocimiento (por una sola vez). Es decir, no es lo suficientemente explícita en la comunicación aludida si ésta suponía el requerimiento de un ajuste del software para implementar el "método dinámico" o en su defecto el "método estático".

Al no existir certeza sobre el sentido de la instrucción dada por el Ministerio en una relación jurídica anterior y entre diferentes partes de aquellas involucradas en la relación contractual que le compete a este Tribunal, se considera que dicha instrucción no tiene la fuerza suficiente como para crear una expectativa de confianza legítima a partir de los actos del Ministerio y, por lo tanto, lo que debiera haber procedido por parte del encargado fiduciario en cumplimiento del CONTRATO 350 de 2007, era la solicitud al Ministerio de una instrucción expresa y precisa sobre la manera como se debería cumplir su obligación en ejecución de este contrato.

2. El alcance de la obligación de pago de los derechos pensionales a cargo del CONSORCIO en aplicación del software entregado por el Ministerio para la ejecución del CONTRATO 350 de 2007.

Se acreditó en el presente trámite a través de documentos, declaraciones de testigos y las mismas manifestaciones de ambas partes, que para el cumplimiento de la obligación de pago de las mesadas pensionales a cargo del CONSORCIO, éste se valía de un software o herramienta tecnológica que el CONSORCIO recibió de parte del Ministerio.

Al respecto, obra en el expediente el Acta de Entrega suscrita el 4 de diciembre de 2007 entre las partes del CONTRATO 350 de 2007 y el encargado fiduciario del fondo por virtud del CONTRATO 067 de 2004, en la cual se formaliza "(...) la entrega por parte del CONSORCIO FOPEP de los productos informáticos: software (fuentes y ejecutables), bases de datos, archivos y documentación usuaria y técnica, que conforman el del (sic) Sistema de Información de la nómina de Pensionados – SINP del FOPEP". Conforme se menciona en el mismo documento, la entrega realizada se encontraba sujeta a verificación por parte de la firma interventora del CONTRATO 067 de 2004, esto es, Jahv Mcgregor.

(a) El CONSORCIO arguye que el desarrollo del software no estuvo a su cargo. Con respecto al software recibido, el CONSORCIO manifiesta que el mismo no fue desarrollado por él, y que su obligación no correspondía con la elaboración del referido aplicativo, sino con su administración para efectos del cumplimiento contractual. El Tribunal observa que, si bien es cierto que, conforme está probado en el Acta de Entrega, el CONSORCIO recibió un software que había sido desarrollado por un tercero, en el expediente existen pruebas fehacientes de que la obligación del CONSORCIO, además de la utilización del referido sistema, incluía la eventual revisión, actualización

o implementación de mecanismos de control en la operación del fondo, incluyendo sus sistemas operativos, asunto que cobra especial relevancia si, como ya lo dejó sentado el tribunal en otra parte de esta consideraciones, la obligación de pagar bien, atentos a la naturaleza del contrato y a los deberes del FIDUCIARIO, era una obligación de resultado.

Al respecto, el Tribunal trae a colación las siguientes obligaciones a cargo del CONSORCIO conforme se prevén en la cláusula séptima del Contrato:

"(...) 1.1. Garantizar desde el inicio del contrato la continuidad de la operación integral del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, de acuerdo con los procesos y procedimientos vigentes, sin perjuicio de la revisión y actualización que se requiera con base en la normatividad y nuevos desarrollos tecnológicos.

(...) 1.8. Implementar mecanismos de control que permitan garantizar la oportuna transferencia de recursos, el adecuado proceso de nómina y pago de las pensiones cuotas partes pensionales a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, como mínimo en las siguientes fases del proceso: (...) f) Controles para el adecuado pago a terceros; (...) l) Controles que sean necesarios en el desarrollo del contrato, por nuevas disposiciones legales o para mejorar la ejecución del mismo y que sean solicitados por parte del Ministerio (...).

(...) 3.3. Establecer mecanismos de control que garanticen seguridad en los pagos, en las diferentes modalidades, de tal manera que sean recibidos por los pensionados o beneficiarios reales de los pagos.

(...) 5.15. Realizar el mantenimiento correctivo, adaptativo, perfectivo o nuevos desarrollos para el sistema de información del Fondo, para lo cual se deberá presentar el plan de desarrollo de software y establecer de manera conjunta con el Ministerio, el control de versiones, instalación y documentación (...)"

En concordancia con las obligaciones referidas, el Tribunal estima que la obligación del CONSORCIO no se limitaba a la aplicación irrestricta del sistema recibido, ni a la realización de mantenimientos o implementación de correctivos exclusivamente dirigidos a que el sistema operara en condiciones de normalidad o a la superación de eventuales fallos de operación, tal y como lo señala el apoderado del CONSORCIO en sus alegatos de conclusión. La entrega por parte del Ministerio al CONSORCIO de un software de propiedad de aquél para la ejecución del Contrato, no tiene la virtud o fuerza de relevar al CONSORCIO de su deber de establecer controles y detectar funcionalidades o parametrizaciones que, si bien no pudieran referirse a fallas

operativas, pudieran resultar contradictorias o incoherentes con el adecuado cumplimiento del encargo o con las instrucciones del Ministerio. El Tribunal considera que la inclusión de una obligación de control complementada con una obligación de actualización del software quedaría inane o sin sentido práctico contractual, si el CONSORCIO se circunscribía a asumir que la herramienta tal y como se la entregaron estaba perfecta y no requería ajuste alguno durante la ejecución del Contrato.

La existencia de la obligación de efectuar controles, más allá de los exclusivamente relativos a fallas tecnológicas, evidencia que las partes no asumieron la invulnerabilidad o perfecto diseño de la herramienta que se utilizaría por parte del CONSORCIO a partir de su entrega. Por el contrario, como cualquier herramienta tecnológica, las partes del Contrato estimaron que la misma era susceptible de ajustes y mejoras conforme se requirieran para efectos de la correcta ejecución contractual.

(b) El CONSORCIO le endilga al Ministerio el no haber presentado objeciones a la herramienta. En razón de la naturaleza del contrato celebrado, no estima el Tribunal que el alcance de la obligación del CONSORCIO (encargado fiduciario) de implementar mecanismos de control, ajustes o actualizaciones a las herramientas tecnológicas estuviera restringido a un catálogo de solicitudes que presentara el Ministerio, pues ello sería incompatible con el mismo deber de controlar. Estima el Tribunal que, salvo previsión contractual explícita en sentido contrario, quien actúa como pagador profesional en cumplimiento de un contrato de encargo fiduciario, no se circunscribe solamente a instrucciones de ajuste del sistema de pago recibidas del contratante respectivo, pues ello sería más propio de un mero prestador del servicio de pago. La existencia en el Contrato del postulado general previsto en el numeral 1.8. de la cláusula séptima, según el cual, era obligación del CONSORCIO la implementación de "mecanismos de control que permitan garantizar la oportuna transferencia de recursos, el adecuado proceso de nómina y pago de las pensiones cuotas partes pensionales a cargo del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional" implica una carga de previsión, buen consejo y perspicacia que conlleva la realización de gestiones que debían ir más allá de aquellas expresamente requeridas por el Ministerio, tal y como puede concluirse desprevenida y aisladamente de la sola lectura del literal (I) del referido numeral 1.8.

En ese orden de ideas, incluso una eventual ausencia de inclusión de reservas o solicitudes de ajustes por parte del Ministerio sobre el respectivo software en el documento por medio del cual las partes dejaron constancia de su entrega al

CONSORCIO, no liberaría a éste de su obligación de evaluar la herramienta y realizar ajustes o implementar mecanismos correctivos, por lo que el solo hecho de que el Ministerio no manifestara nada al respecto en dicha oportunidad no es óbice para el despliegue de actividad por parte del CONSORCIO para asegurar la adecuada ejecución de su encargo.

En un sentido similar, pero con mayor razón, este Tribunal no considera, entonces, que la ausencia de salvedades por parte del Ministerio en la liquidación de un contrato anterior en torno al software que se utilizó por otro contratista para la ejecución de dicho contrato, pueda eximir al CONSORCIO de su obligación de realizar ajustes o de implementar mecanismos correctivos derivados de su carga de diligencia como profesional fiduciario para la administración de recursos públicos, bajo el argumento de que se configuró una confianza legítima a partir de las actuaciones del Ministerio en el marco del contrato anterior.

3. La aplicación del "método dinámico" en ejecución del CONTRATO 350 de 2007.

El CONSORCIO considera que el Ministerio no objetó el pago de la mesada 14 bajo el método dinámico, a pesar de conocer o tener posibilidad de conocer su aplicación. Conforme manifiesta el CONSORCIO, a su juicio, en ejecución del Contrato nunca existió duda sobre la manera como debía aplicarse el pago de la mesada 14 para los pensionados referidos en el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior se fundamenta, prioritariamente, en la manera de operación del software utilizado por el anterior encargado fiduciario para la ejecución del Contrato 067 de 2004, aplicativo que según manifiesta el CONSORCIO, le fue entregado por parte del Ministerio para que el pago de las mesadas pensionales, y en particular de la mesada 14, se continuara cumpliendo en el CONTRATO 350 DE 2007 bajo las mismas condiciones en que se hacía en el CONTRATO 067 DE 2004.

Adicionalmente, invoca el CONSORCIO la ocurrencia de hechos en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 que soportan sus pretensiones en su calidad de demandante principal y sus excepciones como demandado en reconvención que ratificaron su entendimiento de la manera de cumplirse el Contrato en lo atinente al pago de la mesada 14 para los efectos que se discuten en el presente trámite.

Para el CONSORCIO, el Ministerio avaló en ejecución del CONTRATO 350 DE 2007 la

aplicación del "método dinámico" en el pago de la mesada 14, pues de manera directa e indirectamente a través del respectivo interventor evidenció la ausencia de una mínima carga de diligencia al nunca verificar o cuestionar que el pago se hacía bajo esas condiciones. Lo anterior surge, a modo de ver del CONSORCIO, no solo de la entrega misma de un software que según el CONSORCIO se aplicó bajo el "método dinámico" en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004 sin ningún reproche por parte de la entidad, sino también de la falta de instrucciones al momento de hacer su entrega en torno a la necesidad de modificar el software para que éste no aplicara el "método dinámico", e incluso porque durante la vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 tanto el Ministerio como el respectivo interventor conocieron documentos en los que se evidenciaba la forma como estaba cumpliendo el CONSORCIO con sus obligaciones.

En particular, el CONSORCIO se refiere a los informes generados en junio de cada año de ejecución contractual y hasta 2013, a partir de los cuales, el Ministerio y el interventor habrían tenido elementos de juicio para cuestionar el actuar del CONSORCIO en caso de que hubieran objetado la implementación del "método dinámico". Al no hacerlo, el CONSORCIO considera que se convalidó su actuar, el cual se sustentaba en la confianza legítima derivada de los propios actos del Ministerio. Con respecto a los documentos en cuestión, se recibieron declaraciones en los siguientes sentidos:

- Declaración de Nelson Camargo, Director de sistemas del encargado fiduciario:

*"SR. CAMARGO: Hay un reporte que se llama mesada.1ct que conozco que se desarrolló porque mientras mi estadía en Computec se llevó a cabo junto con el requerimiento cuando en el 2005 me entrega... (Interpelado)
(...) Ese reporte de cuando llegué en el 2009 es mantenía y se ha mantenido durante el tiempo, ese reporte se genera solamente en el mes de junio y se entrega junto con los productos de la nómina tanto a los fondos como al Ministerio.
(...) Que se genera solamente en junio que se llama mesada14.lst que contiene solo los datos de la mesada 14, ahí se pueden identificar las mesadas que fueron liquidadas con respecto al tema de las fechas de los 3 salarios mínimos." (Folio 76 del Cuaderno de Pruebas No.9)*

- Declaración de Alfonso Robayo, Gerente del encargado fiduciario:

"DR. VERA: Señor Robayo, quiero recabar mucho más sobre el documento que le ha puesto de presente usted al Tribunal con anterioridad, ese documento que

usted ha puesto de presente se identifica como mesada Ist o hace parte de aquel archivo?

SR. ROBAYO: No, este documento es un documento que se producía, porque ya no se produce, se producía en las salidas que llamamos nosotros particularmente productos de nómina y es un conjunto de archivos que una vez procesada la nómina servían a los fondos para que los fondos revisen si en efecto la aplicación de todas las mesadas, de todas las novedades que venían fue hecha correctamente.

DR. VERA: Ese producto en específico se genera solo un mes, se generó en los meses de junio de cada año.

SR. ROBAYO: Así es porque estaba justamente vinculado al desarrollo de esa funcionalidad.

DR. VERA: Y hacía parte de lo que se conoce como sabana o es un archivo independiente o hace parte de ese mismo.

SR. ROBAYO: Es un archivo que tenía dos opciones en aquel entonces y era que una se imprimía y la otra se le enviaba al fondo en medio magnético, en un medio óptico, no preciso en este momento si era un CD o era un DVD por el tamaño pero en ese momento se les enviaba a ellos en un conjunto de archivos que se denominaban productos de nómina.

DR. VERA: De qué manera es generado este archivo, quiero que nos explique cómo se genera, quién lo genera, por qué se genera?

SR. ROBAYO: En ese momento lo generaba nuestro outsourcing de sistemas que era Computec y básicamente obedecía a un informe dirigido a los fondos para que verificaran justamente la funcionalidad de este producto.

DR. VERA: Recuerda usted desde qué año inició a generarse y hasta qué año se dejó de generar y enviar a cada uno de los fondos?

SR. ROBAYO: Esto se generó desde el año 2006, desde junio de 2006 todos los junios y dejó de enviarse, cuando nuevamente por la distribución de la UGPP dejó de tener funcionalidad aquella funcionalidad que es motivo justamente de la controversia porque a partir de ese momento ya no se generaron más mesadas 14 a las marcadas con n entonces a partir de ese momento no sale el informe, básicamente es por sustracción de materia.

DR. VERA: En qué año fue ese informe?

SR. ROBAYO: Este informe está a disposición como les digo desde el año 2006 hasta el año 2012 porque en el 13 ya no se generó, y básicamente como yo lo relaté es el informe donde precisa si se liquidó, justamente para las marcadas como n si se les liquidó o si no se les liquidó la mesada.

DR. CHALELA: Ese listado que usted menciona como reporte anual de mesada 14 tiene manera de visualizar respecto de cada uno de los pensionados que contiene a cuáles de ellos les surge el pago de la mesada 14 y tiene manera de establecer por cuál de las variables surge ese pago, es decir, si surge por el cambio de los tres salarios mínimos mensuales vigentes?

SR. ROBAYO: Claro que sí, y justamente está dirigido repito a los marcados como no y en la parte de la observación sencillamente se lee frente a cada uno de los datos de los pensionados y su equipo de prestación si aplica o no aplica, entonces en los que dice no aplica dice clara en las observaciones: no aplica mesada 14, que es la gran mayoría y a los que sí aplica dice: aplica por inferior a tres salarios mínimos.

DR. CHALELA: Esa precisión que hace el listado en los términos en que los haga porque no lo tengo a la vista, le pregunto si esa precisión permite también establecer si el pensionado al que se le paga mesada 14 en ese período no era susceptible anteriormente de ser objeto de mesada 14?

SR. ROBAYO: El listado es el resultado del producto del sistema a evaluar si la persona tiene menos de tres salarios mínimos o tiene tres o más salarios mínimos, sencillamente para poner un ejemplo en este listado que traje a nivel de ejemplo, está el documento que en la primera línea se lee 4164107, el nombre del pensionado Salgado Cadena Luis Hernando, después viene la resolución que es la 3101, el tipo de pensión que es Jubilación Nacional y en observaciones para este caso dice: no aplica mesada 14, es decir que en ese período exactamente no se liquidó la mesada 14. Hay otro pensionado más abajo que dice: aplicada por inferior a tres salarios mínimos legales vigentes.

(...) DR. VERA: En ese mismo listado se puede identificar las personas que a pesar de tener la marca de la letra n se les pagó la mesada 14 por ser inferior a tres salarios?

SR. ROBAYO: Sí, así es porque repito, el listado solamente hace referencia a aquellos pensionados marcados con la letra n solamente, los demás que no tienen la letra n o que tienen la sí a partir del 2005, o que no la tienen porque es anterior al 2005 no la tienen y se excluyen de este listado, este listado es el inventario de la aplicación de esa funcionalidad, dice a quiénes se les aplicó y a quiénes no se les aplicó." (Folios 80 a 82 del Cuaderno de Pruebas No.9)

A partir de la existencia de dicho informe, el CONSORCIO manifiesta que para las partes del Contrato 350 de 2007 era transparente la manera como se estaba cumpliendo la obligación de pagar la mesada 14.

