

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Magistrado Ponente**

SC6227-2016

Radicación n° 1100131030051998-01111-01

(Aprobado en sesión de quince de marzo de dos mil dieciséis).

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes frente a la sentencia de 29 de junio de 2012, proferida por la Sala Civil de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Hernando Ramírez Sánchez, María Inés Báez, Hernando, Diana, Ángela y Daniel Ramírez Báez, accionistas de la entonces Cervecería Ancla S. A., contra el Instituto de Fomento Industrial IFI.

I.- EL LITIGIO

1.- Los actores pidieron declarar la responsabilidad contractual de la enjuiciada por incumplir la obligación prevista en el capítulo II del acuerdo de normalización y estabilización financiera de Cervecería Ancla S.A., que

suscribieron el 30 de abril de 1996 con el preanotado instituto y demás acreedores.

En consecuencia, solicitaron condenarla a pagarles, por lucro cesante, veintiséis mil novecientos sesenta y cuatro millones de pesos (\$26.964.000.000); por daño emergente, diecisiete mil doce millones cuatrocientos ochenta y ocho mil novecientos sesenta y ocho pesos (\$17.012.488.968); y a título de dineros que se dejaron de girar, actualizados a la radicación del libelo inicial, seiscientos treinta y siete millones novecientos cuatro mil trescientos ochenta y ocho pesos (\$637.904.388).

Así mismo, reclamaron señalar que el Instituto de Fomento Industrial es civil y contractualmente responsable por abuso del derecho, al no haber satisfecho el compromiso de suministrar los fondos a que se había comprometido en virtud del mencionado “*acuerdo*”.

2.- La causa *petendi* admite el siguiente compendio (fls. 15 a 95 del c. 1):

a.-) Hernando Ramírez Sánchez y familia establecieron en 1992 la sociedad Cervecería Ancla S.A., para fabricar y vender cerveza de alta calidad.

b.-) Para consolidarse y ensancharse, la persona jurídica adquirió créditos, garantizados con bienes propios, de sus accionistas y de terceros.

c.-) Sus cuentas fueron embargadas a instancia de uno de los acreedores, generándose desconfianza en otras entidades, que como el IFI se abstuvieron de otorgarle préstamos por dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), que solucionarían definitivamente la iliquidez transitoria.

d.-) El 22 de febrero de 1996, los socios de la cervecera deprecaron la iniciación de un trámite concursal, a lo cual, la Superintendencia de Sociedades respondió con el llamado de los interesados para la búsqueda de un arreglo previo que normalizara y proyectara la empresa.

e.-) Adelantado el estudio técnico y financiero de factibilidad, el 30 de abril siguiente se firmó por los accionistas de la deudora y por el noventa y cinco por ciento (95%) de los prestamistas, incluido el IFI, el *“acuerdo de normalización y reestructuración de pasivos de cervecería Ancla S.A.”*.

f.-) La cláusula décima de ese pacto asignó al Instituto de Fomento Industrial la obligación de entregar a la cervecería la cifra de doscientos setenta y ocho millones ochocientos catorce mil cuatrocientos noventa pesos (\$278.814.490), que junto con los recursos que darían otros entes financieros, harían viable los términos del compromiso y el *“ensanche [de la empresa] proyectado por las mismas acreedoras”*.

g.-) El desembolso de los dineros se condicionó a que

la deudora constituyera una fiducia de administración y pagos, otra de “*garantía*”; realizara la capitalización prevista y entregara las “*nuevas garantías*” indicadas.

h.-) En cumplimiento del trato, en el año 1996:

(i) El representante legal de la cervecería constituyó una fiducia de administración de tesorería con Fidubancoop, a la cual debían ingresar el capital procedente de su operación y el aportado por los prestamistas para su rescate (26 de junio).

(ii) Hernando Ramírez Sánchez, mayor accionista, firmó una primera fiducia de garantía, que el IFI no suscribió porque se negó a levantar un hipoteca que ya existía a su favor (29 de mayo).

(iii) Ramírez Sánchez cambió el texto de la “*fiducia en garantía*” y lo volvió a signar, pero el Instituto no hizo lo propio “*absteniéndose de entregar los recursos a los que se había obligado contractualmente*” (26 de junio).

(iv) Los asociados capitalizaron “*sus créditos a la compañía por un valor de siete mil trescientos setenta millones de pesos (\$7.370'000.000)*” (11 julio).

i.-) Seis meses después de la firma del convenio, el IFI aún no giraba el dinero que le correspondía, mientras que los demás acreedores, aunque tardíamente, ya lo

habían hecho.

j.-) El 16 de octubre del mencionado año, a petición de la Junta de Vigilancia de la que hacía parte el Instituto de Fomento Industrial, la Superintendencia de Sociedades decretó la apertura del trámite concordatario de Cervecería Ancla S. A.

k.-) Previa solicitud de los acreedores para que se retirara del cargo de gerente, el socio mayoritario, Hernando Ramírez Sánchez, constituyó una fiducia mercantil en administración sobre el cincuenta y uno por ciento (51%) de sus acciones, siendo beneficiarias las mutuantes, y entre ellas, el IFI, quien por lo demás, para ese momento, “*no había entregado los recursos comprometidos*” (25 de abril de 1997).

l.-) El 23 de junio ulterior, Ramírez Sánchez renuncia al cargo de gerente y es designado otro.

m.-) Los socios no aceptaron la propuesta de salvamento que presentaron los acreedores, pues, implicaba castigar aún más a la empresa concordada con elevados intereses.

n.-) El 4 de septiembre, el nuevo gerente, nombrado por la Junta de Vigilancia, llevó al órgano corporativo unos estados financieros con corte a 31 de julio de 1997, en los que luego de un “*reverso contable*”, dejó a la sociedad

incurra en causal de liquidación por perder más del cincuenta por ciento (50%) del capital pagado. A ese instante, diecisiete meses después del pacto, *“los recursos comprometidos por el IFI no habían ingresado a la cervecería”*.

ñ.-) Finalmente, el ente de control societario decretó la apertura del trámite liquidatorio de la sociedad (25 nov. 1997).

o.-) Se paralizó así *“una cervecería que podría haber facturado quince mil millones de pesos mensuales si se hubiera cumplido el contrato [de reestructuración y normalización] por el IFI”*.

3.- La admisión de la demanda fue notificada a la citada, quien se opuso a la misma y adujo las defensas de *“contrato no cumplido”, “inexistencia de abuso del derecho”, “falta de legitimación en la causa por la parte actora”* y *“cumplimiento de deber legal para abstenerse [de] entregar nuevos recursos”* (fls. 159 a 167 del c. 1).

4.- La primera instancia culminó con sentencia que encontró probadas las excepciones de fondo de *“contrato no cumplido”* y *“falta de legitimación en la causa”* y denegó las súplicas de los actores (fls. 454 a 480 del c. 2).

5.- La apelación interpuesta por la parte vencida se desató por el Tribunal, mediante providencia que ratificó lo

resuelto por el *a-quo* (fls. 25 a 35).

6.- Al magistrado a quien se le asignó el asunto como ponente en esta Corte, se le aceptó por la Sala el impedimento manifestado.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

En resumen son los siguientes:

1.- Este litigio se relaciona con la ejecución de un contrato, por lo que la tarea inicial es establecer su existencia, actividad que arroja resultados positivos, de acuerdo con la respuesta que a los hechos dio la demandada.

2.- Para el resarcimiento de perjuicios en la responsabilidad negocial se requiere la concurrencia de tres elementos: daño, culpa y relación de causalidad.

3.- Acá se le endilga el deber de reparación al IFI, por no acatar la carga prevista en el capítulo II del Acuerdo de Normalización y Estabilización Financiera; por incumplir la obligación consagrada en la cláusula décima y por haber abusado del derecho al no entregar los recursos a que se comprometió.

4.- En estricto derecho la determinación de fondo que corresponde adoptar concierne a la legitimación en la causa

y la procedencia de la pretensión indemnizatoria.

5.- Los accionistas mayoritarios gozan de autonomía para promover demanda de indemnización, ya que *“como partes celebrantes tienen interés jurídico en las resultas de ese acuerdo”*.

6.- Sobre el incumplimiento que alegan los actores, en cuanto a la puntual carga del IFI de financiar la cervecera mediante nuevos empréstitos, se advierte:

a.-) La concordada adquirió el compromiso de constituir algunas *“garantías”* a favor de los acreedores para obtener de ellos nuevos préstamos.

b.-) Una de ellas, la creación de una fiducia en garantía sobre el inmueble de la transversal 68 n° 141-04 de Bogotá, de propiedad de Hernando Ramírez Sánchez e Hijos Limitada.

c.-) El predio ya estaba hipotecado en pro del IFI, surgiendo entonces la dificultad que este expuso en su excepción de contrato no cumplido:

Cuando los deudores enviaron al Instituto de Fomento Industrial I.F.I. la minuta que contenía el contrato de fiducia mercantil en garantía, allí se establecía que como había una hipoteca a favor del IFI, sobre el inmueble, esta debía ser levantada en el momento de registrar la fiducia. El Instituto de Fomento Industrial IFI, manifestó que esos no eran los términos del acuerdo y por lo tanto se abstuvo de firmar la escritura pública.

d.-) De acuerdo a lo expresamente pactado en la cláusula cuarta del convenio de normalización y reestructuración de pasivos, la hipoteca en referencia no se levantaría para los fines del otorgamiento de la fiducia, de manera que

como la fiducia convenida en los términos de la cláusula 4ª, inciso 4º no fue otorgada como a cargo del grupo deudor fue prevista, no es posible afirmar, menos admitir, que el demandado no cumplió con su obligación de entregar los nuevos recursos financieros al deudor, dándose ciertamente el caso de las excepciones admitidas por el a-quo, desde luego que no presentándose el incumplimiento endilgado al demandado, este no pudo causar daño a los demandantes.

7.- No presentándose el incumplimiento endilgado, no se pudo causar daño a ninguno de los reclamantes, lo que impone ratificar la decisión impugnada.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo ataque formularon los promotores, con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

ÚNICO CARGO

Acusan la sentencia de violar, indirectamente, los artículos 1602, 1603, 1613, 1615, 1618, 1621, 1627, 1649, 2341 y 2343 del Código Civil y 1227 y 1238 del Código de Comercio, a consecuencia de la comisión de ostensibles errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En sustento del embate, expusieron los argumentos que a continuación se condensan:

1.- El contrato de fiducia mercantil en garantía a que alude el convenio de normalización sí se constituyó. El Tribunal no llegó a esa conclusión, pues, pretirió:

a.-) Las actas n° 11 y 12 de julio de 1996 de la Junta de Vigilancia del Acuerdo de Acreedores de Cervecería Ancla, en las que se deja constancia de que la “*garantía*” se ajustó.

La primera dice

Fiducias en garantías son las escrituras 3004 y 3005 firmadas el 27 de junio en la Notaría 28 de Santa fe de Bogotá, las dos escrituras están para la firma de FIDUIFI, sin embargo si hay necesidad la notaría puede expedir certificación de que ya están en trámite y ya se pagaron derechos tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles, la escritura 3005 es la del fideicomiso del bien de Torreladeras.

La segunda indica

En cuanto a la escritura 3005 que estaba para la firma del representante legal de FIDUIFI, no fue firmada ya que ellos se negaron a cancelar la hipoteca, debido a esto la notaría tuvo que anular la escritura y elaborar otra en este sentido no afecta esta situación pero si es una violación al acuerdo ya que no se está cumpliendo con lo establecido.

b.-) La escritura pública 3005, que recoge la “*fiducia en garantía*”, previamente suscrita por la fiduciaria, filial de la demandada, y por Hernando Ramírez e Hijos, en la que se previó que

El fideicomitente garantiza que el bien que se transfiere es de su exclusiva propiedad, que no ha sido enajenado antes de hoy y que sobre él pesa el gravamen que a continuación se describe, el cual será cancelado mediante este mismo instrumento: el inmueble descrito en la cláusula quinta está gravado por una hipoteca de primer grado sin límite de cuantía en favor del Instituto de Fomento Industrial IFI...

Al ser entonces irrefutable la firma del contrato que perfeccionaba la “fiducia”, nació a la vida jurídica el título que le permitía a la fiduciaria adquirir el dominio del bien materia del negocio.

2.- El juzgador de segunda instancia distorsionó el verdadero sentir de las partes (acreedores y deudores) en el mentado acuerdo de normalización y estabilización financiera. En efecto:

a.-) De la lectura de la cláusula cuarta, que indica: “Garantías. Las partes aceptan que, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula decimosexta de El Acuerdo, todas y cada una de las garantías actualmente existentes sobre el activos de El Deudor, así como las constituidas por los codeudores, se mantendrán vigentes en los términos originalmente estipulados”; el sentenciador concluyó erróneamente que la hipoteca que pesaba sobre el inmueble objeto de fideicomiso, debía mantenerse vigente.

b.-) La equivocación partió de pasar por alto que en el negocio en cuestión unas cláusulas se refieren de forma general a las obligaciones de las partes y otras de manera específica.