Adicionalmente, sustenta el CONSORCIO sus argumentos en la actuación de algunos fondos reconocedores durante la ejecución, los cuales, evidenciaban que éstos asumían como válida la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005 bajo la teoría del "método dinámico". Como soporte documental, se refiere el CONSORCIO a los siguientes documentos:

-Concepto 14527 del 3 de septiembre de 2009 proferido por el Director Jurídico Nacional - Unidad de Seguros del Seguro Social con destino a la Asesora de la Vicepresidencia de Pensiones de la misma entidad, en donde se señaló lo siguientes en relación con la mesada 14:

*"En consecuencia, lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005 del 22 de julio de 2.005 respecto de la mesada 14 se aplicará así:
Aquellas personas cuyo derecho pensional se cause a partir de dicha fecha, no podrán recibir más de trece mesadas pensionales al año, salvo que se trate de personas que perciban mesadas iguales o inferiores a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2.011 quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año (...)"*. (Folios 52 a 56 del cuaderno de pruebas No.1)

-Resolución CPS 140 del 4 de mayo de 2010 de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia en la cual se resuelve el reconocimiento de una pensión de vejez, en donde se determinó lo siguiente:

*"ARTÍCULO 1º Reconocer a la señora CARMEN ELISA CASTIBLANCO MORENO identificada con cédula de ciudadanía No. 41.628.517, una pensión mensual vitalicia de vejez en cuantía UN MILLÓN TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS M.L. (\$1.337.704) efectiva a partir del retiro del servicio demostrado con copia de la resolución correspondiente.
PARÁGRAFO La pensionada tendrá derecho a recibir catorce (14) mesadas al año incluida la adicional de junio, salvo que en el respectivo año el valor de la mesada percibida sea superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, caso en el cual sólo tendrá trece (13) mesadas para ese año, conforme a lo dispuesto en el inciso 14 y parágrafo transitorio 6º del artículo 48 de la Constitución Política. (...)"*. (Folios 57 a 58 del Cuaderno de Pruebas No.1)

-Comunicación BZ_2013_3306356 del Gerente Nacional de Doctrina de Colpensiones con destino a la Gerente Nacional de Nómina de Pensionados de la misma entidad, en la cual ante la consulta: "sobre la procedencia de variar el pago de la mesada 14 a los afiliados que la adquirieron por haber cumplido con los requisitos señalados para tal fin al momento de la causación del derecho a la pensión de vejez, pero con posterioridad a la fecha de reconocimiento y debido a la variación que anualmente sufre el IPC y el salario mínimo, el valor de la pensión ya no cumplen con el requisito señalado en la norma para el pago de la mesada 14 (..)", el funcionario respondió:

"I. Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la entrada en vigencia del mismo (22 de julio de 2.005), esto es que cumplan todos los requisitos para acceder a la pensión después de la fecha, sólo podrán recibir 13 mesadas pensionales al año, excepto aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes siempre que la misma se hubiese causado antes del 31 de julio de 2.011, quienes podrán recibir 14 mesadas pensionales al año.

II. Existen dos condiciones para que el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 persista después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2.005:

Que la adquisición del derecho a la pensión de vejez se diere entre el 25 de julio de 2.005 y el 31 de julio de 2.011.

Que el valor de la pensión sea igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. Lo anterior significa que una persona, habiendo adquirido el derecho a percibir la mesada 14 debido a que su pensión fue causada entre el 25 de julio de 2.005 y el 31 de julio de 2.011 y calculada en principio por un valor igual o inferior a los 3 smlmv, puede perder el derecho al pago de la misma si después de haberle aplicado a su mesada pensional el reajuste anual, obtuvo una pensión superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes para determinado año.

IV. Si una persona adquirió el derecho a la pensión de vejez en las fechas mencionadas, y en principio no tuvo derecho al pago de la mesada 14 debido al valor de la pensión, y posteriormente al aplicar los reajustes correspondientes y compararlos con los reajustes asignados al salario mínimo, se obtiene como resultado un valor de pensión inferior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en ese momento se cumple la segunda condición, es decir, la relacionada con el valor de la pensión y es procedente conceder la mesada 14." (Folio 59 a 62 del Cuaderno de Pruebas No.1)

-Comunicación 417701 del 10 de enero de 2014 emitida por el Subdirector de Nómina de Pensionados de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP- con destino a la Directora de Pensiones y Otras Prestaciones del Ministerio del Trabajo en la cual se informó acerca de la directriz en la aplicación de la mesada 14 por parte de dicha entidad:

“De manera atenta, allego copia simple del Acta No. 274 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial celebrado el día 02 de diciembre de 2.013, en el cual la UGPP establece lineamiento frente a la aplicación del Acto Legislativo No. 01 de 2.005 relacionado con la mesada 14.

(...)

Consideran los miembros del Comité, que con base en lo determinado por el párrafo transitorio No. 6 del Acto legislativo, resulta procedente el pago de la mesada 14, a las personas que no la venían devengando por no percibir una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si al momento de percibir su última mesada pensional se verifica que esta resulta igual o inferior a 3 SMLMV y cuando el derecho a su pensión se haya causado con anterioridad al 31 de julio de 2.011.

Lo anterior teniendo en consideración que el Acto Legislativo 01 no especifica cuando tendría que percibirse la mesada pensional para que resulte procedente el pago de la mesada catorce, los únicos condicionamientos consisten en que dicha mesada de ninguna manera supere los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y que el derecho a la pensión se haya causado con anterioridad al 31 de julio de año 2.011.

Es importante aclarar que, los valores por este concepto no podrían solicitarse de manera retroactiva por cuanto el derecho a la mesada catorce puede estarse causando únicamente a partir de la recepción de la última mesada pensional pagada por la entidad.

Conforme a lo anterior, me permito informarle que en la nómina de Diciembre de 2013, se ordenó el pago de la mesada 14 a los pensionados que se indican en relación adjunta, teniendo en cuenta que a los mismos no les fue reportada dicha mesada en la nómina de junio de 2013.” (Folio 63 del Cuaderno de Pruebas No.1)

Con base en lo anterior, el CONSORCIO apoya su argumentación de que los “diversos operadores jurídicos enfrentados a dar aplicación a la misma norma” aplicaban el “método dinámico” para efectos del pago de la mesada 14, y que, en consecuencia, no

existía en el sector duda alguna sobre tal materia. No puede pasar por alto el Tribunal que en lo que respecta a las comunicaciones del Instituto de Seguro Social y Colpensiones, estas son comunicaciones internas que no acreditan necesariamente la opinión oficial y públicamente conocida de la entidad. Sobre la resolución expedida por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, la misma contiene la forma como se reconoció una pensión de vejez, y no se demostró con otros documentos si dicha interpretación también fue aplicada en otras decisiones por la entidad. Con relación a la comunicación de la UGPP, el Tribunal encuentra que la misma se produjo con posterioridad a la terminación del plazo contractual, y como tal de la obligación de pago a cargo del CONSORCIO, por lo que no habría tenido la posibilidad de generar confianza legítima en el CONSORCIO respecto del periodo comprendido entre 2007 y 2012. No obstante lo cual, todos los hechos acreditados dan certeza acerca de la existencia de posiciones en contravía del método estático que además dan cuenta de que el asunto no era enteramente pacífico.

Con relación al invocado conocimiento y aceptación generalizados sobre la aplicación del "método dinámico" para el pago de la mesada 14, el Tribunal quiere resaltar los siguientes documentos aportados por el testigo Jorge Armando Rodríguez, director jurídico del encargado fiduciario:

-Comunicación No. PABF-N-0007 del 4 de febrero de 2010 expedida por Buenfuturo Patrimonio Autónomo con destino al CONSORCIO.

"Por medio de la presente solicito a usted, relación donde conste los pensionados a los que se les reporto mesada adicional de junio (mesada 14) durante el año 2009, especificando el documento, nombres completos, resolución y el valor".

-Comunicación No. DS-EXT-350-0069-10 del 12 de febrero de 2010 del CONSORCIO, enviada como respuesta a la comunicación anterior.

"En respuesta al oficio PABF-N-0007 del 04 de Febrero de 2010, de manera atenta, nos permitimos adjuntar archivo en excel (.xls) con la relación de pensionados a quienes se liquidó mesada adicional de Junio en el año 2009.*

(...)

Es necesario precisar que de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 01/05 del 22 de julio de 2005 "Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a

tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”, por lo anterior, a pesar que el Fondo haya marcado al pensionado como NO liquidar mesada adicional de Junio, el Consorcio en cumplimiento a la normatividad expuesta efectúa la liquidación correspondiente, siempre que el valor de la mesada no supere los tres (3) salarios mínimos legales vigentes”.

Si bien observa el Tribunal que en las pruebas referidas el CONSORCIO explícitamente informó a un fondo reconocedor sobre su práctica en relación con la manera de interpretar el Acto Legislativo 01 de 2005 en lo atinente al pago de la mesada 14, no se puede desconocer, como lo invoca el apoderado del Ministerio, que no existe en el expediente prueba adicional que permita evidenciar qué instrucción impartió el respectivo fondo reconocedor con ocasión de la información recibida por Fopep, y en consecuencia, que permita establecer si dicha posición fue asumida y aceptada por éste.

Con respecto a los documentos citados en el presente capítulo, el Tribunal encuentra que ninguno de ellos está originado en el Ministerio por lo que habrá de valorarlos teniendo en cuenta ésta circunstancia que no es menor. En lo que concierne a la confianza legítima supuestamente derivada de las actuaciones de algunos fondos reconocedores, el Tribunal observa que los elementos probatorios que las soportan, no acreditan un entendimiento generalizado o unánime en torno a la lectura de una norma jurídica y, adicionalmente, en ningún momento se acreditó que dicha posición de los fondos reconocedores estuviera validada o aprobada por parte del Ministerio en su calidad de entidad que ejerce la dirección y control del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional o en su calidad de entidad contratante del CONSORCIO.

No es de la esfera de este Tribunal determinar si la actuación de los fondos reconocedores o agentes del sector en torno a la forma en que éstos interpretaron o entendieron el Acto Legislativo 01 de 2005 en lo que respecta al pago de la mesada 14, corresponde a la adecuada, pues no son partes del Contrato del cual surge la controversia que se estudia. Sin embargo, sí existen evidencias en el expediente de la posición que el Ministerio exhibió en 2013 –en el plazo de liquidación del contrato 350– sobre la manera como el CONSORCIO debía cumplir su obligación. En efecto, en octubre de 2013 con ocasión de la liquidación del CONTRATO 350 DE 2007, el Ministerio manifestó al CONSORCIO que en el cumplimiento de la obligación de pago de las mesadas 14 se había presentado un “presunto pago indebido” aunque también

expresamente señala que “queda por establecer el valor de los recursos a restituir por parte de EL CONSORCIO”.

Ha sido reconocido, tanto por el CONSORCIO como por el Ministerio, el hecho de que a pesar de que en el software utilizado para operar el fondo un pensionado estuviera marcado con una N en la casilla de pago de la mesada 14, si el monto de la mesada que dicho pensionado percibía era inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el CONSORCIO procedía con el pago de la respectiva mesada 14 durante la vigencia del CONTRATO 350 DE 2007. Dicha circunstancia, ciertamente no deja de parecerle a este Tribunal, una contradicción a la lógica del sistema de procesamiento de información utilizado. Si el propósito de la inclusión de una N respecto del pago de la mesada 14 de un pensionado era que ésta no se pagara, ¿por qué dicha mesada se debería pagar en un caso en que la referida marcación se hubiere incluido?

La situación descrita, aunada al hecho de que algunos fondos reconocedores –no el Ministerio- tenían una interpretación sobre la lógica que debía regir en la lectura de una instrucción explícita de no pago, debió haber conducido al CONSORCIO, en consideración de este Tribunal, a cuestionar a su fideicomitente en ejercicio de una carga de responsabilidad y perspicacia, derivada de la buena fe, sobre la manera como se debía cumplir su obligación en ejecución del encargo fiduciario, y la eventual necesidad de hacer ajustes o correctivos que tendieran a superar la evidente contradicción existente.

Sin embargo, no existen evidencias de que el CONSORCIO haya solicitado instrucciones sobre la materia al Ministerio.

3.1. El Alcance de la obligación del CONSORCIO. Arguye que no actuó como reconocedor.

El CONSORCIO manifiesta que en el cumplimiento de sus obligaciones solamente aplicó el software que le fue entregado por el Ministerio, y que en tal virtud nunca actuó como reconocedor de pensiones.

Sin embargo, no se puede perder de vista que la función del CONSORCIO no se limitaba a ejecutar ciegamente el software que había recibido de parte del Ministerio. Su labor suponía también, a juicio del Tribunal, el deber de establecer controles y detectar funcionalidades o parametrizaciones que, si bien pudieran no referirse a fallas

operativas, pudieran resultar contradictorias o incoherentes con las instrucciones del Ministerio. Lo anterior se puede verificar en la declaración efectuada por Diana Arenas rendida en su calidad de Directora General de Seguridad Económica y Pensiones en el curso del presente trámite:

“DR. PEÑA: Siendo así entonces me ahorro lo que la ley me exige ponerle de presente y sencillamente le interrogo para que le informe al Tribunal en qué aspectos de esa controversia ha intervenido, si lo ha hecho, y cuál es su percepción del meollo de esa controversia?.

SRA. ARENAS: En razón al cargo que ocupó, como soy la directora de pensiones del Ministerio tenemos asignado lo que denominamos en el Ministerio las funciones técnicas del contrato, o sea todos los lineamientos técnicos que se deben dar al Consorcio Fopep que está contratado en el Ministerio nosotros lo otorgamos.

Voy a hacer una breve explicación para que quede claro cuál es la intervención que nosotros, nosotros digo desde la dirección hacemos frente al encargo fiduciario, el Fopep es un encargo fiduciario, una cuenta sin personería jurídica, es el pagador de las pensiones públicas a nivel nacional y básicamente lo que quisimos con la creación de Fopep era que no fuera un simple pagador sino que tuviera un valor agregado y tuviera un control a las entidades que se pagan, es decir: Cajanal, las pensiones de Cajanal que son las que principalmente se pagan lo que queríamos era que el Fopep efectuará un doble control a estos pagos, entonces todos los lineamientos técnicos de cómo se deben efectuar esos controles, cómo debe funcionar los damos desde la dirección y hacemos partícipes de una estancia superior que es el consejo asesor de Fopep en donde está el Ministerio de Hacienda el Consorcio y los pensionados para dar esos lineamientos”.
(Folio 5 reverso del Cuaderno de Pruebas No.9)

El Tribunal observa entonces que el CONSORCIO, en cumplimiento del Contrato 350 de 2007, tenía efectivamente la facultad de actuar con miras a controlar el funcionamiento del fondo, pues ese era uno de sus propósitos. No obstante lo anterior, el Tribunal considera que la eventual facultad de control a cargo del CONSORCIO no incluía la posibilidad de interpretar la manera en la cual se debían reconocer derechos como la mesada 14 a los pensionados, los cuales son del resorte exclusivo de cada fondo reconocedor.

En ese orden de ideas, aun cuando el Tribunal estima que formalmente el CONSORCIO no actuó como reconocedor de derechos pensionales, no se puede perder de vista que

sí efectuó el pago de la mesada 14 a pensionados que en el sistema de información de administración del fondo tenían una marcación con la letra "N", lo cual daba lugar a suponer o albergar dudas respecto de que éstos pudieran ser sujetos de tal pago. Y ante una contradicción como la puesta en evidencia, el tribunal concluye nuevamente, que la obligación del CONSORCIO no era decidir sobre la manera como debía interpretarse un derecho, sino la de dirigirse a su contratante para que este, en su calidad de fideicomitente, le brindara una instrucción concreta sobre la forma como debería cumplirse la obligación de pago de esos derechos, o haber utilizado otros recaudos previstos en la ley para alcanzar el cabal cumplimiento del contrato fiduciario.

3.2. La supervisión de la ejecución del Contrato 350 de 2007.

Considera el CONSORCIO también, como soporte de sus argumentos en el presente trámite, que la interventoría sobre el CONTRATO 350 DE 2007 nunca reprochó la manera como se cumplió con la obligación de pago de la mesada 14, esto es, a través de la asunción del "método dinámico" ya tantas veces mencionado.

Además de la falta de algún cuestionamiento durante la vigencia contractual, el CONSORCIO invoca como pruebas las siguientes comunicaciones en las que se evidenciaría la lectura del interventor del CONTRATO 350 DE 2007 en torno al parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005:

-Comunicación 2310000-00049468 del 26 de marzo de 2014 en la cual el Ministerio informó y solicitó al Interventor BDO Audit S.A., lo siguiente:

"En el mes de mayo de 2013, este Ministerio tuvo conocimiento que el CONSORCIO FOPEP 2007, durante el periodo de vigencia del Contrato 350 de 2007, realizó pagos de mesada 14 a varios pensionados sobre los cuales el fondo reconecedor había marcado la novedad "no aplica mesada 14".