La ya citada está entre aquellas, existiendo otra puntual concerniente a los dineros frescos que se girarían y a la fiducia que a prorrata garantizaría su solución, donde se acordó que

Los nuevos créditos que para la terminación del ensanche de la planta de producción y para capital de trabajo otorgarán a El Deudor las entidades financieras en cuantía de mil trescientos millones ochocientos dieciséis mil novecientos noventa y nueve pesos (\$1.300.816.999), serán respaldados con las nuevas garantías que constituirá el Deudor dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha del Acuerdo. Con el inmueble actualmente hipotecado a favor del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, ubicado en la transversal 68 n° 141-04 de Santafé de Bogotá [...] de propiedad de la sociedad Hernando Ramírez Sánchez e Hijos Limitada, se constituirá con la sociedad fiduciaria FiduiFi un fideicomiso mercantil que tendrá las siguientes características: 1.- Tendrá como finalidad ser garantía del crédito existente a favor del IFI a la fecha de firma de este acuerdo y del crédito nuevo que otorgará esta entidad a El Deudor, gozando de prelación para el pago. 2.- Subsidiariamente garantizará a los acreedores con nuevos créditos a prorrata de los mismos.

Por ello, si la finalidad del pacto de normalización era propiciar el acceso a créditos, *“no tiene ningún sentido mantener una hipoteca que opaca y extingue a la fiducia”*.

c.-) Se ignoró asimismo en la determinación reprochada, que en la escritura pública 3005 de 27 de julio de 1996, fideicomitente y fiduciaria convinieron que el IFI tendría prelación en el pago derivado de la enajenación del inmueble, *“estipulación que carecería de sentido si se infiriera que la hipoteca subsistiría”*.

3.- Lo más descollante de los defectos hermenéuticos del *ad-quem*, es que no percibió que jurídica y

materialmente era imposible la coexistencia de la “hipoteca” con “la fiducia en garantía”, por cuanto:

a.-) En esta última, el deudor transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito que este los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser ellas satisfechas.

b.-) El acreedor, en tal institución a diferencia de la hipoteca, no tiene que someterse a procedimientos judiciales para rematar los objetos que respaldan los préstamos.

c.-) La cobertura adecuada de los créditos depende del valor de mercado de las propiedades transferidas a la fiduciaria; *“como se tiene en consideración el avalúo comercial del bien, la venta tiene como sustento una oferta comercial del predio”*.

d.-) De permanecer vigente la “hipoteca” como lo expresó el *ad-quem*, el IFI podría involucrar el inmueble en una venta forzada o en una dación en pago, *“contrariando las condiciones del contrato (acuerdo de reestructuración) así como las condiciones de la fiducia en cuanto se dispuso que el bien serviría de garantía a todos los acreedores...”*.

e.-) Entregarles a los acreedores fiduciarios un predio con una “hipoteca”, sería tanto como *“pagarles con un pasivo”*, y desconocer el valor de los certificados de garantía

que expide la fiduciaria.

f.-) Por disposición legal, el inmueble fideicomitado sirve sólo para el fin establecido en el acto de constitución, sin que pueda verse involucrado en el pago de obligaciones diferentes como administración, costas, impuestos, etc.

g.-) Si se aceptara que el fundo continuaba respaldando la “hipoteca”, del avalúo debía descontarse el monto de ella y el saldo resultaría “*la garantía de los créditos frescos, incluyendo el del IFI y los de los demás acreedores*”.

4.- Las pruebas recabadas y no sopesadas ofrecen una visión diferente a la que presentó el Tribunal:

a.-) En la cláusula 4^a de la escritura pública 3005, la fiduciaria y el fideicomitente convinieron que

Para efectos del otorgamiento de garantías se tendrá en cuenta como valor del patrimonio autónomo el valor del bien transferido, tomando como base el avalúo comercial de los mismos que se formalice entre las partes, realizado por el avaluador miembro de la Lonja de Propiedad Raíz o de la Sociedad Colombiana de Avaluadores y que para la celebración del presente contrato corresponde al realizado por la firma Bernardo Pombo & Recaman Asoc. Ltda. con fecha mayo 22 de mil novecientos noventa y seis (1996), cuyo orinal reposa en los archivos de la Fiduciaria

b.-) En el acta SG 8487 de la Junta Directiva del IFI, que autorizó la firma del “*acuerdo de normalización y reestructuración*”, se tomó en cuenta “*el valor comercial del inmueble [...] \$1.274.800.000, sin descontar allí el valor de la*

hipoteca”, precisando que

la fiducia mercantil en nada desmejora la posición de acreedor privilegiado del instituto (hipoteca de primer grado), como quiera que adicional a las ventajas que la fiduciaria representa frente a la hipoteca en términos de tiempo, cortos y realización o administración de los bienes el IFI tendrá prioridad para el pago una vez realizado el bien fideicomitado.

c.-) El concepto de la vicepresidencia jurídica del IFI, relativo a que la fiducia en garantía no desmejoraría su posición de acreedor privilegiado, y por el contrario serviría de seguridad tanto a “los créditos anteriores como los nuevos”.

En este se señaló, en primer lugar, que

Con el inmueble hipotecado a favor del Instituto se constituirá un patrimonio autónomo en FIDUIFI, garantía y fuente de pago prioritario de todos los créditos otorgados por el IFI y el remanente, si lo hubiere, servirá de garantía y fuente de pago de los créditos nuevos que reciba la cervecería, a prorrata de los mismos.

Y después, que

La fiducia mercantil irrevocable de garantía y fuente de pago que la deudora celebrará con FIDUIFI, en nada desmejorará la posición de acreedor privilegiado del instituto (hipoteca de primer grado), como quiera que adicional a las ventajas que la fiducia representa frente a la hipoteca en términos de tiempo, costos y realización o adjudicación de los bienes, el IFI tendrá prioridad para el pago una vez realizado el bien fideicomitado, luego la vicepresidencia recomienda acoger la fórmula.

d.-) La cláusula cuarta del “acuerdo de reestructuración”, en el que se convino que la fiducia tenía un propósito bien definido, “ser garantía del crédito

existente en favor del IFI a la fecha de la firma de este acuerdo y del crédito nuevo que otorgará esta entidad al deudor, gozando de prelación para el pago”, por lo que “en una adecuada interpretación del contrato, este gravamen debía cancelarse y solo mantener la fiducia que, se insiste, garantiza los créditos existentes y los nuevos”.

e.-) La parte final de la precitada cláusula consagra que

en la eventualidad que el costo financiero del deudor al cierre de junio de 1977 (sic) supere el 23% de las ventas netas (...) o el margen bruto para el mismo cierre sea inferior al 35% (...) se procederá a la venta del inmueble y los fondos generados por esta operación aplicarán así: a. se cancela inicialmente las obligaciones existentes en favor del IFI; b. el remanente se aplicará a los créditos nuevos a prorrata de los mismos y subsidiariamente a los demás créditos de las entidades financieras que suscriben este documento.