Por lo anterior solicitamos nos informen los casos en que dicha situación se presentó y las razones por las cuales aprobaron los pagos de dichas mesadas"
(Folio 144 del Cuaderno de Pruebas No.1)

-Comunicación 44002-06-3169-14 del 19 de mayo de 2014 donde el Interventor dio respuesta a la comunicación referida en el punto anterior, a través de la cual manifestó que a su juicio, los pagos efectuados a pensionados que estaban marcados con la letra "N" correspondían a personas que "cumplían con alguno de los criterios establecidos

por la Ley para tener derecho al reconocimiento y efectividad del pago de la mesada catorce (14)". A continuación, se transcribe parte de la comunicación en cuestión:

"Como ya se mencionó, los criterios tenidos en cuenta para la justificación del pago de la mesada 14, por parte del Consorcio FOPEP 2007, se fundamentan en lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, tal como se describe a continuación:

Pensiones que se encontraban ya vigentes desde antes de 2.005: Se trata de aquellas pensiones que ya se encontraban reconocidas y vigentes desde antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y no le es aplicable tal disposición y por ende, aplica el pago de la mesada.

Pensiones con fecha de efectividad menor a julio 22 de 2005: Según el inciso 8° del Artículo 1 del Acto Legislativo "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

En las bases de datos del FOPEP se cuenta con información de "fecha de efectividad" la cual, para efectos de este análisis, fue interpretada como la "fecha de causación" de la que trata el Acto Legislativo.

Significa por tanto que el inciso 8° del artículo 1 del Acto Legislativo de 2.005, no es aplicable a estos casos por que el derecho se causó antes de su vigencia.

Pensiones cuya mesada es menor o igual a 3 SMMLV: Según el Parágrafo transitorio 6° del Artículo 1 del Acto Legislativo mencionado dispone "Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8 del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Para estas pensiones se verificó que su "fecha de efectividad" (fecha de causación) fuera inferior a julio 31 de 2011 y que el valor de la mesada en junio de cada uno de los años analizados fuera igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, haciendo viable el pago.

Por lo anterior, cada una de las pensiones identificadas a las que se les realizó pago de mesada 14, a pesar de estar marcadas con una "N" en el indicador de mesada 14, cumplían con alguno de los criterios establecidos por la Ley para tener derecho al reconocimiento y efectividad del pago de la mesada catorce (14).

Es de aclarar que el sistema de información del FOPEP se encuentra parametrizado

de forma tal que valida que las personas que tienen el derecho a la mesada 14 se les liquida la prestación, independientemente de la marca, aspecto conocido por los fondos y el Ministerio de acuerdo a lo informado por el Consorcio.

Damos así respuesta a su solicitud de "informar los casos en que dicha situación se presentó y las razones por las cuales se aprobaron los pagos de dichas mesadas". (Folios 145 a 147 del Cuaderno de Pruebas No.1)

La existencia de una posición por parte de la Interventoría con respecto a la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con la cláusula sexta del CONTRATO 350 DE 2007 que a juicio del CONSORCIO dispone que la Interventoría realmente tenía una función de "dirigir" y "controlar" el Fondo, conducen al CONSORCIO a sugerir que su actuación es adecuada con la obligación contractual.

Al respecto, estima el Tribunal que a la cláusula sexta del CONTRATO 350 DE 2007 no puede dársele la lectura que el CONSORCIO pretende. La mención en dicha cláusula de los hechos relativos a que el Ministerio tiene la "dirección y control integral del FONDO" y a que el Ministerio "realizará una interventoría especializada" que a la postre fue contratada para que fuera adelantada por un tercero, no puede ser considerada como un desplazamiento de la dirección del Fondo del Ministerio para radicarla en cabeza del tercero interventor. Bajo esa premisa, no se podría concluir que el Interventor tenía la facultad de interpretar el Acto legislativo 01 de 2005, la de disponer la manera en la cual se debían reconocer los derechos pensionales por parte de los fondos reconocedores o siquiera la de dar instrucciones al CONSORCIO en representación del Ministerio.

La anterior conclusión, tiene asidero en las mismas declaraciones del Director del Proyecto de Interventoría, José Ricardo Díaz Quiroga, quien al respecto se pronunció a partir de una pregunta de unos de los apoderados:

"DR. MANZANO: Es decir, sabemos que hay un sistema a través del cual se realizan esos pagos y a través de ese sistema se determina si alguien va a recibir el pago o no. La pregunta es, ¿si la parametrización que tenía ese sistema obedecía a la interpretación dinámica que se ha llamado en este Tribunal y que de pronto usted no entiende o la interpretación estática?"

SR. DÍAZ: Si entiendo bien, debo comenzar respondiendo que es claro que dentro de las funciones de la Interventoría no estaba el verificar la determinación de la pensión para el pensionado en cada Fondo. Eso debe ser claro para los señores

Jueces, en el sentido de que nosotros no teníamos injerencia, ni nos vinculábamos con cada uno de los Fondos que forman parte del FOPEP, Cajanal, etc., etc., nosotros partíamos en el ejercicio de nuestra Interventoría de lo que cada Fondo ordenaba pagar al FOPEP. En ese orden de ideas, nosotros simplemente nos limitábamos a tomar en cuenta lo que los Fondos ordenaban pagar al FOPEP, sin entrar, vuelvo y digo, a revisar la determinación, la pertinencia en la determinación de cada pensión. No sé si con esto, aclaro o respondo su pregunta'. (Folio 30 del Cuaderno de Pruebas No. 9)

Como se observa de la declaración del Director del Interventor, éste no tenía la función de controlar la manera como cada uno de los fondos reconocedores había determinado el modo de pagar las pensiones. Esto resulta consistente con el hecho de que la interventoría lo era de la ejecución contractual del CONSORCIO pero no del proceso de determinación de las pensiones por parte de los Fondos reconocedores que constituía en sí mismo un insumo para el CONSORCIO. El Tribunal observa que al no estar dentro de las funciones del interventor verificar si los derechos pensionales estaban bien reconocidos o no por los fondos reconocedores, entonces éste no tenía a su cargo identificar ni verificar tampoco el adecuado pago de la mesada 14, sino el cumplimiento por parte del CONSORCIO de los procedimientos tendientes a aplicar controles por parte de éste para verificar tal situación. Cualquier pronunciamiento o falta de él en torno al cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONSORCIO por concepto del Contrato 350 de 2007, no podría entenderse como si comprendiera una posición sobre la forma como el CONSORCIO estaba interpretando la información suministrada por los fondos reconocedores sobre los derechos pensionales reconocidos.

Por lo anterior, se reitera que debido a su calidad como encargado fiduciario sometido a una carga de buena fe con su fideicomitente, la obligación del CONSORCIO ante una situación que le pusiera de presente una aparente contradicción o circunstancia extraña en la ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, no debería haber sido la de tomar una decisión inconsulta al respecto, sino la de haber solicitado al Ministerio una instrucción clara y precisa sobre la materia.

VII. EL MINISTERIO CONSIDERA QUE EL CONSORCIO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES Y PAGO MAL.

En términos generales se soportan las excepciones del Ministerio frente a la demanda principal, así como las pretensiones de la demanda en reconvención en que durante la

ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, el CONSORCIO, al aplicar el "método dinámico" para efectos del pago de la mesada 14 incumplió las instrucciones de la entidad y sus obligaciones contractuales.

1. El argumento del Ministerio de la falta de conformidad de los pagos realizados por el CONSORCIO con las instrucciones y los procedimientos dictados por el Ministerio y la ausencia de validación de éste y de los Fondos Reconocedores a la manera en la cual se pagaba la mesada 14.

Para el Ministerio, su instrucción dada al respectivo encargado fiduciario en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004, el 6 de septiembre de 2005 por parte de Diana Arenas en su calidad de Directora General de Seguridad Económica y Pensiones, según la cual se solicitó que "el Consorcio establezca dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada", fue incorrectamente interpretada por el anterior encargado fiduciario al momento de producir los ajustes al software utilizado para el cumplimiento del contrato en cuestión en el sentido de que el mismo reflejara el "método dinámico" para efectos del pago de la mesada 14. Lo anterior es soportado con la comunicación suscrita por la funcionaria del Ministerio, y su propia declaración en donde explicó cuál era el sentido de la misma.

De igual manera, arguye el Ministerio que la instrucción del Ministerio, en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 "era clara frente a la marcación con "N" que implicaba la ausencia de reconocimiento de Mesada 14 al pensionado", y en consecuencia, considera la entidad, que la aplicación del "método dinámico" se constituye en un incumplimiento de la instrucción.

El Tribunal reitera que no es competente para juzgar la legalidad de las actuaciones ocurridas en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004 y que la prueba que reposa en el expediente de este trámite, correspondiente a la comunicación del 6 de septiembre de 2005 suscrita por Diana Arenas, no es lo suficiente clara como para inferir de su sola lectura que la misma suponía el requerimiento de un ajuste del software para implementar el "método dinámico" o el "método estático", como se expuso en el acápite anterior.

Por su parte, respecto de la instrucción en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007, concretada en la entrega de un software en el que ciertamente se incluía una marcación con la letra "N" respecto de aquellos pensionados sin derecho al pago de la mesada 14,

estima el Tribunal que dicha situación era transparente para ambas partes del Contrato, y que cualquier aplicación del sistema en un sentido diferente, alternativo o condicional del "NO", debería haber sido objeto de advertencia, esto es, de alerta, consulta o previsión por ambas partes.

El Tribunal observa que el CONSORCIO, con ocasión de su rol como profesional de la administración de recursos –y en este caso recursos públicos-, tenía una carga de diligencia, advertencia y previsión que lo obligaba a detectar una aparente incoherencia en el funcionamiento del Fondo como lo podía ser el pago de un derecho pensional a una persona que al menos en apariencia –por la marcación de la casilla No- no lo tenía. De ello consecuentemente, se habría debido desprender una actuación del CONSORCIO que tendiera a clarificar la situación o a obtener una precisa orientación sobre el particular. De haber procurado una instrucción clara del Ministerio, el CONSORCIO hubiera entonces podido tomar las medidas correctivas en el funcionamiento del Fondo, o del mismo software. Sin embargo, el CONSORCIO decidió asumir una posición inconsulta con el Ministerio y proceder con el pago de las mesadas 14 a algunos pensionados que estaban marcados con la letra "N".

Adicionalmente, arguye el Ministerio que no existen evidencias de que el Ministerio o los fondos reconocedores hubieran sido informados por parte del CONSORCIO o tuvieran certeza acerca de la manera como se aplicaba el "método dinámico" para el pago de la mesada 14 en contravía de la instrucción recibida. Al respecto, el Tribunal observa que no existe en el expediente algún documento en el que de manera expresa, en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007, el CONSORCIO pregunte al Ministerio o a alguno de los fondos reconocedores la manera como debía cumplir el pago de la mesada 14 respecto de aquellos pensionados marcados con la letra "N".

No obstante lo anterior, observa también el Tribunal, que en el expediente sí existen pruebas de que el Ministerio había sido informado de ciertos eventos en que a pesar de la presencia de la marcación "N", el CONSORCIO había procedido con el pago. Al respecto se pronunció el testigo Jorge Armando Rodríguez, director jurídico del encargado fiduciario:

"DR. MANZANO: Palabras más, palabras menos, ¿los fondos conocían que se estaban pagando las mesadas 14 a aquellas personas que cuando se causó la pensión, cuando se causó su derecho, tenían unos valores superiores a los tres salarios mínimos?"

SR. RODRÍGUEZ: Sí, de hecho, pues obviamente reconstruyendo la información porque ya han pasado bastantes años del tema, mirando los archivos, encontré unos documentos donde expresamente se le está informando al Fondo, incluso va copiado también al Ministerio algunos de esos documentos, cómo se liquidó la mesada 14 y la precisión de cómo se aplicó la liquidación de la mesada 14. (...)

En el expediente obran las siguientes comunicaciones aportadas por uno de los testigos: DS-EXT-350-0274-08 de fecha 20 de junio de 2008, DS-EXT-350-272-08 de fecha 20 de junio de 2008, DS-EXT-350-280-08 de fecha 16 de junio de 2008, DS-EXT-350-277-08 de fecha 16 de junio de 2008 y DS-EXT-350-273-08 de fecha 16 de junio de 2008. En los documentos anexos a cada una de ellas se puede leer: *"Pensionados con marca NO Liquidación de Mesada Adicional, SI se Liquida Mesada Adicional por Valor Inferior a 3 SmIV"*.

Del mismo modo, se rindieron en el presente trámite las declaraciones de Nelson Camargo y Alfonso Robayo, ambos funcionarios del encargado fiduciario, quienes afirmaron sobre la existencia de un informe anual conocido por el Ministerio en el cual se evidenciaba la aplicación del "método dinámico" para el pago de la mesada 14.

-Declaración de Nelson Camargo, Director de sistemas del encargado fiduciario:

*"SR. CAMARGO: Hay un reporte que se llama mesada.lct que conozco que se desarrolló porque mientras mi estadía en Computec se llevó a cabo junto con el requerimiento cuando en el 2005 me entrega... (Interpelado)
(...) Ese reporte de cuando llegué en el 2009 se mantenía y se ha mantenido durante el tiempo, ese reporte se genera solamente en el mes de junio y se entrega junto con los productos de la nómina tanto a los fondos como al Ministerio.
(...) Que se genera solamente en junio que se llama mesada14.lst que contiene solo los datos de la mesada 14, ahí se pueden identificar las mesadas que fueron liquidadas con respecto al tema de las fechas de los 3 salarios mínimos." (Folio 76 del Cuaderno de Pruebas No.9)*

- Declaración de Alfonso Robayo, Gerente del encargado fiduciario:

"DR. VERA: En qué año fue ese informe?"

SR. ROBAYO: Este informe está a disposición como les digo desde el año 2006

hasta el año 2012 porque en el 13 ya no se generó, y básicamente como yo lo relaté es el informe donde precisa si se liquidó, justamente para las marcadas como n si se les liquidó o si no se les liquidó la mesada.

DR. CHALELA: Ese listado que usted menciona como reporte anual de mesada 14 tiene manera de visualizar respecto de cada uno de los pensionados que contiene a cuáles de ellos les surge el pago de la mesada 14 y tiene manera de establecer por cuál de las variables surge ese pago, es decir, si surge por el cambio de los tres salarios mínimos mensuales vigentes?

SR. ROBAYO: Claro que sí, y justamente está dirigido repito a los marcados como no y en la parte de la observación sencillamente se lee frente a cada uno de los datos de los pensionados y su equipo de prestación si aplica o no aplica, entonces en los que dice no aplica dice clara en las observaciones: no aplica mesada 14, que es la gran mayoría y a los que sí aplica dice: aplica por inferior a tres salarios mínimos.

DR. CHALELA: Esa precisión que hace el listado en los términos en que los haga porque no lo tengo a la vista, le pregunto si esa precisión permite también establecer si el pensionado al que se le paga mesada 14 en ese período no era susceptible anteriormente de ser objeto de mesada 14?

SR. ROBAYO: El listado es el resultado del producto del sistema a evaluar si la persona tiene menos de tres salarios mínimos o tiene tres o más salarios mínimos, sencillamente para poner un ejemplo en este listado que traje a nivel de ejemplo, está el documento que en la primera línea se lee 4164107, el nombre del pensionado Salgado Cadena Luis Hernando, después viene la resolución que es la 3101, el tipo de pensión que es Jubilación Nacional y en observaciones para este caso dice: no aplica mesada 14, es decir que en ese período exactamente no se liquidó la mesada 14. Hay otro pensionado más abajo que dice: aplicada por inferior a tres salarios mínimos legales vigentes.

(...) DR. VERA: En ese mismo listado se puede identificar las personas que a pesar de tener la marca de la letra n se les pagó la mesada 14 por ser inferior a tres salarios?

SR. ROBAYO: Sí, así es porque repito, el listado solamente hace referencia a aquellos pensionados marcados con la letra n solamente, los demás que no tienen la letra n o que tienen la sí a partir del 2005, o que no la tienen porque es anterior al 2005 no la tienen y se excluyen de este listado, este listado es el inventario de la aplicación de esa funcionalidad, dice a quiénes se les aplicó y a quiénes no se les aplicó." (Folios 80 a 82 del Cuaderno de Pruebas No.9)

Así las cosas, para el Tribunal es también claro que si bien no existen pruebas de que el CONSORCIO haya solicitado al Ministerio o a los fondos reconocedores instrucciones precisas sobre la manera como debía proceder para efectos del pago de la mesada 14, existen evidencias de que el Ministerio recibió información a partir de la cual hubiera podido notar con un poco de diligencia en la supervisión del Contrato, que el CONSORCIO estaba dando aplicación al "método dinámico", de suerte que con solo indagar o reparar acerca del contenido de los documentos recibidos habría podido ponerse en evidencia para el Ministerio la situación durante la ejecución del Contrato 350 y no solo al momento de su liquidación.