Lo que pone de manifiesto que ese procedimiento convencional se obstaculizaría por la existencia de la *“hipoteca, dado el atributo de preferencia que le es propio”.*

f.-) La estipulación décimo tercera del pluricitado negocio jurídico señala que el arreglo tendrá una vigencia de seis (6) años, contados a partir de la fecha de suscripción, 30 de abril de 1996. Entonces, durante ese lapso, de coexistir las dos garantías, no podría el IFI promover el cobro por la vía judicial, por cuanto implicaría que el bien estaría indefectiblemente atado a la ejecución, o contrariamente, si se aceptara el reclamo compulsivo, se dejaría a los demás acreedores sin caución, *“lo que en verdad resultaría absurdo”.*

g.-) La carta emitida por el coordinador de la Junta de Acreedores de Ancla S. A., que expresa

Un acuerdo donde se encuentran totalmente definidas las condiciones bajo las cuales se otorgan las garantías (...), la entidad a su cargo pretenda desconocer el mismo a pesar de estar debidamente firmado por el representante legal de dicha entidad (...) Subsidiariamente garantizará a los acreedores con nuevos créditos a prorrata de los mismos. Como se aprecia claramente se establece que este inmueble será entregado en fiducia en garantía, con el objeto de garantizar el crédito a favor del IFI y en ninguna parte se establece hipoteca sobre el mismo, sin embargo, ustedes insisten en mantener una hipoteca que en ningún momento ha sido parte del acuerdo perjudicando de esta manera un proceso de reestructuración de deudas.

5.- Por consiguiente, el Tribunal erró al concluir que los deudores no habían constituido la fiducia en garantía y al interpretar de manera errónea el contrato de normalización y reestructuración, pretiriendo algunas pruebas y privilegiando cláusulas generales sobre otras especiales.

No puede decirse que la constitución de la fiducia y la extinción de la garantía real desmejoraba, de acuerdo con el artículo 1238 del Código de Comercio, porque la demandada al verificar las ventajas de aquella, dedujo que primaban sobre las de esta, desde luego, asumiendo el riesgo de esa decisión.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Los actores solicitaron declarar que el Instituto de Fomento Industrial es contractualmente responsable por

incumplir la obligación de girarle a Cervecería Ancla S. A. la suma de doscientos setenta y ocho millones ochocientos catorce mil cuatrocientos noventa pesos (\$278.814.490), que junto con los recursos que darían otros entes financieros, harían viable los términos del acuerdo de normalización y estabilización financiera de dicha sociedad y el “*ensanche [de la empresa] proyectado por las mismas acreedoras*”.

2.- El Tribunal confirmó la sentencia del *a-quo*, al advertir que la parte reclamante no cumplió los compromisos previos a su cargo, particularmente, constituir la fiducia en garantía en la forma señalada, esto es, dejando vigente la hipoteca anterior, porque

como la fiducia convenida en los términos de la cláusula 4ª, inciso 4º no fue otorgada como a cargo del grupo deudor fue prevista, no es posible afirmar, menos admitir, que el demandado no cumplió con su obligación de entregar los nuevos recursos financieros al deudor, dándose ciertamente el caso de las excepciones admitidas por el a-quo, desde luego que no presentándose el incumplimiento endilgado al demandado, este no pudo causar daño a los demandantes.

3.- En el único cargo propuesto, se aduce que el *ad-quem* incurrió en errores evidentes de hecho, por no apreciar pruebas que dan cuenta de que la fiducia en garantía efectivamente se constituyó, e interpretar desatinadamente el contrato de “*normalización y reestructuración*”, en la medida que no atendió que las cláusulas especiales imponían entender que aquella garantía personal no podía coexistir con la hipoteca que pesaba sobre el inmueble materia de gravamen.

4.- La vía indirecta invocada por el recurrente en la modalidad de yerro fáctico en la valoración de las probanzas, sucede de manera ostensible cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de ellas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma como se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que debe aparecer palmario o contundentemente demostrado.

Sobre el punto, en sentencia de 21 de febrero de 2012, Rad. 2004-00649, reiterada el 24 de julio siguiente, Rad. 2005-00595-01, indicó la Sala que

“[E]l error de hecho, que como motivo de casación prevé el inciso segundo, numeral primero, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error ‘atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho’ (G. J., T. LXXVIII, página 313) (...) Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, ‘cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio’ del juez ‘está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio’, lo que ocurre en aquellos casos en que él ‘está convicto de contraevidencia’ (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es ‘de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso’ (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando

aparezca claro que ‘se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía’ (G. J., T. CCXXXI, página 644)”.

5.- Tiene incidencia en la resolución que se está adoptando, lo siguiente:

a.-) Que por escritura pública n° 2348 de 22 de julio de 1992 otorgada en la Notaría Treinta y Dos de Bogotá, se constituyó la sociedad Cervecería Ancla S. A., cuyo objeto social consiste en la producción y transformación de bebidas alimenticias, en especial, la de cervezas (fl. 16 del c. 1).

b.-) Que para poder cumplir con su deber misional, la compañía adquirió empréstitos con entidades financieras, garantizados con hipotecas, prendas y fiducias de garantía, sobre bienes de la sociedad, de Hernando Ramírez e Hijos Ltda. y de Hernando Ramírez Sánchez (fl. 297).

c.-) Que frente a dificultades para el pago de las deudas, los deudores (Cervecería Ancla S. A. y Hernando Ramírez Sánchez); los acreedores (entidades financieras entre ellas el IFI) y los accionistas (hoy demandantes), el 30 de abril de 1996 suscribieron un “*Acuerdo de Normalización y Estabilización Financiera*”, en el que se destaca:

(i) Objetivo

La recuperación económica de El Deudor como fuente de empleo y de generación de recursos para: la normal operación y el

desarrollo de la empresa explotada ... [y] el pago de las obligaciones existentes a su cargo y en favor de los Acreedores [...] de acuerdo con los términos y condiciones aquí pactados....

(ii) Cláusulas del acuerdo

Cuarta.- Garantías. Las partes aceptan que, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula decimosexta de El Acuerdo, todas y cada una de las garantías existentes sobre activos de El Deudor, así como las constituidas por los codeudores, se mantendrán vigentes en los términos originalmente estipulados. Las garantías que para la contratación de los créditos respectivos fueron ofrecidas en su momento por El Deudor a las entidades Cupocrédito, Corfidesarrollo, Banco de Crédito, Bancoop y Todoleasing, serán perfeccionadas por el deudor dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de El Acuerdo, en las condiciones inicialmente pactadas con estas entidades. Los nuevos créditos que para la terminación del ensanche de la planta de producción y para capital de trabajo otorgarán a El Deudor las entidades financieras en cuantía de mil trescientos millones ochocientos dieciséis mil novecientos noventa y nueve pesos (\$1.300.816.999), serán respaldados con las nuevas garantías que constituirá El Deudor dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de El Acuerdo. Con el inmueble actualmente hipotecado en favor del Instituto de Fomento Industrial -IFI-, ubicado en la transversal 68 n° 141-04 de Santafé de Bogotá e identificado con la matrícula inmobiliaria número 050-0894652, de propiedad de la sociedad Hernando Ramírez Sánchez e Hijos Ltda., se constituirá con la sociedad fiduciaria FIDUIFI un fideicomiso mercantil que tendrá las siguientes características: 1.- Tendrá como finalidad ser garantía del crédito existente en favor del IFI a la fecha de firma de este acuerdo y del crédito nuevo que otorgará esta entidad a El Deudor, gozando de prelación para el pago. 2.- Subsidiariamente garantizará a los acreedores con nuevos créditos a prorrata de los mismos. 3.- En la eventualidad que el costo financiero que El Deudor al cierre de junio de 1997 supere el 23% de las ventas netas (ventas menos impuestos de consumo) y/o el margen bruto para el mismo cierre sea inferior al 35%, entendiéndose como margen bruto los ingresos netos por ventas menos el costo de ventas, tal como se define en el cuadro número 3 Estado de Pérdidas y Ganancias del Estudio, al cual se hizo referencia anteriormente, se procederá a la venta del inmueble y los fondos generados por esa operación se aplicarán así: a.- se cancela inicialmente las obligaciones existentes a favor del IFI; b.- el remanente se aplicará a los créditos nuevos a prorrata de los mismos, y subsidiariamente a los demás créditos de las entidades financieras que suscriben este documento. La fiducia en garantía antes mencionada no se ejecutará mientras El Deudor esté cumpliendo con el plan de pagos establecido en El

Acuerdo. En caso de incumplimiento, el bien saldrá a la venta y/o dación en pago y la totalidad de los dineros percibidos se aplicará a las deudas que ampara mediante certificados emitidos, y el remanente, en caso tal, atenderá a prorrata los créditos nuevos y subsidiariamente los créditos anteriores a El Acuerdo. El contrato de fiducia mercantil fuente de pago, deberá constituirse antes del desembolso de los créditos nuevos.

Décima: Nuevos recursos para terminación del ensanche y para capital de trabajo. Con el propósito de hacer viable el cumplimiento de los términos de El Acuerdo, las entidades financieras que seguidamente se relacionan, suministrarán a El Deudor recursos frescos de capital de trabajo en cuantía de mil trescientos millones ochocientos dieciséis mil novecientos noventa y nueve pesos (\$1.300.816.999), a prorrata de las acreencias de cada una de ellas en la fecha de El Acuerdo, así: ... IFI \$278.814.490 [...] Estos créditos serán desembolsados por las entidades financieras antes mencionadas mediante su entrega, por cuenta de El Deudor, al fideicomiso de administración de que trata la cláusula novena de El Acuerdo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al cumplimiento de todas las siguientes obligaciones de hacer, pactadas en este acuerdo a cargo de El Deudor: -Constitución de la fiducia de administración y pagos de que trata la cláusula novena. -Constitución de la fiducia de garantía de que trata la cláusula cuarta. -La capitalización mencionada en la cláusula decimoprimera. -Constitución y entrega de las nuevas garantías de que trata la cláusula cuarta.

Décima tercera.- Vigencia y Duración: El Acuerdo tendrá una vigencia de seis años, contados a partir de la fecha de suscripción.

Décima cuarta.- Causales de Incumplimiento. Son causales de incumplimiento de El Acuerdo: 1ª El vencimiento de los plazos establecidos sin que se atienda el pago de las obligaciones. 2ª El incumplimiento de El Accionista Mayoritario o de la sociedad, International Brewery Business Inc. IBB del compromiso de capitalización. 3ª. El incumplimiento de alguna de las entidades financieras en el compromiso de suministrar créditos frescos de capital de trabajo. 4ª El incumplimiento de cualquiera de los acreedores que hubieren iniciado ejecuciones judiciales y / o extrajudiciales en contra de El Deudor con anterioridad a la fecha de El Acuerdo, de la obligación de dar por terminada dichas ejecuciones, y la iniciación de acciones judiciales o extrajudiciales de cobro en contra de El deudor durante la vigencia de El Acuerdo. 5ª El incumplimiento de El Deudor en la constitución y entrega a los acreedores de las garantías en las condiciones estipuladas en El Acuerdo. 6ª El incumplimiento de cualquiera otra obligación asumida por las partes en El Acuerdo.

d.-) Que la vicepresidencia jurídica del IFI, previamente a la firma del precitado acuerdo, indicó que *“de aceptar el Instituto, considerando el prorratio anterior, estaría comprometiéndose a otorgar crédito por la suma de doscientos setenta y ocho millones ochocientos catorce mil cuatrocientos noventa pesos (4278.814.490)”*, y que *“todas y cada una de las garantías constituidas por la deudora, sus accionistas o un tercero se mantendrán vigentes, en los términos originalmente estipulados. Con el inmueble hipotecado en favor del instituto se constituiría un patrimonio autónomo en FIDUIFI, garantía y fuente de pago prioritario de todos los créditos otorgados por el IFI y el remanente, si lo hubiere, servirá de garantía y fuente de pago de los créditos nuevos que reciba la cervecería, a prorrata de los mismos”*. Finalmente, a manera de conclusión, expresó que *“la fiducia mercantil irrevocable de garantía y fuente de pago que la deudora celebrará con FIDUIFI, en nada desmejorará la posición de acreedor privilegiado del instituto (hipoteca de primer grado), como quiera que adicional a las ventajas que la fiducia representa frente a la hipoteca en términos de tiempo, costos y realización o adjudicación de los bienes, el IFI tendrá prioridad para el pago una vez realizado el bien fideicomitado (fls. 116 a 121 del c. 1).*

e.-) Que a través de la escritura pública 3005 de 27 de junio de 1996 de la Notaría Dieciocho de Bogotá, se acordó firmar un contrato de fiducia mercantil en garantía para constituir el patrimonio autónomo *“Fideicomiso Garantía Hernando Ramírez e Hijos”*, siendo fideicomitente

la prenombrada persona jurídica, fiduciaria FIDUIFI y beneficiarios los acreedores de la primera, a los que se les haya expedido el respectivo certificado de garantía.