El numeral 4 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dispone como uno de los derechos y deberes de las entidades estatales, el siguiente:

"4°. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías".

Por su parte, conforme se prevé en el párrafo cuarto de la cláusula cuarta del Contrato 350 de 2007, para efectos del mismo "EL MINISTERIO ejercerá los derechos que la ley concede a los fideicomitentes y beneficiarios". Este doble rol, observa el Tribunal, otorgaba al Ministerio un alto grado de maniobra al momento de ejercer facultades de supervisión al CONTRATO 350 –directa o indirectamente a través de un interventor-. Así las cosas, en concordancia con los artículos 1235 y 1236 del Código de Comercio, en los que se establecen los derechos de beneficiarios y fiduciante o fideicomitente, el Ministerio estaba facultado, entre otras cosas, para exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones (numeral 1 del artículo 1235); obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución (numeral 3 del artículo 1236); y exigir rendición de cuentas (numeral 4 del artículo 1236).

El Tribunal considera que la posición del Ministerio como contratante del CONSORCIO sumada a los derechos que la ley y el contrato le otorgaron al Ministerio respecto de la

ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, le exigían a la entidad estatal una carga de diligencia y responsabilidad que, se reflejaba en que en los eventos en que recibiera información que le generara dudas o inquietud sobre la manera en la cual se estaban cumpliendo las obligaciones, indagara sobre el significado de dicha información, y de considerarlo pertinente, se tomarán las consecuentes medidas, en particular, la de dar instrucciones al CONSORCIO en su calidad de fideicomitente, efecto para el que contaba con las facultades y poderes de "dirección y control integral" del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Incluso, estima el Tribunal, aun en el evento en que no hubiera recibido información de la cual se pudiera explícita o implícitamente derivar que el CONSORCIO aplicaba el "método dinámico", la ley y el contrato asignaron en cabeza del Ministerio un conjunto de deberes y derechos de los cuales ciertamente se hubiera podido valer esta entidad para verificar la manera como se venía pagando la mesada 14. Al respecto, no se puede perder de vista que el cumplimiento del contrato en lo que respecta al pago de la mesada 14 tiene unas implicaciones económicas representadas en considerables montos de recursos públicos. No es un asunto de poca monta, ni una obligación menor dentro del catálogo de asuntos propios del Contrato.

Con relación a las instrucciones del Ministerio, los alegatos de su apoderado invocan el documento con radicado GPSPC-CG-674 del 16 de junio de 2008, mediante el cual el Coordinador General y Área de Pensiones le remite a la Directora General de Seguridad Económica y Pensiones, Interventora Convenio Fopep – Ministerio de la Protección Social, la certificación de nómina pensionados Puertos de Colombia – junio de 2008, y en donde se incluye la siguiente frase: "La Coordinación de Pensiones con oficio GPSPC – AP – 1351 dio respuesta a carta de 6 de junio de 2008 DS – EXT – 350 – 0250-08 del CONSORCIO Fopep, en el cual se le solicitó abstenerse de liquidar la mesada adicional de mitad de año de 2008, y en el evento en que se liquiden, reintegrar los dineros a la Nación, con el fin de evitar un DOBLE PAGO, comoquiera que la nómina de mayo de 2008 el Grupo ordenó pagar estas mesadas a las cédulas relacionadas a continuación, las cuales fueron enviadas en la pre nómina de junio de 2008 en el archivo M14FOPEP con la Marca "N" (No liquidar Mesada adicional)". A juicio del apoderado del Ministerio, lo anterior prueba, "que el CONSORCIO inobservó la instrucción de no pago" y que el Ministerio "cuando evidenció la instrucción de pago a favor de pensionados marcados con "N", exigió la restitución de los recursos a la Nación en comunicación dirigida al Consorcio Fopep 2007".

En primer lugar, El tribunal observa que el "oficio GPSPC – AP – 1351" no obra en el expediente, y por lo mismo, no es posible determinar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se produjo su contenido y, en particular, cual fue la presunta instrucción que se le dio al CONSORCIO. Por otra parte, también observa el Tribunal que la comunicación que sí obra en el expediente y que es referida por el apoderado del Ministerio, no evidencia una instrucción clara y precisa por parte de dicha entidad con respecto a la manera como ha debido procederse con el pago de la mesada 14 de los pensionados que cumplen con las condiciones previstas en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005.

Como consecuencia de las anteriores circunstancias, concluye el Tribunal que a pesar de que no existen pruebas de que el CONSORCIO haya solicitado instrucciones precisas o haya informado claramente al Ministerio sobre la aplicación del "método dinámico" para el pago de la mesada 14 de los pensionados que cumplían con las condiciones previstas en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, tampoco existen pruebas en el expediente de que el Ministerio haya dado una instrucción clara sobre la materia o cumplido cabalmente con sus deberes como fideicomitente y beneficiario y como máximo ente de dirección y control del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

2. El deber fiduciario del CONSORCIO con ocasión del control del cumplimiento del Contrato 350 de 2007.

El Ministerio se opone a los argumentos planteados por el CONSORCIO en lo relativo a que la falta de reproche por parte de la Interventoría sobre la aplicación del "método dinámico" validó su actuar. Para tales efectos, y en aras de contradecir la comunicación 44002-06-3169-14 del 19 de mayo de 2014, a través de la cual el interventor señaló que a su juicio, los pagos efectuados a pensionados que estaban marcados con la letra "N" correspondían a personas que "cumplían con alguno de los criterios establecidos por la Ley para tener derecho al reconocimiento y efectividad del pago de la mesada catorce (14)", así como las declaraciones del Director de la Interventoría en un sentido similar, el apoderado del Ministerio recalcó que dicho ente no tenía la facultad para interpretar el CONTRATO 350 DE 2007, y por ello, su actuación no podría derivar certeza en el CONSORCIO sobre la manera como debía cumplir sus obligaciones.

En páginas anteriores este Tribunal expresó su percepción sobre el alcance de las obligaciones a cargo del interventor, y cómo las mismas no comprenden la función de

verificar si los derechos pensionales estaban bien reconocidos o no por los fondos reconocedores, por lo que cualquier pronunciamiento o falta de él en torno al cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONSORCIO por concepto del CONTRATO 350 DE 2007, no puede entenderse como si comprendiera una posición sobre la forma como el CONSORCIO estaba interpretando la información suministrada por los fondos reconocedores sobre los derechos pensionales reconocidos, y mucho menos, como un reflejo de la posición del Ministerio.

Ante dicha situación, reitera el Tribunal que debido a su posición como encargado fiduciario sometido a una carga de buena fe con su fideicomitente, la obligación del CONSORCIO ante una situación que le pusiera de presente una aparente contradicción o circunstancia extraña en la ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, no debería haber sido la de tomar una decisión inconsulta al respecto, sino la de haber solicitado al Ministerio una instrucción clara y precisa sobre la materia, o utilizar cualquier otro recaudo previsto en la ley para dilucidar una instrucción confusa, contradictoria o la misma ausencia de ellas.

El Ministerio también se opone al argumento del CONSORCIO según el cual, el reproche por parte del Ministerio a la aplicación del "método dinámico" en el CONTRATO 350 DE 2007, va en contra de los actos propios de la entidad según ésta actuó en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004. Al respecto, este Tribunal considera pertinente los argumentos de defensa presentados por el Ministerio, y reitera que las circunstancias ocurridas en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004 no tienen la virtud jurídica de inspirar la conducta de las partes del contrato cuyo conocimiento le compete.

Por otra parte, como ya fue previamente analizado, no observa el Tribunal que el documento que el CONSORCIO invocó como instrucción clara de parte del Ministerio en vigencia del CONTRATO 067 DE 2004 sobre la manera en la cual se debía pagar la mesada 14 de aquellos pensionados que se adecuaron al supuesto previsto en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, tuviera la suficiente claridad como para reflejar uno u otro sentido. Por el contrario, la supuesta instrucción dada en septiembre de 2005 por Diana Arenas en su calidad de Directora General de Seguridad Económica y Pensiones según la cual se solicitó que "el CONSORCIO establezca dentro del sistema un mecanismo de control de acuerdo con el monto de la mesada", no era lo suficiente clara para este Tribunal en el sentido de que la misma suponía el requerimiento de un ajuste del software para implementar el "método dinámico" o en su defecto el "método estático". En ese orden de ideas, no se considera que una instrucción poco clara dada en el curso del CONTRATO 067 DE 2004

tenga la fuerza suficiente como para crear una expectativa de confianza legítima a partir de los actos del Ministerio y, por lo tanto, lo que debiera haber procedido por parte del encargado fiduciario en cumplimiento del CONTRATO 350 DE 2007, era la solicitud al Ministerio de una instrucción sobre la manera en la cual se debería cumplir su obligación en ejecución de este contrato.

3. El presunto pago indebido por parte del CONSORCIO como soporte de las pretensiones de la Demanda en reconvención.

Se soportan las pretensiones de la demanda en reconvención en señalar que el CONSORCIO incumplió con sus obligaciones del CONTRATO 350 DE 2007, toda vez que realizó 3554 pagos por concepto de mesada 14 a pensionados que a su juicio, no tenían derecho en aplicación del párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, según señala el Ministerio, ya que el CONSORCIO interpretó indebidamente el contenido del Acto Legislativo 01 de 2005 o, de manera subsidiaria, arguye el Ministerio que el CONSORCIO contrarió la instrucción recibida de su parte sobre la manera como se debía proceder para tales efectos.

Conforme señala el Ministerio, en ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, el Ministerio no tuvo conocimiento sobre la forma o modo como se efectuaba el pago de la mesada 14 por parte del CONSORCIO, de manera que los pagos en aplicación del "método dinámico" no corresponden a una instrucción por parte del Ministerio sino, por el contrario, a actos inconsultos del CONSORCIO, quien, según el Ministerio, desatendió sus instrucciones al pagar derechos pensionales de la mesada 14 a personas que estaban marcadas con la letra "N" en el software utilizado para el procesamiento de la información. Adicionalmente, considera que el CONSORCIO inobservó la instrucción del Ministerio al proceder con el pago de la mesada 14 con posterioridad a que el Ministerio remitiera al CONSORCIO el documento con radicado GPSPC-CG-674 del 16 de junio de 2008, donde se incluyó la siguiente frase: "La Coordinación de Pensiones con oficio GPSPC – AP – 1351 dio respuesta a carta de 6 de junio de 2008 DS – EXT – 350 – 0250-08 del CONSORCIO FOPEP, en el cual se le solicitó abstenerse de liquidar la mesada adicional de mitad de año de 2008, y en el evento en que se liquiden, reintegrar los dineros a la Nación, con el fin de evitar un DOBLE PAGO, comoquiera que la nómina de mayo de 2008 el Grupo ordenó pagar estas mesadas a las cédulas relacionadas a continuación, las cuales fueron enviadas en la pre nómina de junio de 2008 en el archivo M14FOPEP con la Marca "N" (No liquidar Mesada adicional)".

Como se mencionó anteriormente, la comunicación que es referida por el apoderado del Ministerio no evidencia una instrucción clara y precisa por parte de dicha entidad con respecto a la manera como se debería proceder con el pago de la mesada 14. Por otra parte, como también fue previamente observado, más allá de la sola entrega de un software con una metodología en particular, tampoco existen evidencias en el expediente de que el Ministerio haya dado una instrucción clara sobre la materia en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 o ejercido adecuadamente sus deberes derivados como fideicomitente, como beneficiario y como máximo ente de dirección y control del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se observa que por parte del CONSORCIO se haya cumplido perfectamente su obligación de administración de recursos que además tenían el carácter de públicos, pues como se mencionó anteriormente, debido a su calidad como encargado fiduciario sometido a una especial carga de diligencia para con su fideicomitente, la obligación del CONSORCIO ante una situación que le pusiera de presente una aparente contradicción o circunstancia indefinida en la ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, no debería haber sido la de tomar una decisión al respecto, sino la de haber solicitado al Ministerio una instrucción clara y precisa sobre la materia.

VIII. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público se pronunció en el curso del presente trámite a través de la Procuradora Cincuenta (50) Judicial II para Asuntos Administrativos, y al respecto manifestó que al CONSORCIO no le asiste responsabilidad en lo que respecta al supuesto pago indebido de la mesada.

A juicio del Agente del Ministerio Público, aun cuando los pagos efectuados por el CONSORCIO no se ajustaron al Acto Legislativo 01 de 2005, las causas de dicha circunstancia no son imputables a este, por lo que no se le podría derivar responsabilidad sobre la materia. En tal sentido, considera el Ministerio Público que la causa determinante para el pago de las mesadas 14 en aplicación del "método dinámico" es la parametrización del software utilizado por el CONSORCIO y entregado por el Ministerio al inicio de la ejecución del CONTRATO 350 DE 2007, el cual asume dicho método al permitir el pago de la mesada 14 a pesar de la inclusión de una instrucción de no pago a través de la marcación del respectivo pensionado con la letra "N".

La representante del Ministerio Público consideró relevante valorar las actuaciones adelantadas por el encargado fiduciario del CONTRATO 067 DE 2004. Al respecto, previas consideraciones sobre el alcance del verbo "percibir" para los efectos del párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, el Ministerio Público señala que la parametrización del software para el funcionamiento del fondo en aplicación del "método dinámico" constituyó un incumplimiento del anterior encargado fiduciario de la instrucción del Ministerio y que dicha situación determinó que el Ministerio entregara al CONSORCIO contratista del CONTRATO 350 DE 2007 un sistema que asumía dicha situación.

Considera el Ministerio Público que el Ministerio de Trabajo tuvo conocimiento de la interpretación dada por el encargado fiduciario del CONTRATO 067 DE 2004 al Acto Legislativo 01 de 2005, y que a pesar de ello, la entidad contratante no adoptó medidas correctivas para exigir un adecuado cumplimiento de su instrucción, lo que determinó que el encargado fiduciario del CONTRATO 350 DE 2007, esto es el CONSORCIO FOPEP 2007, continuará pagando la mesada 14 en aplicación del "método dinámico".

Adicionalmente, estima, que el CONSORCIO FOPEP 2007 no estaba obligado a adaptar o corregir el software recibido del Ministerio, pues dicha situación solamente procedía en tanto se identificara un error o inconsistencia en su operación, lo cual, a su juicio, solamente se presentó durante la etapa de liquidación del contrato 350 de 2007. Por ello, el Ministerio Público estima que no es posible responsabilizar al CONSORCIO FOPEP 2007 por los errores acaecidos en la ejecución del contrato anterior, pues fue en virtud de tal contrato que debieron ejercerse los reclamos pertinentes.

Para la representante del Ministerio Público, la entidad contratante, en vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 tenía conocimiento de la aplicación del "método dinámico" para el pago de la mesada 14, y a pesar de ello, no solicitó explicaciones, no indagó sobre las causas, no solicitó una revisión de los parámetros del sistema, no remitió el caso al interventor o tomó cualquier otra medida que permitiera verificar que el sistema de pago se encontrara acorde con su instrucción. En consecuencia, a su juicio, la aplicación de "método dinámico" por parte del CONSORCIO es una consecuencia de la entrega del software efectuada por el Ministerio bajo esas condiciones, por lo que no se le podría derivar responsabilidad alguna por ello, cuando de esa manera se encontraba cumpliendo el objeto contractual.

El Tribunal estima que el Ministerio Público hizo un análisis concienzudo de los hechos

que rodearon la controversia que nos compete; sin embargo, no comparte sus conclusiones finales, así como tampoco la visión que éste tiene sobre el rol del CONSORCIO FOPEP 2007 ante la aplicación del "método dinámico" para el pago de la mesada 14 a pesar de que el respectivo pensionado tenga la marcación con la letra "N", por lo que respetuosamente se apartará de su concepto como será expuesto con mayor detalle más adelante en el presente Laudo.