f.-) Que en la cláusulas de esa escritura se señaló, en lo pertinente

(i) Segunda: Objeto del contrato: mediante este contrato el fideicomitente transfiere a la fiduciaria a título de fiducia mercantil irrevocable el inmueble mencionado en la cláusula quinta, el cual estará afectado al cumplimiento de las obligaciones consignadas en el acuerdo de normalización y estabilización financiera ya mencionado, para que se conforme un patrimonio autónomo y con él así constituido la fiduciaria realice las gestiones pertinentes y garantice a los beneficiarios las obligaciones a su favor, adquiridas a la fecha exclusivamente por el fideicomitente, o las que se adquieran a partir de la fecha de la presente escritura pública, y que consten en títulos o pagarés debidamente suscritos separada o conjuntamente por este último, que acrediten dichas obligaciones junto con sus intereses corrientes o moratorios, de tal manera que si fueren incumplidas por el deudor, el fideicomitente, el patrimonio autónomo sirva de fuente de pago de estas obligaciones a prorrata del valor de los mismos, mediante la enajenación por parte de la fiduciaria del bien que conforma el patrimonio autónomo a título de venta o de dación en pago, y con el producto de dicha enajenación pague hasta donde le sea posible e valor de las obligaciones a cargo del fideicomitente en favor de quienes tengan la calidad de beneficiarios en este contrato.

Cuarta: Otorgamiento de certificados de garantía. Previa aceptación de la junta de vigilancia del acuerdo de normalización y estabilización financiera [...] quedará facultada la fiduciaria para expedir certificados de garantía de obligaciones que por capital en conjunto no supere el setenta por ciento (70%) del valor de patrimonio autónomo aquí constituido. El saldo del treinta por ciento (30%) del valor comercial del bien queda reservado por la fiduciaria para que contra este valor se respalden los intereses corrientes de mora, costos y gastos que puedan generarse por el incumplimiento en el pago de las obligaciones. Para efectos del otorgamiento de garantías se tendrá en cuenta como valor de patrimonio autónomo e valor del bien transferido, tomando como base el avalúo comercial de los mismos, que se formalice entre las partes, realizado por un evaluador miembro de la lonja de propiedad raíz o de la Sociedad Colombiana de Avaluadores y que para la celebración de presente contrato corresponde al realizad por la firma Bernardo Pombo & Recaman Asoc. Ltda.,

con fecha 22 de mayo de 1996...

Quinta: Transferencia: Que en consecuencia, por medio de presente instrumento, el fideicomitente transfiere a la fiduciaria a título de fiducia mercantil irrevocable el derecho de dominio y la posesión con todos sus usos, costumbres y anexidades, sobre el siguiente bien inmueble: Descripción del bien: se trata del globo de terreno que hace parte de uno de mayor extensión denominado Altamira, ubicado en [...] la transversal 68 n° 141-04 identificado con el nombre de Torreladera [...] a este inmueble le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria n° 050-0894652 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá [...] Parágrafo segundo: saneamiento del bien. El bien será transferido a la fiduciaria, o en el evento de una dación en pago a los beneficiarios debidamente saneado y libre de cualquier acuerdo hecho por el fideicomitente, ya sean estos previos, concomitantes o posteriores a la formalización del presente contrato [...] El fideicomitente garantiza que el bien que transfiere es de su exclusiva propiedad, que no ha sido enajenado antes de hoy y que sobre él pesa el gravamen que a continuación se describe, el cual será cancelado mediante este mismo instrumento: El inmueble descrito en la cláusula quinta está gravado por una hipoteca de primer grado sin límite de cuantía en favor del Instituto de Fomento Industrial, IFI... (fls. 352 a 362 ib.).

g.-) Que en las reuniones de la Junta de Vigilancia del Acuerdo de Acreedores de Cervecería Ancla S. A., se reseñó:

(i) Acta n° 11 de 5 de julio de 1996

Fiducias de garantías son las escrituras 3004 y 3005 firmadas el 27 de junio en la Notaría Veintiocho (sic9 de Santafé de Bogotá, las dos escrituras están para la firma de FIDUIFI. Sin embargo, si hay necesidad la Notaría puede expedir certificación de que ya están en trámite y ya se pagaron derechos tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles, la escritura 3005 es la del fideicomiso del bien de Torreladeras que garantizará obligaciones hasta por \$833 millones y el de muebles y maquinaria por valor de \$4.300 millones el 60% de esto garantice esta fiducia (fls. 232 a 235).

(ii) Acta n° 12 de 17 de julio siguiente

En cuanto a la escritura 3005 que estaba para la firma del

representante legal de FIDUIFI, no fue firmada ya que ellos se negaron a cancelar la hipoteca, debido a esto la Notaría tuvo que anular la escritura y elaborar otra, en este sentido no afecta esta situación pero si es una violación al acuerdo ya que no se está cumpliendo con lo establecido (fls. 236 a 238).

h.-) Que por auto de 28 de noviembre de 1997, se declaró terminado el concordato de la compañía cervecera y se decretó su liquidación obligatoria (fl. 9).

6.- La fiducia en garantía es un acuerdo de voluntades por el cual una persona llamada fideicomitente o fiduciante le transfiera a una sociedad autorizada, denominada fiduciaria, uno o más bienes que respaldarán las obligaciones contraídas por aquél o por terceros, siendo la nota distintiva, que los beneficiarios de la fiducia, acreedores, podrán solicitar a la administradora del patrimonio autónomo, sin intervención judicial, la realización de los objetos materia del convenio, para la solución de sus acreencias.

En ese sentido, atendiendo la definición legal de la figura en el artículo 1226 del Código de Comercio: *“negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”,* la Sala ha precisado que

La fiducia en garantía es, grosso modo, un acuerdo de

voluntades en virtud del cual una persona denominada fideicomitente, quien generalmente es el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el fin de que los administre y, de no ser oportunamente satisfecho el pago las obligaciones que con ellos se garanticen, proceda a venderlos para honrarlas, razón por la que constituye una típica fuente de pago mediante la realización directa de los bienes por parte del fiduciario que, en línea de principio, descarta, por lo demás, la necesidad de acudir a remates judiciales; no constituye, dada su naturaleza, una garantía real por cuanto no recae directamente sobre los bienes constitutivos del patrimonio autónomo que se conforma, sino un derecho personal o de crédito contra el patrimonio fideicomitado que, por los usos mercantiles, se representa con los certificados de garantía que al efecto se expiden, documentos que lejos de tener una valía jurídica propia y desligada del negocio fiduciario, sirven como medio de instrumentación de los gravámenes constituidos como quiera que dejan constancia de la obligación garantizada y su monto, en aras de que se pueda determinar, en cada caso, el porcentaje de la participación frente al patrimonio creado. Emerge, pues, que la institución analizada configura una especie de caución u obligación accesoria o de seguridad como, verbigracia, la hipoteca, la prenda o la fianza (artículo 65 ibíd), la cual, como las otras, se constituye con el ánimo de amparar la obligación que respalda, pero no configura, como tampoco aquéllas, una principal (CSJ STC de 21 de agosto de 2008, Rad. 2008-00151-01).

En punto a la naturaleza de la fiducia en garantía, esto es, si se trata de un derecho real accesorio o personal, la jurisprudencia de la Corte de tiempo atrás tomó partido por lo segundo, al decir que

La fiducia en garantía no es, ni da lugar, a un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor, no solo porque en materia de derechos de ese linaje rige – en Colombia- el criterio de numerus clausus –por oposición al numerus apertus- sino también porque el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución que le es propio a aquellos. Incluso, se debe resaltar que dicho contrato no es causa especial de preferencia –propriadamente dicha- sobre los bienes fideicomitados (art. 2493 C.C.), ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 ib). Por supuesto que el hecho de haber sido catalogada dicha fiducia como garantía o seguridad admisible, para efectos de establecer la cuantía máxima de las operaciones activas que pueden desarrollar los establecimientos de crédito con una misma persona (cupos individuales), no autoriza su calificación como adamantino derecho real (Dec.

2360/93) (CSJ SC de 14 de feb. de 2006, rad. 1000-01).

Consecuentemente, no es posible confundir o entremezclar la fiducia con la prenda o la hipoteca, ya que sólo estas últimas hacen surgir garantías reales, con los atributos que le son propios, como prelación y persecución.

Ahora bien, ninguno de los preceptos que informan de la fiducia mercantil en Colombia prohíbe o limita la constitución de un fideicomiso sobre bienes previamente hipotecados o prendados, sin desconocerse que, eventualmente, en la práctica esa duplicidad o superposición de garantías puede aparejar dificultades en la etapa de ejecución. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte analizó un caso en el que se presentó dicha concurrencia, concluyendo que

La constitución de la fiducia de garantía, ningún perjuicio le reporta a la sociedad demandante, en la calidad que aduce, porque la transferencia del derecho de dominio, con la hipoteca, al patrimonio autónomo, no mengua la garantía real ante una eventual realización de los bienes para cumplir el fin que se propuso el fideicomitente. Si el fiduciario, en efecto, no atiende preferentemente esas obligaciones, el gravamen sigue vigente y el nuevo adquirente puede verse compelido a que sea perseguido por el acreedor hipotecario (CSJ SC de 15 de jul. de 2008, Rad. 1998-00579-01).

7.- Como ya se indicó, con el ataque formulado se controvierte, esencialmente, la valoración del “Acuerdo de Normalización y Estabilización Financiera entre la sociedad Cervecería Ancla S. A. y sus Acreedores”, y la preterición de algunas probanzas que, según los censores, demuestran el cumplimiento de las obligaciones a cargo de ellos,

particularmente la constitución de una fiducia en garantía para el pago de los nuevos créditos a que se comprometieron los acreedores, entre ellos, el Instituto de Fomento Industrial.

a.-) Con la interpretación de los negocios jurídicos, se propende por establecer la verdadera o real voluntad regulativa de las partes, o auscultar el significado efectivo del contrato.

En ese sentido, la Corte ha enseñado que

[E]n el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’ (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual. Se ha indicado, igualmente, como ya se anotó, que la búsqueda de la común intención de los contratantes no está condicionada a que la manifestación sea oscura o ambigua, toda vez que la citada labor será igualmente indispensable si, a pesar de la claridad en la expresión literal de las estipulaciones, existe una voluntad común diferente y esta es conocida. Ahora bien, ‘cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación (Cas. Civ. 5 de julio de 1983, Pág. 14, reiterada en Cas. Civ. de 1° de agosto de 2002. Expediente No. 6907). Es, en todo caso, necesario que la claridad en el sentido de las expresiones utilizadas surja del examen que el intérprete realice de su utilización en el contexto en el que las partes han contratado, pues, además de auscultarse el sentido natural y obvio de las palabras, menester será, en algunas ocasiones, acudir a las diversas acepciones que las mismas tengan, o al significado técnico que en tal contexto se les asigne, o, incluso, al sentido que los contratantes les hayan dado en otras oportunidades... (CSJ SCC de 19 de diciembre de 2008, Rad.

2000-00075-01).

b.-) El fallo acá atacado está resguardado con presunción de acierto, la interpretación que el Tribunal hizo del contrato base de las pretensiones no es, en principio, susceptible de modificarse por vía de casación, a menos que se demuestre un error de hecho que ponga de manifiesto de manera ostensible, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia (CSJ G.J. t. CXLII, págs. 218 y 219).

c.-) Implican las observaciones que preceden, el que cuando se trata de desvirtuar la hermenéutica de un negocio jurídico con soporte en la causa primera por causa de errores de hecho, estos deben surgir de manera palmaria, siendo tan incontrovertibles que la ponderación que propone la parte recurrente sea la única posible, en desmedro de la realizada por el Tribunal.