IX. RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA: CALIFICACIONES Y CONCLUSIONES.

Para avocar la calificación en derecho de la controversia que debe dirimirse, el tribunal parte de lo medular del **Contrato Estatal de Encargo Fiduciario de Administración y Pago** que existió entre las partes, y como el corazón de los mutuos reproches son unos determinados pagos que a estas alturas del laudo tienen un valor claramente entendido, como es lo relativo a la **Mesada 14**, debe el tribunal, en primer lugar, recordar que "**El pago efectivo es la prestación de lo que se debe**" (Artículo 1626 del Código Civil), y que tienen bien establecido la doctrina y la jurisprudencia del derecho común que **pago efectivo** es el que se realiza de manera legítima, ajustado a derecho, que cuando se paga por otro debe ser conforme a lo que haya autorizado el obligado al pago ("**Por quién puede pagarse**", artículos 1630 a 1633 ibidem) y tomando en consideración lo que arroje el examen del destinatario del pago ("**A quien debe hacerse el pago**", artículos 1634 a 1644, ibidem).

Lo anterior, que compromete normas fundamentales del derecho de las obligaciones, no es una mera disquisición retórica. No. Estas premisas constituyen el corazón de la valoración en derecho de la controversia de las partes que no puede quedar diluida en el análisis, exclusivamente, de los medios tecnológicos, especialmente informáticos (los canales o autopistas de la información; los códigos de toda clase; los programas utilitarios; los aplicativos), porque a la cabeza de las reflexiones que conformarán la convicción definitiva del tribunal están los presupuestos de derecho que han debido observarse para concluir si el CONSORCIO FOPEP 2007 cumplió cabalmente, conforme a derecho y al contrato, la obligación de resultado que interesa en este debate, esto es, **si pagó bien**.

Tal y como se acaba de puntualizar, cuando se paga por otro, y con más razón tratándose de un contrato estatal, con dineros estatales, es necesario analizar la habilitación del pagador y las facultades del mandante atentos a que la autoridad

regulatoria ha consignado como instrucción para este tipo de contratos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, artículo 146, "**Normas aplicables a los encargos fiduciarios**") que "*En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas previstas en el presente estatuto*".

En este arbitraje no están en discusión las facultades del mandante, el MINISTERIO, en su doble calidad de FIDUCIANTE y BENEFICIARIO (Cláusula Cuarta, Parágrafo Cuarto). Está en discusión si la conducta del MINISTERIO tiene virtud para que la convocante (CONSORCIO FOPEP 2007) saque las conclusiones que desarrolla en su alegato de conclusión y tengan mérito para que encuentren prosperidad sus **Pretensiones**, bien porque habría hecho esos pagos "*de conformidad con las instrucciones y procedimientos entregados por el Ministerio*" (**Primera Pretensión**), o "*con el aval y/o aprobación de Ministerio y/o los Fondos Reconocedores de pensiones*" (**Segunda Pretensión**), o porque "*la conducta del Ministerio fue la causa determinante de los pagos realizados por el Consorcio*" (**Tercera Pretensión**), o porque "*el Ministerio con su proceder contractual transgredió el deber de coherencia y actuó contra actos propios al desconocer la procedencia de los pagos realizados por el Consorcio en relación con la Mesada 14*" (**Cuarta Pretensión**), o porque "*los pagos realizados en relación con la Mesada 14 se efectuaron de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005*" (**Quinta Pretensión**), todo lo anterior de acuerdo con lo que obra en la Demanda Reformada, en la que no existen Pretensiones Subsidiarias.

El MINISTERIO DEL TRABAJO, por su parte, se opone a las Pretensiones de la convocante con las excepciones que articuló en su contestación⁹ y busca, además, que encuentre mérito su Demanda de Reconvención cuyos argumentos centrales resumió así en su alegato de conclusión:

- Que el CONSORCIO FOPEP 2007 inobservó las instrucciones del FIDEICOMIENTE – MANDANTE, o incumplió el contrato (Petición Subsidiaria), lo que dio como resultado el pago indebido de 3554 Mesadas 14, porque se hizo a pensionados que no habían causado ese derecho.

⁹ Están rotuladas así. 1 "Ausencia de incumplimiento de las obligaciones a cargo del Ministerio del Trabajo"; 2 "Responsabilidad contractual del fiduciario"; 3 "Cumplimiento del deber de coherencia y actos propios" 4 "Excepción genérica" (Páginas 16 a 34 de la contestación de la demanda, Folios 245 a 259 del Cuaderno Principal No. 2)

- Demanda “La responsabilidad contractual del Consorcio y/o de las sociedades que lo integran como consecuencia de la responsabilidad del fiduciario”.
- Solicita “El reconocimiento y pago del valor adeudado dada la certeza del monto a partir de las pruebas aportadas y el dictamen pericial practicado y que no fue objetado”¹⁰.

1. El pago bien hecho.

Sin necesidad de reeditar los principios básicos del derecho de las obligaciones respecto del pago, debe el tribunal precisar lo que habría constituido en el caso *sub lite* el pago efectivo bien hecho, para confrontar la conducta de las partes con ese elenco de condiciones, requisitos y presupuestos.

1.1. Las fuentes normativas del pago bien hecho, en este caso.

El tribunal ya reseñó la variedad de obligaciones que el FIDUCIARIO asumió bajo el CONTRATO 350 de 2007 y destacó que todo estaba predispuesto para que **la obligación de pagar la Mesada 14** -restringiendo estas reflexiones a lo que el tribunal debe despachar- se hiciera en forma ajustada a derecho.

Cuando se suscribió este contrato (30 de noviembre de 2007) ya existía el Acto Legislativo No. 01 de 2005 y ya había desplegado su fuerza normativa en el sistema de pensiones de la nación, de tal manera que sin necesidad de que el tribunal tenga que hacer un pronunciamiento especial para articular las obligaciones de las partes en la norma constitucional, es suficiente considerar que *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, tal y como lo preceptúa el artículo 38 de la Ley 153 de 1883. En mérito de lo expuesto, sin necesidad de más raciocinios, es necesario concluir que los efectos normativos del Acto Legislativo No. 01 de 2005 forman parte del derecho aplicable a esta controversia, constituyen el núcleo esencial del **pago bien hecho** y están expresamente articulados en el CONTRATO 350 DE 2007, constituyéndose en la fuente normativa básica con la que habrá de dirimirse esta controversia.

Finalmente, como el tribunal ya se refirió a la normativa fundamental del pago bien

¹⁰ Lo anterior, enunciado en las páginas 53 y 54 y desarrollado en las páginas 54 a 64 del alegato de conclusión.

hecho cuando se ejecuta ese pago en nombre de un tercero, debe agregarse que el CONTRATO 350 DE 2007 se refiere expresamente a varios textos legales que considera pertinentes para la ejecución de este contrato. Naturalmente, el derecho común (Civil y Comercial) subyace, con su plataforma del derecho de las obligaciones en todas estas reflexiones y así lo previene el mismo derecho contractual estatal.

1.2 Lo contractual en este caso y la eficacia relativa de los contratos.

Esta es una controversia contractual centrada en el deber del FIDUCIARIO de pagar bien, que obra en un Contrato Estatal de Encargo Fiduciario de Administración y Pago al que ya se han hecho, en lo que va corrido de este laudo arbitral, las calificaciones necesarias para fijar su tipicidad destacándose, igualmente, sus zonas fronterizas con el derecho contractual estatal.

Faltaría solamente llamar la atención sobre el efecto relativo de los contratos¹¹, tema que el tribunal trae a colación para delimitar el escenario de sus racionios, que no pueden ir más allá de los límites temporales del CONTRATO 350 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2007 cuya vigencia expiraba a los “treinta y dos (32) meses contados a partir del primero (1º) de diciembre de 2007” (Cláusula DÉCIMA NOVENA), contrato sometido a liquidación (Cláusula VIGÉSIMA PRIMERA), la que culminó con el Acta de Liquidación Parcial de seis (6) de marzo de 2015 en la que las partes consignaron la salvedad de dejar pendiente de definición la controversia que han articulado en este arbitraje¹². En consecuencia, nada por fuera de su vigencia, ni dentro de la ejecución de otros negocios jurídicos, tiene mérito para crear obligaciones dentro de la precisa ejecución de este **CONTRATO 350 DE 2007**.

1.3. La “infraestructura tecnológica” como supuesto de un pago bien hecho.

El pago que se comprometió a hacer el FIDUCIARIO es un pago complejo sometido a una serie de pasos previos, a una secuencia determinada respecto del procesamiento

¹¹ El brocardo reza, *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

¹² En la página 30 del Acta de Liquidación Parcial consignaron las partes que sobre las discrepancias relativas al tema de la Mesada 14 “no hacen acuerdos en la presente acta de liquidación del contrato de encargo fiduciario No. 350 de 2007”, y en la CLÁUSULA TERCERA de los ACUERDOS, manifestaron: “Teniendo en cuenta lo expuesto, el informe final de interventoría y los documentos soporte del mismo, las partes se declaran parcialmente a paz y salvo por los conceptos incluidos en esta acta, **quedando pendiente de liquidación final sólo lo relacionado con el pago de 3554 “Mesada 14”, tal como se indicó en el numeral 11 de la parte considerativa de esta acta**” (Se destaca).

de los datos requeridos, y a unas verificaciones y validaciones que quedaron libradas, siendo responsabilidad del FIDUCIARIO, a la aptitud de la *"infraestructura tecnológica que garantiza la adecuada, eficiente, segura y oportuna operación, de los procesos informáticos, administrativos, técnicos y financieros"* (Cláusula SÉPTIMA, No. 5 **Obligaciones de sistemas**), de donde debe concluir el intérprete que esa plataforma tecnológica era un elemento o presupuesto necesario del pago, previsto contractualmente, en este caso, para procesar de manera correcta los pagos que se comprometió a hacer el FIDUCIARIO.

Sin perjuicio de la crítica que merece la fórmula de la Cláusula DÉCIMA¹³ del contrato (**Naturaleza de las Obligaciones del Encargo Fiduciario**), está fuera de toda duda que **"el desarrollo del sistema de información"** era una **obligación de resultado** a cargo del FIDUCIARIO cuya comprensión y alcances no pueden diluirse, en este caso, con la mera negligencia del FIDEICOMITENTE, o con las elaboraciones *ex post* de la convocante apoyadas en apariencias jurídicas, o en el espejismo de instrucciones o validaciones concluidas a partir de comportamientos equívocos del FIDEICOMITENTE, puesto que el cabal entendimiento de esta obligación de resultado era el desarrollo de un sistema de información actualizado, apto y seguro para que su tarea principal fuera eficaz, esto es, para que los pagos que se ejecutaban o procesaban por esa plataforma de la información estuvieran bien hechos. La aptitud plena del sistema de información que el FIDUCIARIO debía desarrollar y mantener actualizado era una obligación de resultado, de la esencia¹⁴ del pago bien hecho que, tanto por su naturaleza como por los bienes y cometidos estatales implicados, no puede tener atenuantes o dulcificaciones de ninguna clase.

En este orden de ideas, si el FIDUCIARIO asumió una obligación de resultado, sencilla en su enunciación, seguramente compleja en su ejecución, no puede servir de excusa para no haber pagado bien (la controversia) pretextar que el sistema informático había sido predispuesto de una determinada manera, que él no fue su creador, que tenía incorporada una determinada interpretación de la ejecución contractual en controversia (las Excepciones) y que de todo ello -sistema, programación, programas e

¹³ Se reproduce para mayor claridad: "Las obligaciones que adquiere el CONSORCIO en virtud de este contrato, **con excepción del desarrollo del sistema de información**, son de medio y no de resultado. EL CONSORCIO responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión". Se destaca.

¹⁴ No puede perderse de vista que el pago también puede ser, además de un medio de extinguir obligaciones (Código Civil, artículo 1625), un negocio jurídico autónomo, aislable, dentro del cúmulo de relaciones jurídicas con las que conviva (Código de comercio, artículo 878), del que pueden predicarse o distinguirse las cosas que son de su esencia, de su naturaleza o meramente accidentales (Código civil, artículo 1501).

interpretación predispuesta- no es responsable el FIDUCIARIO, a pesar de los deberes de actualización, de toda clase, para asegurar que esa herramienta contractual fuera apta para que los pagos que cursaban por ella resultaran, siempre, bien hechos, estándar de ejecución contractual de fácil entendimiento si se toma en cuenta que se trata de una obligación de resultado, tal y como lo ha sentado el tribunal en varias partes de este laudo arbitral.

La decisión que se proferirá toma en cuenta este aspecto o modalidad de la ejecución contractual y para ello se funda en la atribución de obligaciones y cargas de carácter informático y tecnológico que trae el texto contractual en el No. 5 "**Obligaciones de Sistemas**", de la Cláusula SÉPTIMA.

2. Lo acaecido con anterioridad y las anheladas instrucciones.

El CONTRATO 350 DE 2007 comenzó a regir el 30 de noviembre de ese mismo año y bajo el rótulo anterior ("**Lo acaecido con anterioridad**") caben todos los argumentos de la parte convocante para sostener que **pagó bien las Mesadas 14** por las que le reclama el MINISTERIO DEL TRABAJO, y los capítulos del No. 2 de su alegato de conclusión (Páginas 3 a 40) recogen la exposición de sus raciocinios.

En los argumentos de la convocante subyace la idea de un *continuo contractual* entre el anterior ENCARGO FIDUCIARIO y el constituido por el CONTRATO 350 DE 2007, lo que queda en evidencia a la luz sus argumentos, así: (i) Que a la convocante no se le encomendó "*la elaboración de un sistema sino la administración de uno preexistente*" (No. 2.4); (ii) Que el que pagaba era "*el sistema... bajo el método dinámico*" (no. 2.5); (iii) Que este método se implantó por instrucción del MINISTERIO antes de este Contrato 350 de 2007 y que el MINISTERIO y los FONDOS RECONOCEDORES tenían pleno conocimiento de ello, lo que la lleva a concluir, (iv) Que actuó bajo un estado de confianza legítima en el que *se limitó a aplicar, no a interpretar, una determinada instrucción*, bajo la que en ningún momento actuó como reconocedor de esas pensiones constitutivas de la Mesada 14, raciocinios que concluyen en que la convocante se habría encontrado en un verdadero *estado de inexigibilidad de otra conducta*, como en una especie de determinismo contractual del que no podía escapar.

De cara a las resoluciones que se proferirán en este laudo arbitral, el tribunal observa:

1º Es cierto que este no era el primer contrato de ENCARGO FIDUCIARIO ajustado por

el MINISTERIO como vocero del FONDO DE PENSIONES PUBLICAS DE NIVEL NACIONAL y que el CONSORCIO FOPEP 2007¹⁵ no tuvo que crear, de la nada, "*la infraestructura tecnológica que garantice la adecuada, segura y oportuna operación de los procesos informáticos, administrativos, técnicos y financieros*" (No. 5 "**Obligaciones de Sistemas**"), que incluye lo que de manera inequívoca se consigna en la Cláusula SÉPTIMA del contrato, porque esa infraestructura tecnológica ya existía a la suscripción del contrato, su propietario era el MINISTERIO y se la entregó de manera expresa al CONSORCIO contratista¹⁶.

El contratista, sobre la base de este planteamiento inicial en el sentido de no ser el creador de "*la infraestructura tecnológica*", elabora una serie de consideraciones y conclusiones en las que sostiene que no tenía obligación de intervenir esa infraestructura porque lo que tenía que hacer (Obligación) era *administrar un sistema preexistente*, y pagar al amparo de lo que arrojara la "*infraestructura tecnológica*" ya desarrollada tal y como se venía haciendo, esto es, bajo un sistema y método ya implantados en esa *infraestructura* (el "*método dinámico*"), y para la prosperidad de sus raciocinios expone cómo intervenían distintos actores en el complejo proceso de pago de las pensiones, invoca un cruce de comunicaciones a las que les da el carácter de las **autorizaciones** por las que tanto se indagó en la instrucción de este arbitraje y todo ello, como ya lo observó el tribunal en párrafos anteriores, para concluir que si lo ocurrido pudiera ser objeto de objeciones, todo habría ocurrido por culpa del FIDEICOMITENTE-BENEFICIARIO o MANDANTE de este contrato, esto es, del MINISTERIO DEL TRABAJO¹⁷.

2º Las anteriores afirmaciones y conclusiones de la convocante se apoyan en decisiones técnicas, intervenciones, rutinas y criterios de ejecución establecidos antes de la suscripción del CONTRATO 350 DE 2007, bajo otro negocio jurídico que no está en juicio en este arbitraje, que no tienen mérito alguno para mitigar o excusar los minuciosos deberes que ese contrato ponía en cabeza del FIDUCIARIO, ni para desconocer "*el valor agregado*" que un fideicomitente espera encontrar cuando confía sus intereses a la administración profesional de un OPERADOR FIDUCIARIO, bien al amparo de una fiducia mercantil (patrimonio autónomo) o de un encargo fiduciario.

¹⁵Se recuerda que se trata de un *emblema*, porque los contratistas y obligados son las cuatro fiduciarias que integran el CONSORCIO FOPEP 2007. Naturalmente, el tribunal no desconoce lo que significa CONSORCIO en la tipología de los actores del contrato estatal y a ello se atiende.

¹⁶ Acta de Entrega del 4 de diciembre de 2007.

¹⁷ Las conclusiones pueden verse en las páginas 62 y 63 de su alegato de conclusión.

3º Si bien en el contrato de mandato existe la carga de diligencia del mandatario de procurar que las instrucciones y autorizaciones que reciba sean precisas, inteligibles y suficientes, así como la de abstenerse de gestiones perjudiciales al mandante (Código civil, artículos 2149, 2157, 2158, 2174, 2175, 2184 y Código de Comercio, artículos 1262 a 1278), estos deberes son más exigentes cuando el contratista-mandatario es un FIDUCIARIO que administra recursos estatales y se ha comprometido a la acuciente tarea de **pagar bien**, sin atenuantes, en una inequívoca obligación de resultado que, en el caso bajo examen, no alcanzó ese grado de cumplimiento.

Recuérdese que para coadyuvar el logro de este parámetro de ejecución, el contrato fiduciario solamente puede ser operado por una entidad especializada, de objeto único, que forma parte del sistema financiero colombiano, sometida a la más estricta vigilancia y regulación estatal, habiéndose instituido a ese órgano de vigilancia y regulación como el juez natural de la dilucidación de situaciones confusas, oscuras, o carentes de instrucciones, por ejemplo, en las que pudiera llegar a encontrarse la ejecución del negocio fiduciario.

4º No debe olvidarse que el contratista es un colaborador de la administración y este rasgo de su carácter no encuentra manifestación alguna en la solución del impase que se estudia puesto que el FIDUCIARIO se plegó de manera inercial a lo que se venía haciendo y no puede ser excusa válida, en derecho, esa sola circunstancia para salir indemne de los cargos de la reconvención porque el contrato nuevo, el que nos ocupa, el único que interesa en este debate, el No. 350 de 2007, le imponía al contratista la obligación de mantener actualizado, a punto, en todos los aspectos, la *infraestructura tecnológica* que se le entregó de la que si bien no era su creador, debía efectuar el mantenimiento y actualización correctiva, adaptativa, en suma, que garantizara "*el correcto manejo de los recursos*" del sistema (Obligación 5.5. Cláusula SÉPTIMA), todo ello, como ya lo dejó sentado el tribunal, constitutivo de una **obligación de resultado** expresamente consignada en el texto contractual (Cláusula DÉCIMA).

En este mismo punto el tribunal echa de menos la instrucción oportuna, precisa, clara, inequívoca y determinante que ha debido librar el MINISTERIO y si el CONSORCIO, ahora, advierte esa circunstancia, aquel también tenía la obligación y los medios para haber desatado el cabal entendimiento de la manera de aplicar el mandato legal tantas veces referido. La inacción y ahora la perplejidad es mutua y merece igual grado de reproche para ambas partes.

5º En concordancia con lo anterior y a la luz de las reglas estrictas del derecho probatorio el tribunal no encuentra que haya quedado probada en el plenario que dentro de la vigencia del CONTRATO 350 DE 2007 hubiera existido la anhelada instrucción del MINISTERIO al CONSORCIO que lo hubiera habilitado para proceder como procedió, puesto que si se observa la génesis de las intervenciones en "*la infraestructura tecnológica*" para que el sistema respondiera de una determinada manera para pagar la Mesada 14 ajustada a derecho, todo parte de una iniciativa del CONSORCIO, socializada por fuera del MINISTERIO, que cuando este la conoce por copia que se le compulsó, el MINISTERIO se limita a hacer una observación que, inclusive, pareciera impertinente, juzgado el caso ahora, libre de los apremios del pago de la nómina, que de ninguna manera puede considerársela una instrucción plena y mandatoria, constitutiva de una autorización en debida forma que hubiera alcanzado carácter de instrucción obligatoria para el FIDUCIARIO.

En cualquier caso, estamos en presencia de comunicaciones y decisiones del contratista anterior que afectaron la infraestructura tecnológica en el año 2005, esto es, que originaron estructuras informáticas en el sistema que así se entregaron al nuevo contratista, el CONSORCIO FOPEP 2007, y si ellas no cumplían con la manera como debía efectuarse en debida forma el pago de la Mesada 14, esas circunstancias eran un aspecto que debía someterse, por una parte (el CONTRATISTA-FIDUCIARIO) a los deberes de advertencia y a las medidas correctivas consignadas en el contrato y, por la otra (el MINISTERIO-FIDEICOMITENTE), a librar instrucciones correctivas o funcionales, en fin, a proveer órdenes adecuadas y pertinentes para la cabal ejecución del contrato. Sin embargo, el acervo probatorio recogido en la instrucción nada informa al respecto, con fuerza determinante para orientar la ejecución contractual objeto de controversia en este arbitraje.

6º En este orden de ideas, el tribunal ha llegado a la convicción de que para el pago de la Mesada 14 debía tomarse una decisión única, inicial, que impactara, en lo sucesivo, de manera uniforme la vida de la Mesada 14, esto es, que el RECONOCEDOR de la pensión, quien tenía el conocimiento cierto de la fecha de causación de la pensión, habría tenido que determinar su procedencia o no, juzgando en ese momento el segundo requisito (menos de 3 salarios mínimos legales mensuales legales), interpretación que se impone a la luz de los objetivos del Acto Legislativo 01 de 2005 que, para este particular caso, deben estar por encima de otros derechos igualmente sensibles. En efecto, la búsqueda de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones es un propósito en el que están comprometidos intereses mucho más

importantes y generales que los de un grupo de eventuales beneficiarios de una interpretación aparentemente equitativa o misericordiosa, en cualquier caso a contramano del propósito expreso del Acto Legislativo 01 de 2005, la abolición definitiva de la denominada Mesada 14 en aras de la sostenibilidad del sistema pensional.

Si en el debate de ese Acto Legislativo se abrió paso la excepción tantas veces mencionada, ella tiene que interpretarse de la manera más restrictiva posible, en este caso más cercana al propósito insoslayable de aquel Acto Legislativo, la abolición de la Mesada 14. Razonar de esta manera constituía una decisión hermenéutica, a disposición de ambas partes, para la cabal ejecución del contrato y, en concreto, del pago bien hecho.

7º Finalmente, vuelve el tribunal sobre los deberes del mandante, FIDUCIANTE-BENEFICIARIO en este caso, el MINISTERIO DEL TRABAJO, que no pueden quedar reducidos al exiguo catálogo de la Cláusula OCTAVA del contrato, sino que deben comprender lo que al respecto dispone el derecho común para el mandante (Código civil y Código de comercio), y la legislación financiera y el Código de Comercio, nuevamente, para el fiduciante.

Así como el FIDUCIARIO tenía múltiples vías o expedientes para desatar o hacer producir una instrucción útil del MINISTERIO que hubiera orientado de mejor manera el pago de la Mesada 14, también el MINISTERIO tenía en sus manos el poder de dirección de ese ENCARGO FIDUCIARIO, poder que deriva de su conocimiento especializado del sistema de pensiones y de la titularidad del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE NIVEL NACIONAL, pudiendo inclusive, en gracia de discusión, naturalmente, hacer uso de un poder excepcional que se reservó en la Cláusula DÉCIMA OCTAVA para interpretar unilateralmente las cláusulas del contrato, en el caso concreto respecto de la manera como debía el operador fiduciario cumplir su obligación de pagar la Mesada 14, sin que se haya procurado, ni esta, ni ninguna otra intervención definitoria de esta gestión de pago, habiendo quedado el contrato huérfano de dirección por ambas partes para el cabal cumplimiento de un pago articulado de manera evidente e inevitable en la ejecución de sensibles cometidos estatales.

Al lado de los anteriores recaudos en pro de la cabal ejecución del contrato en el punto que interesa en este arbitraje, también estaba a disposición de las partes el expediente de acudir al órgano de control y vigilancia del negocio fiduciario, la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, para buscar desatar, con la observación del debido proceso y del trato

equitativo de las partes, una definición de la manera como debía procederse, por ambas partes, en el punto central de esta controversia, el pago bien hecho.

3. Hay culpa concurrente de las partes en el mal pago de la Mesada 14.

Atentos a la conclusión ya sentada por el tribunal, de que el CONSORCIO FIDUCIARIO realizó mal el pago de las Mesadas 14 objeto de este arbitraje, ello ocurrió así no porque en forma tardía haya tenido razón el MINISTERIO sino porque de acuerdo con la naturaleza del contrato que existió entre las partes, la calidad de los recursos que el FIDUCIARIO administraba y los cometidos estatales que estaban implicados, el CONSORCIO FIDUCIARIO asumió una **obligación de resultado** respecto del pago de todas las pensiones que se le encomendaron, obligación de resultado que incluye la aptitud plena del **sistema de información** (Cláusula DÉCIMA), sin que resulten conducentes o tengan mérito para descargar su responsabilidad la indudable culpa que tiene el MINISTERIO al no haber desplegado los variados medios de intromisión que el mismo Contrato 350 de 2007 le daba, los más evidentes y conducentes, los que obran en las enumeraciones 5.3, 5.8, 5.14, 5.17 y 5.24, por lo menos, de la Cláusula SÉPTIMA del contrato ("Obligaciones de Sistema"), proceder del MINISTERIO que, en cualquier caso, no es suficiente para justificar la ausencia de iniciativa del FIDUCIARIO para establecer la aptitud intrínseca de la *"infraestructura tecnológica"* (No. 5.1 ibídem) que se comprometió a desarrollar y mantener actualizada en todo sentido, ni para que el contratista pudiera atenerse al manto de una apariencia creadora de derecho a todas luces improcedente tanto por el error en que se fundaba, como por su improcedencia en el escenario de un contrato estatal.

En conclusión, el tribunal ha encontrado en el plenario suficientes elementos de juicio para concluir, en derecho, que la sola conducta de cada una de las partes no tiene mérito para justificar la prosperidad total, ni de la demanda, ni de la reconvención, pero sí para concluir que ambas contribuyeron, por acción o por omisión, al mal pago de las Mesadas 14 disputadas y es por ello que ambas partes, en igual medida, deben soportar las consecuencias del daño.

4. El daño, su prueba, su imputación y cuantificación. El Juramento estimatorio.

En el **Acta de Liquidación Parcial de Mutuo Acuerdo** del **Contrato 350 de 2007**, suscrita el 6 de marzo de 2015, las partes acordaron dejar por fuera de la misma, para

posterior acuerdo o decisión jurisdiccional, lo relativo a la manera como el CONSORCIO FIDUCIARIO pagó unas determinadas Mesadas 14, en concreto, la cantidad de tres mil quinientas cincuenta y cuatro (3554), por un valor total de cinco mil quinientos setenta y tres millones ciento doce mil seiscientos noventa y nueve peso con 42/100 (**\$ 5.573.112.699,42**), cifras que fueron establecidas por la Interventoría en el trámite liquidatorio (Numeral 11 de su Parte Considerativa), cuyos totales por años se reflejan en la Tabla que obra en la página 26 de esa **Liquidación Parcial**, así:

DESCRIPCIÓN	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
	VR PAGADO M14	VR PAGADO M14	VR PAGADO M14	VR PAGADO M14	VR PAGADO M14	
(...)						
Valor de la Pensión en Fecha de efectividad mayor a 3 SMMLV	\$236,783,067,91	\$345,569 988,28	\$971.640.462,68	\$1.524.244.880,19	\$2.494.874.300,16	\$5.573.112.699,42

El tribunal considera, frente a las pruebas del plenario, así como frente al mismo recuento que obra en el **Acta de Liquidación Parcial**, que el MINISTERIO DEL TRABAJO dejó planteado en forma palmaria una insatisfacción y reclamo por incumplimiento del contrato, a pesar de los ambiguos términos del párrafo conclusivo sobre este desacuerdo¹⁸.

4.1. El peritaje decretado en el proceso.

Por solicitud del MINISTERIO, encontrándose habilitado legalmente para ello (Ley 1563 de 2012, artículo 31), el tribunal decretó un peritaje elaborado por la experta **Ana Matilde Cepeda** ceñido al cuestionario que presentó el MINISTERIO, cuestionario sobre el que la convocante guardó silencio.

La prueba fue solicitada en la demanda de reconvención (folio 245 del Cuaderno Principal No. 1), y la experticia entregada al tribunal el 10 de mayo de 2017, trabajo sobre el que el MINISTERIO PÚBLICO solicitó unas determinadas aclaraciones. El CONSORCIO CONVOCANTE, por su parte, hizo dos manifestaciones frente al trabajo de la experta, la primera para solicitar, igualmente, una serie de aclaraciones y complementaciones (11 en total) y, la segunda, para pedirle al tribunal "*Desestimar (el)*

¹⁸ "Si bien la situación que se presenta en relación con la Mesada 14 **no refiere estrictamente a un incumplimiento del contrato fiduciario, existen pagos realizados por parte del CONSORCIO, en virtud de la interpretación que asumió por el concepto en revisión, por los cuales, en concepto del Ministerio, debe responder**" (Primer párrafo, página 30 de la Liquidación Parcial. Se destaca).

dictamen pericial contable". Este último escrito constituye un sucedáneo de la **objeción al dictamen pericial por error grave**, impugnación abolida por la ley arbitral (No. 1563 de 2012, artículo 31), lo que constituye razón suficiente para que no tenga consideración en este laudo arbitral bajo ese carácter, sin perjuicio de lo que pueda valer como alegato de parte, y nada más.

4.2. Las críticas del FIDUCIARIO al peritaje.

Las manifestaciones del FIDUCIARIO presentadas dentro del traslado del peritaje, si bien no pueden tener el valor de una objeción por error grave, impugnación también proscrita en el actual régimen probatorio (Código General del Proceso, artículo 228), sí constituye un alegato de parte reiterativo de la posición del FIDUCIARIO frente a la reclamación del MINISTERIO DEL TRABAJO, cuyos más destacados raciocinios son estos:

1º Le reprocha a la perito haberse ceñido "*irrestringidamente... a la pregunta*" del MINISTERIO (página 2), punto sobre el que se recuerda el silencio de la convocante cuando se decretó la prueba con base en esa pregunta y su correspondiente desglose.

2º Afirma la CONVOCANTE que la experticia parte de premisas equivocadas pero el tribunal considera que los pretendidos yerros son, precisamente, la otra manera de considerar el alcance de la obligación de resultado del FIDUCIARIO de pagar bien todas las pensiones, en particular las Mesadas 14 objeto de reproche en esta controversia.

3º Se lamenta la CONVOCANTE de que la experta hubiera rendido su trabajo "*sin siquiera desplegar consideración alguna que tuviera en cuenta la posición que (sus) representadas han tenido sobre la controversia*" (página 4), punto en el que quisiera asignarle a la experta tareas que naturalmente le corresponden al tribunal.

4º Le reprocha a la perito que sus análisis no hayan tomado en cuenta las fechas de las Mesadas 14 en cuestión. La perito precisa en sus aclaraciones y complementaciones haber observado de manera estricta el texto de la pregunta del MINISTERIO.

5º Finalmente, observa el CONSORCIO FIDUCIARIO que la experta desarrolló su trabajo "*a partir de la metodología y el criterio definido por la contraparte solicitante de la prueba y que fue asumido finalmente por la autora del respectivo informe pericial*", presupuestos y derroteros que si, como lo afirma, fueron fijados por el MINISTERIO al

solicitar el decreto de esta prueba, también el FIDUCIARIO tuvo la oportunidad de protestar esa solicitud y adherir a la práctica de la prueba proponiendo otra metodología para efectuar esas verificaciones y no lo hizo. Adicionalmente, esta valoración forma parte del trabajo del tribunal.

4.3 Valoración probatoria del peritaje.

Para decidir el mérito probatorio de esta experticia el tribunal ponderará lo que objetivamente ofrece, su fundamentación, los límites de toda clase que el MINISTERIO fijó en la solicitud de la prueba, las acotaciones que hayan hecho las partes en el **Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo** del Contrato, así como la totalidad del acervo probatorio, confrontado todo ello con lo que habría sido el pago efectivo bien hecho de la Mesada 14, esto es, ajustado a derecho y al contrato, de donde infiere o deduce estas consideraciones y conclusiones:

1ª No puede considerarse vicio de la experticia que se haya elaborado de acuerdo con las pautas fijadas por el MINISTERIO DEL TRABAJO, solicitante de la prueba, porque lo que pretendía la CONVOCADA era una valoración del daño como consecuencia directa de una determinada concepción del FIDUCIARIO respecto de la obligación más importante y crítica del contrato, opuesta y enfrentada al modo o procedimiento como el MINISTERIO considera que ha debido ser **el pago bien hecho de la Mesada 14**. En este caso, la razonabilidad del ejercicio va a depender, necesariamente, del juicio pendiente del tribunal, en ese momento, sobre lo que significaba en esta controversia **pagar bien la Mesada 14**.

2ª Estando claro, como lo ha sentado y fundado el tribunal, que el FIDUCIARIO no pagó bien las Mesadas 14 que se controverten habida cuenta de su extremo deber de diligencia por tratarse de una obligación de buen resultado a cargo de un operador FIDUCIARIO, por estar implicados en el contrato sensibles cometidos estatales y el manejo de recursos públicos, este trabajo pericial puede resultar conducente y útil para justipreciar el perjuicio que el MINISTERIO afirma haber soportado por el *mal practice* del FIDUCIARIO.

3ª Respecto de la crítica del peritaje el tribunal tomará en cuenta los límites de la solicitud del MINISTERIO, sus vacilaciones a lo largo de esta ejecución contractual y la ausencia de una instrucción temprana que hubiera podido definir el *modus operandi* de estos pagos, por una parte, así como la conducta inercial del FIDUCIARIO que lo llevó a asumir,

a libro cerrado, el sistema de procesamiento de la información ("*infraestructura tecnológica*") que le entregó el MINISTERIO, esto es, sin haber desplegado los deberes de verificación del mismo respecto de su actualización de toda clase y de su real aptitud para procesar los modos (Código civil, artículo 1550), condiciones (Artículo 1530 y siguientes, ibidem), exclusiones y novedades de que era susceptible el sistema de administración y pago (en este caso la *infraestructura tecnológica*) con la que se había obligado a procesar el pago de las pensiones.

Estas observaciones y precisiones son suficientes para entrar a estudiar el mérito que tiene el acervo probatorio de este arbitraje, entre ellos la experticia, para decidir la configuración del daño, su *quantum* y su resarcimiento.

4.4 Determinación e imputación del daño. El juramento Estimatorio.

Para precisar la imputación, cuantificación y condena por el daño, el tribunal procede de acuerdo con los siguientes raciocinios:

1º En primer lugar, es cierta y se encuentra probada la cantidad de Mesadas 14 y su valor total que, habiendo sido pagadas de manera imperfecta o irregular por el FIDUCIARIO, deben reintegrarse al patrimonio del FIDEICOMITENTE, tal y como fue el propósito inequívoco de la salvedad consignada en el **Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo** del CONTRATO 350 DE 2007, suscrita por las partes el 6 de marzo de 2015.

2º Es necesario tener en cuenta el tope cuantitativo que las partes acordaron en esta misma **Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo**, que es la cantidad de cinco mil quinientos setenta y tres millones ciento doce mil seiscientos noventa y nueve peso con 42/100 (**\$ 5.573.112.699,42**), no la cifra total del peritaje visible en varias partes del mismo¹⁹, de cinco mil seiscientos noventa y tres millones doscientos ochenta y nueve mil novecientos sesenta y seis pesos con 35/100 (**\$ 5.693.289.966,35**).

3º Está fuera de toda duda que el resarcimiento que pretende el MINISTERIO se refiere a las Mesadas 14 pagadas en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, esto es, dentro del lapso de vigencia del CONTRATO 350 DE 2007, cuyos valores totales por cada año

¹⁹ Así, por ejemplo, en la Tabla de la página 276.

aparecen en la Tabla de la página 26 del **Acta de Liquidación Parcial**²⁰, Tabla transcrita al final del primer párrafo de este No. 4. El dictamen pericial bajo examen ofrece información total y desagregada para cada uno de los años referidos, y cada una de las Mesadas 14, a partir de su página 152 y hasta la 388.

4º El peritaje refleja lo que se ha sentado en este arbitraje como **el pago bien hecho de la Mesada 14**, frente a los casos de pagos no adecuados a ese arquetipo de ejecución contractual que tenía como fundamento una determinada aplicación de la excepción del Acto Legislativo 01 de 2005 encaminada a abolir la denominada Mesada 14, finalidad que constituye guía teleológica de la interpretación de ese texto constitucional, que al concurrir con los estrictos deberes de un administrador FIDUCIARIO y con la administración y pago de obligaciones pensionales con recursos estatales, explican una vez más que el FIDUCIARIO se encontraba frente a una **obligación de resultado** que no puede dulcificarse con explicaciones retóricas, como el rescate del *indubio pro operario*²¹, ni acudiendo a la teoría de la apariencia de derecho (*error communis facit ius*), ni justificarse totalmente con la negligencia del MINISTERIO que, habiéndose encontrado en condiciones de evitar los errores hermenéuticos ya precisados, no profirió desde el comienzo de la ejecución contractual una instrucción precisa y definitoria, efecto para el cual, a voces del derecho aplicable, podía acudir a sus poderes y deberes de mandante y a los más compulsorios de FIDEICOMITENTE, en un **Contrato Estatal de Encargo Fiduciario para la Administración y Pago de Recursos Estatales**, que es la tipificación que ha merecido este negocio jurídico atentos a su naturaleza, a sus actores, a la finalidad del mismo y a los bienes con los que tenía que trasegar el operador FIDUCIARIO.

5º Para lo que interesa en este punto preciso del laudo arbitral, el tribunal concluye que su convicción para la determinación, imputación y valoración del daño encuentra suficiente fundamento en las verificaciones que ofrece este trabajo pericial analizado de manera armónica o sistemática con el resto del acervo probatorio.

6º Haber llegado el tribunal a la convicción de que el pago mal hecho de unas determinadas Mesadas 14 no es atribuible por completo al CONSORCIO FIDUCIARIO, puesto que a ello también contribuyó el MINISTERIO FIDEICOMITENTE y

²⁰ Estas verificaciones las efectuó la Interventoría para los precisos fines de la liquidación del Contrato 350 de 2007. Así se lee en varias partes de esa acta.

²¹ Alegato de conclusión del CONSORCIO FOPEP 2007, páginas 45 y 46.

BENEFICIARIO, impone como consecuencia que ambas partes deben soportar, en igual medida, las consecuencias del daño, en otros términos, participar por mitades en lo que resulte ser la cifra total en pesos del perjuicio que debe resarcirse.

7º- En este orden de ideas, el tribunal declarará que el monto de la indemnización de perjuicios que habrá de decretarse está bien probado en este arbitraje y, para los correspondientes efectos conclusivos, toma como el monto total de la indemnización no la cantidad establecida en el peritaje sino la que obra en el **Acta de liquidación Parcial de Mutuo Acuerdo del CONTRATO 350 DE 2007**, suscrita el 6 de marzo de 2015, que es la cantidad de cinco mil quinientos setenta y tres millones ciento doce mil seiscientos noventa y nueve pesos con 42/100 (**\$ 5.573.112.699,42**).

8º Atentos a la *culpa in vigilando* del MINISTERIO FIDEICOMITENTE y al lamentable lapso transcurrido entre el primer suceso de mal pago (junio - julio de 2008) y el día en que cobró certeza que había existido un incumplimiento del FIDUCIARIO que justificaba una reclamación (6 de marzo de 2015), así como a los principios y reglas de la determinación e imputación del daño, no se cargarán intereses de ninguna clase sobre esa suma pero sí la someterá a la actualización o corrección monetaria con el IPC hasta el día 9 de noviembre de 2017 fecha de este laudo arbitral, lo que arroja la cifra que corresponde a esta operación: El valor estimado por el Interventor (BDO) con fecha 29 de mayo de 2014, Carta No. 44002-06-3283-14 Radicado 91323, como "Valor de la Pensión en fecha de efectividad mayor a 3 SMMLV" asciende a: cinco mil quinientos setenta y tres millones ciento doce mil seiscientos noventa y nueve pesos con cuarenta y dos centavos =**\$5.573´112.699,42=**, dentro de la vigencia del contrato 350 de 2007 suscrito entre el Ministerio del Trabajo y el Consorcio FOPEP 2007.²²

Se actualiza el 50% del citado valor, es decir: =**\$2.786´556.350=** desde la fecha de la Liquidación Parcial del Contrato 350 de 2007 (6 de marzo de 2015), hasta la fecha del laudo arbitral (9 de noviembre de 2017), utilizando el último índice del IPC disponible que es el de octubre de 2017, con la siguiente fórmula:

$$VA = VH * ((If / li))$$

Desarrollando la fórmula tenemos²³.

²² Cuaderno de Pruebas 6 folio 1097 - Anexo 13.13 Anexos Liquidación 350-2007.

²³ VA= Es el valor actualizado que se está buscando,

Los \$2.786´556.350 de marzo de 2015 equivalen a \$3.180´193.712 de octubre 2017 (con IPC último certificado por el DANE para octubre 2017), así:

Valor Histórico a	Índice de Precios al Consumidor	de al	Índice de Precios al Consumidor	de al	Valor pérdida poder adquisitivo (Corrección Monetaria)	Valor actualizado a
06-mar-2015	mar-2015		oct-2017			sep-2017
\$2.786´556.350	120,98		138,07		\$393´637.362	\$3.180´193.712

Como el tribunal ha concluido que el CONSORCIO FIDUCIARIO debe soportar solamente la mitad del perjuicio total, le corresponderá entonces pagar el cincuenta por ciento (50%) de la suma establecida como monto del daño, esto es, la cantidad de **\$3.180´193.712**.

En consecuencia, el daño que debe resarcir el CONSORCIO FIDUCIARIO, esto es, las cuatro sociedades fiduciarias que lo componen, en forma solidaria, en favor de la NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO, es la suma de tres mil ciento ochenta millones ciento noventa y tres mil setecientos doce pesos (**\$3.180´193.712**), suma que deberá pagarse a la ejecutoria de este laudo arbitral y que devengará intereses moratorios a la más alta tasa legalmente procedente a partir de ese día y hasta el día de su pago total efectivo, y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo arbitral.

9º El Juramento Estimatorio. – Por la especial estructura y metodología de la DEMANDA del CONSORCIO FOPEP 2007 no existe en ese libelo el capítulo correspondiente al Juramento Estimatorio. En la RECONVENCIÓN, al contrario, tal pronunciamiento fue agregado como consecuencia de la inadmisión de la demanda al echar de menos el tribunal ese pronunciamiento.

Vistos los requisitos y presupuestos del artículo 206 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), confrontados con el monto de la indemnización que se decretará, así como con la decisión del tribunal de ordenar que ese monto sea asumido por ambas

VH= Es el valor estimado por el Interventor, a la fecha de la liquidación del contrato,
Índice final= Es el Índice de Precios al Consumidor que rige a la fecha del laudo,
Índice inicial = Es Índice de Precios al Consumidor que regía para la fecha de la liquidación del CONTRATO 350 DE 2007.

partes, en iguales proporciones, por razón de la concurrencia de sus propias culpas en el daño objeto de la indemnización, el tribunal concluye que no es necesario pronunciamiento alguno sobre los alcances y consecuencias del Juramento Estimatorio articulado por el MINISTERIO DEL TRABAJO en su demanda de reconvención.

5. Recapitulación de conclusiones sobre las Pretensiones y las Excepciones.

El laudo arbitral que se profiere es el producto de la convicción del tribunal, fundada en derecho, de que dada la naturaleza del CONTRATO 350 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2007 que existió entre las partes, la calidad de FIDUCIARIO del CONSORCIO contratista, el carácter estatal del negocio jurídico y de los recursos implicados en su administración y pago, así como los cometidos estatales evidentes en la finalidad del ENCARGO FIDUCIARIO, el operador fiduciario, esto es, las cuatro sociedades fiduciarias que conformaron el CONSORCIO FOPEP 2007, se comprometió a ejecutar una obligación de resultado en lo que tiene que ver, en forma concreta, con el pago bien hecho de la Mesada 14.

El sentido de la decisión que se profiere surge de la cadena de raciocinios en derecho que ha sentado el tribunal a lo largo de este laudo arbitral, que se sintetizan a continuación.

5.1. Las Pretensiones de la Demanda.

1º El tribunal dejó sentado lo que significa el pago bien hecho en las operaciones en controversia, de tal manera que si ese parámetro de ejecución no era observado no pueden prosperar alegatos encaminados a sostener que ese pago estuvo bien hecho porque se hizo de acuerdo con instrucciones del MINISTERIO (**Primera Pretensión**) que luego se afirma que no se recibieron (alegato de conclusión de la convocante, página 55, 185 del Cuaderno Principal No. 2²⁴).

2º Tampoco puede concluirse que el pago estuvo bien hecho porque hubiera existido "*el aval y/o aprobación del Ministerio...*" (**Segunda Pretensión**) cuando la instrucción ofrece, por un lado, la inadvertencia y desconocimiento del MINISTERIO respecto de la

²⁴ La parte pertinente reza así: "Es preciso advertir que en cualquier caso, **la instrucción que dio origen a la controversia que hoy nos convoca no fue dada al convocante, sino a un encargado fiduciario diferente en vigencia de un contrato diferente**. Si ese consorcio la aplicó bien o mal escapa al ámbito de competencia de este tribunal, pero el hecho relevante es que frente al convocante el Ministerio validó la forma en que ese consorcio lo hizo, al hacerle entrega del software". Destaca el tribunal.

manera como esos pagos modales se estaban efectuando y, por el otro, la conducta inercial, desatenta, del FIDUCIARIO respecto de la adecuación y actualización de la *infraestructura tecnológica* por la que corría o se ejecutaba el pago modal de la Mesada 14, así como su falta de iniciativa para, en primer lugar, detectar la inconsistencia y, en segundo lugar, solicitar instrucciones al FIDEICOMITENTE o desatarlas ante el órgano de vigilancia y control de la actividad fiduciaria.

De la conducta negligente de ambas partes no puede estructurarse un "*aval y/o aprobación del Ministerio y/o los Fondos Reconocedores de Pensiones*" como lo pide la convocante en la **Segunda Pretensión**, o que la mera "*conducta contractual del Ministerio fue la causa determinante de los pagos realizados por el consorcio en relación con la mesada 14*" (**Tercera Pretensión**).

3º En concordancia con lo anterior, tampoco puede concluirse que el pago estuvo bien hecho porque el consorcio contratista se hubiera atendido, o hubiera sacado esa conclusión, de lo que ahora califica como una conducta reiterada, adecuada a derecho, del MINISTERIO, a la que podía darle alcances de conformidad o aprobación de la manera como el CONSORCIO estaba haciendo aquellos pagos (*actos propios* del FIDEICOMITENTE), y porque está claro que el error común creador de derecho (*error communis facit ius*) no tiene cabida en el contrato estatal, menos cuando se pretende justificar una actuación al margen, en el caso concreto, de lo que debía ser el pago bien hecho de la Mesada 14. En consecuencia, no pueden encontrar prosperidad las **Pretensiones Cuarta y Quinta** de la convocante.

5.2 Las Pretensiones de la Reconvención.

Tanto la DEMANDA como la RECONVENCIÓN están formuladas con afirmaciones rotundas y extremas que no dejan espacio para el reconocimiento de sus propias culpas, y es claro que el tribunal ha concluido, razonando en derecho, que el plenario da cuenta de que ambas partes faltaron al exquisito o extremo deber de diligencia que se exige en la ejecución de obligaciones y en el cumplimiento de cargas en un **Contrato Estatal de Encargo Fiduciario para la Administración y Pago de Recursos Estatales**, en cuya **finalidad** estaban implicados sensibles **cometidos estatales**.

Respecto de las Pretensiones de la Reconvención del MINISTERIO, el tribunal ha concluido:

1º No puede tener prosperidad la **Primera Pretensión Principal**, tal y como está formulada, porque el tribunal no encontró probada una instrucción oportuna, clara, precisa, unívoca, ni del MINISTERIO, ni de los FONDOS RECONOCEDORES, que hubiera podido determinar el buen pago de la Mesada 14 o, visto el caso desde otra perspectiva, precaver su mal pago.

2º Prosperará en cambio, de manera parcial, la **Primera Pretensión Subsidiaria** (de la Primera Principal) porque ha quedado probado, frente a lo que ha debido ser el pago bien hecho de la Mesada 14, que el CONSORCIO FIDUCIARIO *"incumplió el Contrato de Encargo Fiduciario 350 de 2007 por cuanto realizó 3554 pagos por la suma de cinco mil quinientos setenta y tres millones ciento doce mil seiscientos noventa y nueve pesos con 42/100 (\$5.573.112.699,42) por concepto de Mesada 14"* (hasta aquí, **Primera Pretensión Subsidiaria**), sin que ello pueda atribuirse a haber contrariado una instrucción oportuna, clara, precisa, unívoca, ni del MINISTERIO, ni de los FONDOS RECONOCEDORES que el tribunal echa de menos.

En consecuencia, no será necesario pronunciamiento algún sobre la **Segunda Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión Principal**.

3º Como consecuencia de lo anterior, el tribunal declarará la prosperidad parcial de la **Segunda y Tercera Pretensiones Principales**, esto es, la responsabilidad contractual solidaria de las cuatro sociedades fiduciarias, en las cantidades y proporciones ya señaladas en las consideraciones anteriores, pero no porque el CONSORCIO (las cuatro sociedades fiduciarias) hubiera contrariado *"la instrucción impartida"* por el FIDEICOMITENTE, que en el plenario no se encontró probada, sino porque el pago no estuvo ajustado a derecho (obligación de resultado de pagar bien la Mesada 14). Naturalmente, por la concurrencia de culpas de ambas partes, el FIDEICOMITENTE y el FIDUCIARIO, asumirán en igual medida las consecuencias del daño.

4º Finalmente, por las razones expuestas en las consideraciones de este laudo arbitral, los accesorios de la condena al pago se limitarán, exclusivamente, a la corrección o actualización monetaria (IPC) entre el día en que las partes fijaron el desacuerdo patrimonial que ahora se resuelve (**Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo**, del 6 de marzo de 2015) y la fecha de este laudo arbitral, más los intereses moratorios que se causaren entre la ejecutoria de este laudo arbitral y el pago efectivo total. En consecuencia, no prospera la **Cuarta Pretensión Principal**. En su lugar,

prospera parcialmente la **Primera Pretensión Subsidiaria a la Cuarta Pretensión Principal**, en los términos que acaba de indicar el tribunal.

5.3. Pretensión Común

Conforme a lo consignado en el **Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo** del CONTRATO 350 DE 2007, suscrita el 6 de marzo de 2015, quedó *"pendiente de liquidación final sólo lo relacionado con el pago de 3.554 Mesada (sic) 14, tal como se indicó en el numeral 11 de la parte considerativa..."*²⁵, lo que justifica que ambas partes hayan solicitado la conclusión de la liquidación del CONTRATO 350 DE 2007, y así se declarará. En consecuencia, lo resuelto en este laudo arbitral equivale a la terminación de ese trabajo liquidatorio.

5.4. Las Excepciones del MINISTERIO contra la Demanda.

El MINISTERIO propuso las siguientes excepciones perentorias en su contestación a la reforma de la demanda: (i) "Ausencia de incumplimiento a cargo del Ministerio del trabajo", (ii) "Responsabilidad contractual del Fiduciario" y, (iii) "Cumplimiento del deber de coherencia y actos propios" (Páginas 684 a 702 del Cuaderno Principal No. 1).

El tribunal observa que, en rigor procesal, ninguna de estas oposiciones tiene el carácter de excepciones perentorias, sino que constituyen la calificación de la propia conducta, o del comportamiento de la contraparte, sin mérito suficiente por sí solas, cada una de ellas o todas en su conjunto, para enervar la pretensión básica de la demanda que se resume en su convicción de haber pagado bien las Mesadas 14 que se disputan.

El tribunal ha llegado a la convicción, y así lo ha sentado en estas consideraciones, que el pago disputado no se ajustó ni a derecho, ni al contrato, y que la correspondencia típica entre la conducta del FIDUCIARIO y el arquetipo del pago efectivo bien hecho (que se deduce de presupuestos normativos, contractuales y tecnológicos en este caso) tenía que hacerse con un rigor extremo dados los elementos personales, patrimoniales y teleológicos que confluyen, en este preciso caso, en un **Contrato de Encargo Fiduciario para la Administración y Pago de Recursos Estatales dispuestos para unos determinados cometidos estatales**. En este orden de ideas, el tribunal

²⁵ Cláusula Tercera de su parte resolutive, página 40.

concluye que solamente alcanza prosperidad parcial la excepción rotulada **Responsabilidad Contractual del Fiduciario**, por las razones expuestas a lo largo de estas consideraciones.

5.5. Las Excepciones del CONSORCIO contra la Reconvención del MINISTERIO. Reconocimiento oficioso de una Excepción.

Al contestar la Reconvención el CONSORCIO convocante (Fiduciario) articuló las excepciones perentorias rotuladas (i) "Cumplimiento por el Consorcio FOPEP y sus miembros de las instrucciones recibidas", (ii) "Ineptitud de la Pretensión", (iii) "Inexistencia de responsabilidad contractual" y, (iv) "Inexistencia de daño antijurídico" (Folios 600 a 608 del Cuaderno Principal No. 1).

Para despachar esta excepciones son pertinentes las observaciones que el tribunal acaba de consignar respecto de las que propuso el MINISTERIO frente a la demanda, y con base en las mismas consideraciones consignadas en el No. 5.4 anterior, esto es, frente a la conclusión de no haber efectuado el CONSORCIO FOPEP 2007 (las cuatro sociedades fiduciarias) el pago de las Mesadas 14 que se disputan, en forma ajustada a derecho y al contrato, situación a la que se llegó por una concurrencia de culpas de ambas partes, no puede sostenerse que convocante y convocada hayan cumplido de manera estricta sus respectivas obligaciones y cargas implicadas en este pago. En otros términos, lo anterior no es la consecuencia de la conducta de una sola de las partes puesto que también ha quedado probada la responsabilidad concurrente de ambas y el daño, igualmente, ha quedado probado y cuantificado, por lo que se concluye que no encuentran prosperidad las excepciones de la convocante propuestas contra la demanda de reconvención.

Como corolario de lo anterior, es necesario concluir que ha quedado probada la responsabilidad parcial y concurrente del MINISTERIO DEL TRABAJO en el daño atribuible al *mal practice* del FIDUCIARIO en el pago de las Mesadas 14 disputadas, y en estas circunstancias, con fundamento en lo que dispone el inciso primero del artículo 282 del Código General del Proceso es necesario declarar de oficio que, estando probados en el plenario los hechos que constituyen la culpa propia y concurrente del MINISTERIO DEL TRABAJO en el acaecimiento del daño, encuentra prosperidad la **excepción de concurrencia de culpa de la parte convocada y reconviniente**, el MINISTERIO DEL TRABAJO, y por ello debe compartir las consecuencias del daño.

6. Las Costas.

En la actual normativa sobre las costas (Artículos 365 y 366 del Código General de Proceso), el tribunal observa que "*En caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial...*", circunstancia efectivamente ocurrida en el juzgamiento de esta controversia, tanto en la demanda como en la reconvencción. En consecuencia, atentos a la fuente normativa citada y a la situación procesal resultante, el tribunal concluye que no procede condena en costas para ninguna de las partes.

TERCERA PARTE. – DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El tribunal de arbitraje constituido para dirimir en derecho las recíprocas controversias patrimoniales planteadas por las sociedades fiduciarias (i) FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S. A., (ii) FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRARIA S. A., (iii) FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y (iv) la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S. A. FIDUCOLDEX, agrupadas en lo que se denominó el CONSORCIO FOPEP 2007, parte demandante, y LA NACION - MINISTERIO DEL TRABAJO, parte demandada, a su vez DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN, relacionadas con el pago de unas determinadas pensiones, todo ello con fundamento en obligaciones asumidas por las partes al amparo del CONTRATO 350 de 30 de noviembre de 2007, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. – Declarar que el pago de la Mesada 14, en el número y cuantía disputados en este arbitraje, efectuado por (i) FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S. A., (ii) FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRARIA S. A., (iii) FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y (iv) la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S. A. FIDUCOLDEX, que se constituyeron como el CONSORCIO FOPEP 2007 para efectos de ser la parte CONTRATISTA y el FIDUCIARIO en el Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 del 30 de noviembre de 2007 suscrito con el MINISTERIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, hoy MINISTERIO DEL TRABAJO, no se efectuó de conformidad con las normas legales y las estipulaciones contractuales determinantes, en este caso, del pago bien hecho, constitutivo de una obligación de resultado, de conformidad con los racionios

consignados en la parte motiva de este laudo arbitral. En consecuencia, no prosperan las **Pretensiones Primera a Sexta** de la demanda de la parte convocante, ni la **Primera Pretensión Principal** de la reconvencción de la parte convocada. Prospera en forma parcial la **Primera Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión Principal** de la demanda de reconvencción del MINISTERIO DEL TRABAJO. En forma correlativa, en los términos fijados en las consideraciones de este laudo arbitral, prospera en forma parcial, la excepción perentoria del Ministerio del Trabajo rotulada **“Responsabilidad contractual del fiduciario”**.

Segundo. – Declarar que ambas partes, la convocante constituida por las cuatro sociedades fiduciarias agrupadas en el CONSORCIO FOPEP 2007, y la convocada, el MINISTERIO DEL TRABAJO, son responsables en igual grado por el pago mal hecho de las Mesadas 14, y por su valor total, indicadas en la resolución anterior, de acuerdo con los racionios que obran en la parte motiva de este laudo arbitral.

En mérito de lo anterior, prospera parcialmente la **Segunda Pretensión Principal** de la demanda de reconvencción del MINISTERIO DEL TRABAJO, así como la excepción perentoria que de oficio el tribunal ha encontrado probada y que rotuló **Concurrencia de culpa de la parte Convocada y Reconviniente** en la causación del mal pago de las Mesadas 14 a que se refieren esta y la anterior resoluciones de este laudo arbitral.

Tercero. – Como consecuencia de las declaraciones anteriores condenar en forma solidaria a (i) FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S. A., (ii) FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRARIA S. A., (iii) FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A. y (iv) la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S. A. FIDUCOLDEX, que se constituyeron como el CONSORCIO FOPEP 2007 para efectos de ser la parte CONTRATISTA y el FIDUCIARIO en el Contrato de Encargo Fiduciario No. 350 del 30 de noviembre de 2007 suscrito con el MINISTERIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, hoy MINISTERIO DEL TRABAJO, al pago del cincuenta por ciento (50%) del daño probado en este arbitraje que equivale, actualizado con la corrección monetaria hasta la fecha de este laudo arbitral, a la suma de tres mil ciento ochenta millones ciento noventa y tres mil setecientos doce pesos (**\$3.180´193.712**), que deberá pagarse a la ejecutoria de este laudo arbitral y que devengará intereses moratorios a la más alta tasa legalmente procedente a partir de ese día y hasta el día de su pago total efectivo.

En mérito de lo anterior, con los fundamentos expuestos en la parte motiva, prosperan parcialmente la **Tercera Pretensión Principal** y la **Primera Pretensión**

Subsidiaria a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda de reconvención del MINISTERIO DEL TRABAJO, y no prospera la **Cuarta Pretensión Principal** de esta misma reconvención. De manera correlativa, prospera la excepción que de oficio el tribunal ha encontrado probada en favor de la parte convocante, el CONSORCIO FOPEP 2007 (las cuatro sociedades fiduciarias) que se rotuló **Concurrencia de culpa de la parte Convocada y Reconviniente**. Igualmente, en los términos fijados en las consideraciones de este laudo arbitral, prospera en forma parcial, la excepción perentoria del Ministerio del Trabajo rotulada **"Responsabilidad contractual del fiduciario"**. No prosperan las demás excepciones del MINISTERIO DEL TRABAJO.

Cuarto. - Declarar que Lo resuelto en este laudo arbitral constituye la parte del CONTRATO 350 DE 2007 de Encargo Fiduciario, que estaba pendiente de liquidación, a términos de lo que acordaron y consignaron las partes en el **Acta de Liquidación Parcial por Mutuo Acuerdo** de ese contrato. En consecuencia, se declara terminada y cerrada la liquidación de este contrato con la consiguiente prosperidad de las **Pretensiones Séptima de la Demanda y Quinta de la Reconvención**.

Quinto. – Por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral, no prosperan las Excepciones del CONSORCIO FOPEP 2007 (las cuatro sociedades fiduciarias), ni las demás excepciones articuladas en la contestación de la demanda de del MINISTERIO DEL TRABAJO, ni las demás Pretensiones de las partes.

Sexto. - Sin costas para ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva.

Séptimo. - Ordenar el pago del saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario. El Presidente hará esos pagos, previo el diligenciamiento de lo que corresponda pagar, con cargo a los honorarios de los árbitros exclusivamente, por concepto de la Contribución Especial Arbitral de que trata la Ley 1743 de 2014.

Octavo. - Remitir copia del presente Laudo Arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que tome nota de su expedición y efectúe las anotaciones a que haya lugar en los registros de los árbitros y del secretario de este panel arbitral.

Noveno. - Una vez en firme este laudo arbitral entregar originales auténticos a cada una de las sociedades fiduciarias convocantes y demandadas en reconvención, así como al Ministerio del Trabajo demandado y demandante en Reconvención, y copia simple

para el Ministerio Público y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La anterior decisión se notifica en audiencia.

GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN

Árbitro-Presidente

ADELAIDA ÁNGEL ZEA

Árbitro

SAMUEL CHÁLELA ORTIZ

Árbitro

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES.....	1
I. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE.....	1
1. El Contrato origen de las controversias.	1
2. El Pacto Arbitral.....	1
3. El trámite del proceso arbitral.....	2
4. Alegatos de Conclusión.	5
5. Término de duración del proceso.....	6
6. Audiencia de Laudo.	7
7. Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.....	7
7.1. Demanda en forma.....	7
7.2. Competencia.	7
7.3. Capacidad.	7
7.4. Nulidades sustanciales.	8
8. Partes Procesales y apoderados Judiciales.....	8
8.1. Parte Convocante.	8
8.2. Parte Convocada.	8
8.3. Apoderados judiciales.	8
II. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.....	8
1. La demanda y su respuesta por parte de la Convocada.....	8
1.1. Pretensiones.....	9
1.2 Hechos de la demanda y posición de la Convocada.....	10
1.3 Las excepciones de la Convocada y su respuesta.....	23
2. Demanda de reconvención y la respuesta de la Convocante reconvenida.	26
2.1. Pretensiones.....	27
2.2. Hechos de la Demanda de Reconvención y contestación.	29
2.3. Las excepciones de la Convocante reconvenida y su respuesta.....	40
SEGUNDA PARTE. - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	44
I. LAS PARTES DEL ARBITRAJE.....	44

II. EL CONTRATO QUE EXISTIÓ ENTRE LAS PARTES.....	44
III. LA CONTROVERSIA Y UNA PRIMERA CONCLUSIÓN.	46
IV. LOS ALCANCES DE LAS OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.	49
1. En primer lugar, lo público o estatal implicado en el caso.....	49
2. La obligación básica del FIDUCIARIO: Pagar bien.	50
V. LA PRECEPTIVA DEL PAGO EN EL CONTRATO 350 DE 2007.....	51
VI. EL CONSORCIO FOPEP 2007 CONSIDERA QUE PAGÓ BIEN.	61
1. El software que se entregó al Consorcio.....	61
2. La obligación de pago en aplicación del software entregado por el Ministerio. ...	64
3. La aplicación del “método dinámico”.....	67
3.1. El Alcance de la obligación del CONSORCIO.	76
3.2. La supervisión de la ejecución del Contrato 350 de 2007.....	78
VII. EL MINISTERIO CONSIDERA QUE EL CONSORCIO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES Y PAGO MAL.	81
1. Falta de conformidad de los pagos con las instrucciones del Ministerio y ausencia de validación de la manera en la cual se pagaba la mesada 14.	82
2. El deber fiduciario del CONSORCIO con ocasión del control del cumplimiento del Contrato 350 de 2007.....	88
3. El presunto pago indebido por parte del CONSORCIO como soporte de las pretensiones de la Demanda en reconvención.	90
VIII. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.	91
IX. RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA: CALIFICACIONES Y CONCLUSIONES. ...	93
1. El pago bien hecho.	95
1.1. Las fuentes normativas del pago bien hecho, en este caso.	95
1.2 Lo contractual en este caso y la eficacia relativa de los contratos.....	96
1.3. La “infraestructura tecnológica” como supuesto de un pago bien hecho.	96
2. Lo acaecido con anterioridad y las anheladas instrucciones.	98
3. Hay culpa concurrente de las partes en el mal pago de la Mesada 14.	103
4. El daño, su prueba, su imputación y cuantificación. El Juramento estimatorio..	103

4.1. El peritaje decretado en el proceso.	104
4.2. Las críticas del FIDUCIARIO al peritaje.....	105
4.3 Valoración probatoria del peritaje.	106
4.4 Determinación e imputación del daño. El juramento Estimatorio.	107
5. Recapitulación de conclusiones sobre las Pretensiones y las Excepciones.	111
5.1. Las Pretensiones de la Demanda.	111
5.2 Las Pretensiones de la Reconvención.	112
5.3. Pretensión Común	114
5.4. Las Excepciones del MINISTERIO contra la Demanda.	114
5.5. Las Excepciones del CONSORCIO contra la Reconvención del MINISTERIO. Reconocimiento oficioso de una Excepción.....	115
6. Las Costas.	116
TERCERA PARTE. – DECISIÓN DEL TRIBUNAL.....	116