Esa particular manera de acusar un fallo en casación, ha repetido la Corte,

cobra más significación cuando la denuncia del error recae sobre la interpretación de un contrato en orden a fijar su verdadero alcance, puesto que los tribunales gozan en esa materia de amplia autonomía, de tal suerte que la Corte sólo puede variar la sentencia impugnada en el evento de que el ad-quem en esa tarea haya incurrido en evidente error de hecho, el cual por consiguiente no se da cuando admita dos o más interpretaciones razonables o posibles; no se trata, pues, de hacer un parangón entre lo que estimó el tribunal y lo que propone el censor para ver de qué lado se inclina el juez de casación, tras sopesar las atendibles razones en que pueden estar inspirados ambos, sino de verificar si la apreciación que hace el primero destruye y arrasa la del sentenciador (CSJ SC de 8 de noviembre de 2005, Rad. 00304).

8.- No se advierte la comisión de los yerros fácticos endilgados al juzgador de segunda instancia, dado que:

a.-) La cláusula cuarta del mentado convenio de reestructuración, efectivamente estableció que *“todas y cada una de las garantías existentes sobre activos de El Deudor se mantendrán vigentes en los términos originalmente estipulados”*; de donde no aparece contraevidente la conclusión del *ad-quem*, según la cual, la hipoteca que pesaba sobre el inmueble de la transversal 68 n° 141-04 de Bogotá, no debía levantarse para el otorgamiento de la fiducia en garantía. Es decir, que en línea de principio no se encuentra que el fallador haya tergiversado materialmente el contenido del pacto, y mucho menos que hubiera omitido otra cláusula especial que precisara la cancelación del gravamen real, pues, el restante contenido de esa estipulación cuarta y la décima en su integridad no consignan ese deber para el IFI.

b.-) Tampoco es irracional la anotada deducción del Tribunal, si se repara en que la hipoteca y la fiducia son garantías de naturaleza diferente, una real y la otra personal; y en que tampoco hay disposición legal que impida su coexistencia, más allá de los problemas prácticos que ella pueda generar, máxime cuando los interesados contemplaron como causal de incumplimiento por parte de los acreedores, en la cláusula decimocuarta, la iniciación de cobros judiciales durante *“la vigencia del Acuerdo”*, aspecto

que los casacionistas olvidaron citar en su embate y que es relevante, en la medida en que la acción hipotecaria sólo se podría hacer valer por el camino jurisdiccional.

c.-) El informe que la vicepresidencia jurídica del IFI puso en consideración de su junta directiva, para avalar el acuerdo de reestructuración de Cervecería Ancla S. A., si bien no fue mencionado en la providencia fustigada, no tiene el alcance de modificar o alterar lo inferido por el sentenciador de segundo grado, como quiera que en ninguna parte de dicho documento se reconoce o sugiere la “cancelación de la hipoteca”.

Por el contrario, se consigna que la fiducia no desmejora el privilegio con el que ya cuenta el instituto:

La fiducia mercantil irrevocable de garantía y fuente de pago que la deudora celebrará con FIDUIFI, en nada desmejorará la posición de acreedor privilegiado del instituto (hipoteca de primer grado), como quiera que adicional a las ventajas que la fiducia representa frente a la hipoteca en términos de tiempo, costos y realización o adjudicación de los bienes, el IFI tendrá prioridad para el pago una vez realizado el bien fideicomitado.

d.-) Las restantes pruebas mencionadas en el cargo, es decir, la escritura pública 3005 de 27 de julio de 1996, las actas n° 11 y 12 de la Junta de Vigilancia del Acuerdo de Acreedores de Cervecería Ancla S. A. y la carta del coordinador de ese organismo directivo, no consiguen desvirtuar lo dicho por el *ad-quem* respecto del incumplimiento de la obligación de otorgar la fiducia en garantía en los términos acordados expresamente, dado que

todas ellas, que son posteriores al contrato de restructuración, lo que hacen es evidenciar que el instrumento con el que se pretendió constituir la “*fiducia en garantía*” incorporó, en contravía de lo ajustado, una cláusula de levantamiento de la hipoteca.

e.-) El repaso y análisis de los reparos a cada una de las probanzas, lleva a establecer que el ataque de los censores se traduce, simplemente, en una hermenéutica distinta de la que efectuó el tribunal, pero sin la virtualidad de descartarla o sustituirla, lo que impide la casación del fallo impugnado, habida cuenta, se recalca, de la presunción de acierto que acompaña la sentencia reprochada, la discreta autonomía de los juzgadores de instancia para valorar los elementos de acreditación, lo razonable de las consideraciones fácticas vertidas en segundo grado, concretamente sobre el alcance del contrato en cuestión, y la ausencia de un yerro probatorio evidente y trascendente.

f.-) En otras palabras, ni del contenido del clausulado del Acuerdo de Normalización y Estabilización Financiera como tampoco de los demás documentos surgidos con posterioridad al mismo, que pone de presente la censura, aparece innegable que el IFI se hubiese comprometido a levantar la hipoteca otorgada anteriormente a su favor, por lo que resultaba razonable concluir que al no constituirse por los deudores la fiducia en garantía como estaba previsto, no correspondía al acreedor, Instituto de Fomento

Industrial, el giro de nuevos recursos sin el aseguramiento previo del pago según lo consagrado, estructurándose así la excepción de contrato no cumplido, alegada por la parte convocada e instituida en el artículo 1609 del Código Civil, a cuyo tenor *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Por manera que si no fue desvirtuada la buena fe del prestamista y no hay duda, es apenas natural, que al giro de dinero debía anteceder la garantía de su cancelación, los requisitos básicos de la *exceptio non adimpleti contractus* estaban dados, pues, a la luz de la jurisprudencia de la Corte,

Para proponer eficazmente la denominada excepción de contrato no cumplido, se requiere que la parte que la quiere hacer valer obre de buena fe y no se encuentre prioritariamente obligada a satisfacer las obligaciones por ella contraídas. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte, pues ha sostenido que el citado medio exceptivo requiere de estos dos presupuestos: ‘a) Que el excepcionante obre de buena fe; y b) Que no esté obligado en primer lugar a ejecutar sus obligaciones, de acuerdo con estipulación del contrato o con la naturaleza del mismo’ (CSJ SC de 11 de oct. de 1977).

9.- La censura estudiada, por tanto, fracasa.

10.- Teniendo en cuenta que la decisión es adversa a los recurrentes, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, se le condenará en costas. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en

derecho. Para su cuantificación se tendrá en cuenta que el libelo extraordinario fue replicado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 29 de junio de 2012, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario en cuestión.

Costas a cargo de los recurrentes las que serán liquidadas por la Secretaría, e incluirá en estas la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000) por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y devuélvase

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA