

APELACION SENTENCIA 19142-31-89-001-2018-00107-02
DEMANDANTE: JAIME GONZÁLEZ PATIÑO
DEMANDADOS: INGENIO LA CABAÑA S.A. y OTRO
PROCESO: DECLARATIVO DE NULIDAD ABSOLUTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL-FAMILIA**

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, veintidós (22) de febrero del año dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO A TRATAR

Se decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021, por el JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO DE CALOTO CAUCA, dentro del proceso declarativo de NULIDAD ABSOLUTA, instaurado por JAIME GONZÁLEZ PATIÑO, en contra de INGENIO LA CABAÑA S.A.

ACLARACIÓN INICIAL

Ante la confusa redacción contenida en la demanda; esta Sala advierte que:

El poder otorgado por el demandante a su vocera judicial fue conferido para presentar una demanda de "nulidad absoluta de contrato", refiriendo la demanda y pretensiones, que se persigue la "nulidad absoluta de la Escritura Pública de fecha 6 de septiembre de 2007 que adicionó la E.P. No. 1645 del 31 de mayo de 1999, y, la 2524 del 10 de septiembre de 2009 por medio de la cual se hizo una aclaración"; razón por la cual, la Corporación entiende, que lo perseguido es la nulidad absoluta de los actos o contratos instrumentados en las citadas Escrituras Públicas, acumulando a esa solicitud, pretensiones de "condena",

a título de "perjuicios"; hermenéutica¹ con la que se resume para lo que aquí interesa precisar, los hechos y pretensiones de la demanda:

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES²

Además de la condena en costas a la parte demandada, se pretende lo siguiente:

1. La declaración de "nulidad absoluta de la escritura pública No.3690, de fecha 6 de septiembre de 2007, emitida por la Notaria Primera de Cali (V), por medio de la cual se realizó una adición a la escritura 1645 del 31 de mayo de 1999 emitida por la Notaria Primera de Cali (V) y la escritura No.2524, de fecha 10 de septiembre de 2009 emitida por la Notaria Veintidós de Cali (V) como acto sucesivo mediante el cual se hace una aclaración".
2. La cancelación de las mencionadas escrituras y de los respectivos registros en los folios de matrículas inmobiliarias correspondientes, ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán.
3. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, la Sociedad demandada pague cánones de arrendamiento consignados a su favor, por valor de doscientos treinta y ocho millones quinientos sesenta mil pesos (\$238'560. 000.oo)
4. Ordenar se cancele la suma de sesenta y dos millones quinientos mil pesos (\$62'500.000) como perjuicio económico cierto, por la mora en la devolución de una suma de dinero consignada por el señor Jaime González Patiño a favor de la demandada.

¹ Al respecto, Sentencia STC6507-2017, en la que se expresa: "El Juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla ..."

² Mediante reforma a la demanda, se solicita vincular como demandado al señor Iván Darío Guzmán Narváez, propietario actual de la Hacienda la Esperanza y pese a que dice desistir de la pretensión consistente en la devolución de las "Agencias en derecho, estimadas en \$24'000. 000.oo", suma cancelada por el demandante a favor del Ingenio La Cabaña, como condena dentro de procesos anteriores entre las partes, de Resolución de contrato y declarativo de Pertinencia, en el acápite de pretensiones se incluye nuevamente la pretensión, razón por la cual se transcribe dentro de las pretensiones. (Algunas de las sumas incluidas en el acápite de pretensiones están relacionadas en el escrito denominado: "subsanción a la demanda")

5. Ordenar a la demandada reintegrar la suma de \$24.000.000 cancelados y/o debidos por el demandante en virtud a diferentes procesos judiciales seguidos entre las mismas partes y que fueron impuestos por "condena en costas".

6. Cancelar cada uno de los valores determinados, debidamente indexados.

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

1. El demandante, es "poseedor incuestionable" de un lote de terreno (115 hectáreas, 1789 mts²), que hace parte de otro de mayor extensión denominado "Praga" ubicado en la Vereda Santa Rosa del Municipio de Popayán, registrado en el folio de matrícula inmobiliaria número 120-90956.

2. El señor González Patiño, ha venido explotando la totalidad del predio denominado "Praga" de la siguiente manera: un área de 115 Has 1789 Mts² en condición de "poseedor legítimo" - desde el año 2002-, y una extensión de 31 Has 2889 Mts² en calidad de "tenedor arrendatario", según contrato de arrendamiento suscrito el 23 de junio de 2002 con la sub arrendadora de ese entonces, Sociedad Compañía Agrícola Espárragos S.A., representada legalmente por el señor Juan Gabriel Restrepo Pardo; franja respecto de la cual continuó cancelando "un canon de arrendamiento a la Sociedad Ingenio la Cabaña S.A.".

3. Entre el señor González Patiño y el Ingenio La Cabaña, se desarrollaron "negociaciones", en las cuales la Sociedad ofreció al primero, "adquirir la totalidad de la Hacienda Praga", razón por la cual, este en el año 2009 consignó la suma de 470 millones de pesos, que, en forma posterior (5 meses y 4 días después), y ante la fallida negociación, le fueron regresados a través de un pago "factura a proveedor", causándole graves perjuicios.

4. Que la Sociedad Ingenio la Cabaña S.A. adquirió la titularidad de la hacienda "Praga" el 6 de septiembre

de 2007 por "*fusión*" que realizara con la antigua propietaria Agrex S.A., mediante escritura pública No. 3690, no obstante, Ingenio La Cabaña "*adquirió de forma irregular ese predio*" y, por ende, el contrato o actos que dieron origen a esa titularidad están viciados de nulidad absoluta.

5. La citada nulidad se explica, porque: Mediante E.P. 1645 de 1999, se protocolizó el contrato de fusión "*mediante absorción jurídica*" entre Ingenio La Cabaña S.A. en calidad de sociedad absorbente y las sociedades Agrex S.A. e Inversiones del Cauca, en calidad de sociedades absorbidas; contrato en el que en todo caso, "*no se identificaron ni se detallaron de forma alguna los activos absorbidos, los que fueron determinados en valores pero no en especie o género*", "*razón por la cual, la tradición de los inmuebles con base en esa escritura (matriz de fusión)*" no podía ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán.

6. Lo anterior, sumado a que, mediante EP 3690 de 2007, la sociedad Ingenio la Cabaña, de manera unilateral, realiza una adición a la E.P de 1999, "*pretendiendo subsanar una anomalía contractual*", "*queriendo perfeccionar la tradición de los bienes inmuebles que se quedaron por fuera de la escritura de fusión inicial, la cual nunca se registró, por no existir dentro de la misma y en forma expresa, detallados o identificados bienes inmuebles a transferir*"; procediendo la Oficina de Registro a anotar - de manera errónea - esa actuación como una "*fusión*", cuando en realidad era una "*adición a la fusión*", anotación que se hizo en los folios de matrícula inmobiliaria de la referida Hacienda Praga y la Hacienda La Esperanza, registro del cual el demandante solo tuvo conocimiento en enero del año 2018 - "*fecha que debe tenerse en cuenta, para los efectos del conocimiento que tiene sobre los defectos de los que adolecen los actos contenidos en las escrituras objeto de demanda*", y que conlleva "*vulneración de sus derechos fundamentales*"; al ser un tercero afectado con la actuación, máxime cuando "*creyendo que el Ingenio La*

Cabaña es el real propietario inscrito de la Hacienda Praga", se ha visto afectado por sus actos, pagando cánones de arrendamiento que entonces le deben ser regresados, y, soportando procesos reivindicatorios frente a la franja que detenta en calidad de poseedor, resaltando que por ende, la Sociedad, "utiliza a su favor un título traslativo inexistente", lo que implica, que también deba reintegrarle los perjuicios económicos que se le han causado por la mora en la devolución de dineros que consignó y fueron tardíamente regresados, luego de fracasado un intento de negociación sobre la Hacienda Praga.

RESPUESTA DE LA PARTE DEMANDADA

Admitida la demanda, corrido el traslado de rigor y hechas las correspondientes citaciones de las personas involucradas, frente a la demanda se hicieron los siguientes pronunciamientos:

- El demandado **INGENIO LA CABAÑA S.A.**, mediante apoderado judicial, contestó aceptando los hechos 1 y 2 acerca de la protocolización mediante Escritura Pública No. 1645, del contrato de fusión por absorción y la aprobación del mismo, por las asambleas de accionistas de las tres sociedades participantes; manifestó ser parcialmente ciertos los hechos 3 y 4: El tercero, porque la fusión es un acto regido por el código de comercio y esta norma no prevé como requisito sine qua non, discriminar los activos en los Balances Generales, que son revisados y aprobados por los interesados; por el contrario el artículo 178 de dicha normativa dicta que *"La tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley"*.

Frente al hecho 4, afirma que la escritura No. 3690 de septiembre 2007, se protocolizó solo por el representante legal de Ingenio la Cabaña, ya que para ese momento, por efectos de la fusión las sociedades, Agrex e Inversiones del Cauca, se habían disuelto sin liquidarse y por ende no tenían representación legal para realizar ningún acto mercantil; con relación al

tiempo transcurrido entre la fusión y la adición, refiere que no hay un lapso determinado por la norma mercantil para su realización, por lo anterior no es cierto que con ella se pretendiera subsanar una "*anomalía contractual*".

Sobre el 5 hecho asevera que al Registrador compete inscribir los actos que ameritan registro público, en este caso la transferencia de bienes inmuebles dentro del contrato de fusión, y que la inconformidad del demandante, que tacha al registrador de hacer una "*anotación errónea*" en la referida inscripción, debe elevarla a la jurisdicción correspondiente.

Expresa, que no es cierto, que el demandante desconociera la existencia del contrato de fusión, ya que mucho antes de enero de 2018, adelantó varios procesos judiciales contra Ingenio La Cabaña, en los cuales lo reconocía como titular de los predios, además cuando pretendía comprar las haciendas Praga y la Esperanza pudo verificar la transferencia de los inmuebles de Agrex a Ingenio La Cabaña, en los certificados de tradición de los mismos, agrega que es totalmente falso que el señor González Patiño, sea poseedor incuestionable, esta situación se ha probado en otros procesos, que no son materia del presente; ni que el Ingenio tuviera intención de estafarlo con un contrato de arrendamiento de un bien que no era de su dominio, contrato cuya existencia quedó demostrada en actuaciones anteriores; señala que los temas planteados en esta demanda (posesión, tenencia, indemnización de perjuicios), fueron debatidos en procesos previos, sancionados en contra del Señor González Patiño.

Sobre el hecho sexto afirma que es falso que el demandante esté legitimado para demandar la nulidad absoluta del contrato de fusión, porque: no participa directamente en dichas sociedades, no es acreedor de ninguna de ellas y no es un tercero afectado.

Finalmente se opone a la prosperidad de las pretensiones instauradas en su contra, plantea en

escrito separado las excepciones previas de: no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, falta de jurisdicción o competencia e ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones; y formula las excepciones de mérito denominadas: transmisión universal e integrada de los activos y pasivos en una fusión por absorción, prescripción extintiva, falta de legitimidad por pasiva, falta de legitimidad por activa, incongruencia entre lo argumentado, lo pretendido y el objeto del proceso, genérica e innominada.

- **IVÁN DARÍO GUZMÁN NARVÁEZ:** Mediante providencia del 4 de diciembre de 2018, se ordenó vincularlo para integrar el litis consorcio necesario, dada su calidad de propietario inscrito de uno de los inmuebles sobre los que gira la controversia; no obstante, realizar entrega de citación para notificación personal el 28 de marzo de 2019 y posterior notificación por aviso, no hizo ningún pronunciamiento.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca, mediante Sentencia del 19 de octubre de 2021 declaró *"probada la excepción propuesta por la parte demandada denominada transmisión universal e integrada de los activos y pasivos en una fusión por absorción"*, y, en consecuencia, negó *"todas las pretensiones de la demanda"*.

Como sustento de su decisión el Juez de primera instancia en un análisis detallado, expuso diferentes argumentos que por razón de brevedad se sintetizan así: **i)** *El acto contenido en la escritura 3690 con fecha 06 de septiembre de 2007 por medio de la cual se realizó la adición a la escritura pública de fusión No. 1645 de fecha 31 de mayo de 1999, no adolece de nulidad absoluta porque: - Conforme a lo dispuesto en los artículos 172, 173, 178, 822 y 899 del Código de Comercio, 1741 y siguientes del Código Civil, y diferentes conceptos emitidos por la Superintendencia*

de Sociedades, la tradición de los inmuebles (denominados "Hacienda Praga", identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 120-0090956 y "Hacienda La Esperanza", identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria No. 120-0072302) de las sociedades absorbidas (Agrex S.A. e Inversiones del Cauca S.A) a la absorbente (Ingenio La Cabaña S.A), podía realizarse mediante escritura separada, tal como se hizo en la citada escritura 3690, máxime cuando esos bienes, se encontraban "inmersos en los ACTIVOS de las compañías integradoras, pues tal como lo establece la normatividad vigente, dichos activos pueden o no estar discriminados en la escritura pública de fusión por absorción de la sociedad Ingenio La Cabaña S.A. (Absorbente) y las sociedades Agrex S.A. e Inversiones del Cauca S.A. (Absorbidas)". Adicionalmente, "la fusión como tal fue aprobada por la Superintendencia de Valores", entendiéndose que "entre los anexos que soportan la solicitud de autorización elevada a la superintendencia, están debidamente discriminados los bienes que fueron objeto de la absorción" **ii)** No resultan "de recibo los argumentos traídos en las alegaciones, respecto de presuntos vicios en el acto de fusión contenido en la escritura pública N°1645 de fecha 31 de mayo de 1999 emitida por la notaria primera de Cali, al no haberse discriminado los bienes inmuebles referidos a la Hacienda Praga y la Hacienda La Esperanza", pues la nulidad de esa escritura no fue demandada en este proceso y por ende no hizo parte de las pretensiones ni de la fijación del litigio agotado en la audiencia inicial. Era obligación de la parte "probar que en efecto en la fase preparatoria, decisoria y ejecutiva o de formalización, no se cumplieron los requisitos de ley para la fusión" y para ello era necesario que hubiera demandado en nulidad la escritura pública N°1645 de fecha 31 de mayo de 1999. **iii)** El tiempo transcurrido entre la escritura pública 1645 del 31 de mayo de 1999 (escritura de fusión) y la escritura pública 3690 de 6 de septiembre de 2007 (escritura de adición): 8 años y 4 meses, no resulta relevante; la normatividad mercantil "no establece un tiempo determinado para registrar la transferencia del dominio de los bienes

inmuebles de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente". iv) No puede acogerse el argumento esbozado por el demandante referente a que la escritura pública No. 3690 de 6 de septiembre de 2007 está viciada de nulidad porque esta no fue suscrita por los representantes legales de las tres compañías, sino que la misma fue realizada únicamente por el ingenio la cabaña S.A., porque "la sociedad absorbente adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (inciso segundo del artículo 172 del Código de Comercio)". Adicionalmente, "en el acuerdo de fusión protocolizado mediante escritura pública 1645 del 31 de mayo de 1999 (escritura de fusión), las sociedades absorbidas y la absorbente acordaron que el representante legal del ingenio la cabaña, contaba con poder especial para formalizar el compromiso de fusión mediante escritura pública, y para aclarar, ADICIONAR y ajustar el compromiso de fusión, esto quiere decir que estaba plenamente facultado para adicionar el acuerdo con la suscripción de la escritura pública 3690 de 6 de septiembre de 2007 con el fin de perfeccionar la tradición de los inmuebles objeto de integración al patrimonio del ingenio la cabaña con ocasión de la fusión por absorción". Añade: "para la fecha de la celebración de las escrituras públicas 3690 con fecha 06 de septiembre de 2007 y la escritura No. 2524 de fecha 10 de septiembre de 2009, las sociedades absorbidas ya se habían extinguido en virtud de la fusión perfeccionada mediante el registro en la cámara de comercio. Por lo tanto, la representación legal de estas estaba en cabeza de la sociedad absorbente" v) Dichas apreciaciones, son aplicables frente a la pretensión de nulidad del acto contenido en la escritura No 2524 de fecha 10 de septiembre de 2009, de la notaria veintidós de Cali, "a la cual no se endilgaron causales de nulidad autónomas, ya que solo se limitó aclarar la escritura 3690 atendiendo las exigencias de la oficina de registro". vi) No hay lugar a realizar condena por cánones de arrendamiento porque conforme a lo dispuesto en el "artículo 172 del Código de Comercio, la demandada INGENIO LA CABAÑA S.A., tenía el derecho y la facultad de percibir los

*cánones del bien inmueble de la sociedad absorbida entregado en calidad de arrendamiento de predio rural a la COMPAÑÍA DE ESPÁRRAGOS S.A., quien a su vez lo cedió al demandante tal y como lo indica el contrato de cesión de arrendamiento de predio rural que milita a folio 57 a 60 de la anotación 2 del expediente digital”, lo que así corroboró el demandante al absolver interrogatorio de parte y lo reconoció en acuerdo conciliatorio celebrado dentro del proceso con radicado 2016-575-00 seguido en el Juzgado Primero Civil Municipal de Popayán, además, las disposiciones del Código Civil, los artículos 1973 y 1974 aplicables en virtud del artículo 822 del C.Co., prevén “la posibilidad de arrendar la cosa ajena” **vii)** La pretensión dirigida a la devolución de sumas de dinero por concepto de las condenas en costas impuestas al señor González Patiño en otros procesos seguidos entre las mismas partes, no prospera en razón a que esta la vía para tal reclamación. **viii)** Finalmente, respecto a la condena de “perjuicios por la demora en la devolución de un valor pagado al ingenio la cabaña - \$460.000.000- y estimada en \$62.500.000”, no tiene sustento probatorio porque “no se dirigió ni una sola prueba para demostrar cual era el negocio válidamente celebrado entre las partes, para luego establecer el incumplimiento”.*

LA APELACIÓN

El demandante, inconforme con el fallo de primera instancia, a través de su apoderada judicial, interpuso recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

-La demanda de nulidad absoluta de las E.P. 3690 de 2007, y, 2524 de 2009, según lo expuesto en los hechos de la demanda, se dio “por incumplimiento de lo determinado en el artículo 1740” no obstante, en la decisión apelada, el Juzgado “determina realizar el análisis de la pretendida nulidad por la vía de objeto y causa ilícita, más no por la vía demandada: omisión de los requisitos o formalidades que las leyes

prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos".

-Adicionalmente, se "pretermitieron" los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso al no realizar un examen crítico de las pruebas, sin que exista consonancia entre la decisión y "los hechos de la demanda y sus pretensiones" pues "en las alegaciones se expuso la situación de incumplimiento de disposiciones normativas, que, aún no siendo expuestas inicialmente, se debían considerar conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 281".

-Finalmente expresa que las afirmaciones realizadas en la sentencia no guardan concordancia; se dio por sentado que los bienes inmuebles: Hacienda Praga y la Esperanza, "se encontraban dentro de los activos aportados en la fusión" y que "para el traspaso de la propiedad de esos bienes, no se requería la firma de los representantes de las sociedades", lo que se fundamentó en el artículo 179 del C. de Comercio, pese a que esa norma sí tiene un límite de tiempo para realizar dichas actuaciones y lapso que en el caso concreto fue inobservado, según aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 180 ibidem.

CONSIDERACIONES

A.- SANIDAD PROCESAL. En la actuación adelantada no se observa vicio o irregularidad que invalide lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

B.- PRESUPUESTOS PROCESALES. Las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo. Basta con señalar que el juzgado de primera instancia era el competente para conocer el proceso, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 20, y el numeral 5 del artículo 28 del C.G. P³; los aquí involucrados: demandante persona capaz de comparecer por sí mismo al proceso y la jurídica por

³ Según la prueba documental anexa al expediente, el domicilio principal de Ingenio La Cabaña S.A. es el municipio de Caloto - Cauca.

conducto de su representante legal, verificándose que ambos extremos han conferido poder a profesionales del derecho que representan sus intereses.

El requisito de la demanda en forma también se acata; el escrito de la demanda cumple con las exigencias básicas señaladas en los artículos 82 y 84 del Código General del Proceso.

C.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En sentencia del 02 de diciembre de 2020 proferida por esta Corporación, mediante la cual se revocó la Sentencia anticipada del 11 de septiembre de 2019 y dictada dentro de este mismo asunto, se anotó lo siguiente:

... "Lo anterior, cobra relevancia porque el demandante adujo, ser un tercero a quien los efectos de ese contrato de fusión irradiaron, y, por ende, pese a no participar en su convención, no le fueron indiferentes⁴, de ahí que desde la periferia del contrato se presente como un tercero al que la invalidez que predica frente a los mismos, le afecta patrimonialmente"

A su turno el A Quo en la Sentencia que ahora es materia de apelación, dio por satisfecho el requisito de legitimación en la causa para ambos extremos procesales, aspecto que nadie discutió en sede de apelación y frente al cual anotó:

... "La regla general ..., según la cual solo las partes del contrato y el Ministerio Público podrían demandar la nulidad absoluta del contrato, encuentra una excepción al permitir que un tercero con interés para obrar pueda también hacerlo, según lo autoriza el artículo 1742 C.C."

Calidad (tercero con interés) que entendió cumplida respecto al demandante, y, que esta Sala comparte en el entendido que el aducido por el extremo activo lo radicó en su calidad de poseedor (sic) y/o arrendatario (sic) del inmueble que fue objeto de transmisión en virtud al acto contenido en la (s) escritura (s) demandada (s) en nulidad, lo que en su sentir, le causa un perjuicio pues la sociedad a quien

⁴ CSJ SC. Sentencia del 28 de julio de 2005, Radicado 1999-00449

se le atribuye la calidad de propietaria, percibió de manos suyas dineros y ejerció acciones a las que considera, no tenía derecho (legitimación en la causa por pasiva).

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme la decisión adoptada por el *a quo* y especialmente, acorde con los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante al sustentar el recurso de apelación formulado, la Sala responderá el siguiente interrogante:

¿Debe revocarse la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de mérito denominada "*transmisión universal e integrada de los activos y pasivos en una fusión por absorción*"?

Al anterior cuestionamiento se responde en forma negativa, razón por la cual la sentencia apelada será confirmada.

CASO CONCRETO: Por efectos metodológicos la Sala presenta divididos los argumentos que respaldan la tesis que responde al problema jurídico planteado:

LOS ACTOS CONTENIDOS EN LA E.P. NO.3690, DE FECHA 6 DE SEPTIEMBRE DE 2007, EMITIDA POR LA NOTARIA PRIMERA DE CALI (V), POR MEDIO DE LA CUAL SE REALIZÓ UNA ADICIÓN A LA ESCRITURA 1645 DEL 31 DE MAYO DE 1999 DE LA NOTARIA PRIMERA DE CALI (V), Y, EN LA E.P. No.2524, DE FECHA 10 DE SEPTIEMBRE DE 2009 EMITIDA POR LA NOTARIA VEINTIDÓS DE CALI (V)/ RAZONES EN LAS CUALES LA PARTE DEMANDANTE FUNDAMENTA LA CONFIGURACIÓN DE UNA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS ACTOS INSTRUMENTADOS EN ESAS ESCRITURAS PÚBLICAS.

-La E.P. 3690 de 2007 [página 162 y sgtes del expediente digital] adicionó la EP 1645 de 1999, especificando que a través de la última nombrada se "*protocolizó la fusión por medio de la cual la sociedad Ingenio la Cabaña S.A., absorbió entre otras, a la Sociedad Agrex*

S.A.", añade que, dentro de los activos aportados por Agrex S.A. se encontraban los bienes inmuebles denominados "Hacienda la Esperanza con M.I. 120-00072302, y, Hacienda Praga M.I. 120-0090956", determinando en su cláusula tercera:

"Como en la escritura de fusión relacionada en el punto primero, no se detallaron los predios anteriormente descritos para su registro, por medio del presente instrumento público, se protocoliza la adición a la E.P. 1645 de 1.999, en relación de los bienes aportados a la fusión por parte de AGREX S.A., los cuales deben ser registrados a nombre de INGENIO LA CABAÑA S.A."

-La E.P. 2524 de 2009 se limitó a realizar unas aclaraciones sobre los gravámenes que reposaban sobre los bienes inmuebles "Hacienda la Esperanza" y "Hacienda Praga" en calidad de activos aportados por la sociedad absorbida: Agrex S.A.

-La parte demandante adujo en la demanda, y, al presentar el recurso de apelación, en esencia, que los actos contenidos en dichas escrituras públicas adolecían de nulidad porque: **i)** "La tradición de los bienes inmuebles" resultantes de la fusión no podía ser inscrita ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, pues la escritura pública 1645 de 1999 "mediante el cual se legalizó el contrato de fusión no identificó ni detalló los activos" y por ende los bienes inmuebles que constituían el activo absorbido. En ese orden la E.P. 3690 de 2007 no podía "subsana unilateralmente esa anomalía contractual" ni tampoco "perfeccionar la tradición de los bienes inmuebles que se quedaron por fuera de la escritura de fusión inicial, por no existir en ella expresamente detallados e identificados los bienes a transferir". **ii)** Resulta "inaceptable" que la demandada utilice a su favor "un título traslativo inexistente", porque no cumplió con el "modo" ni con el "título" para hacerse propietaria de la Hacienda Praga y, en consecuencia, no estaba habilitada para celebrar contratos o ejercer acciones en esa calidad y en contra del señor González Patiño.

LA FUSIÓN COMO REFORMA AL CONTRATO SOCIAL/NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO Y DE EJECUCIÓN SUCESIVA/FUSIÓN POR ABSORCIÓN/ ESCRITURA DE FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE FUSIÓN, COMO JUSTO TÍTULO PARA ADQUIRIR DERECHOS Y RECIBIR OBLIGACIONES/ TÍTULO PARA ADQUIRIR EL DOMINIO DE LOS BIENES INMUEBLES DE LAS SOCIEDADES MATERIA DE ABSORCIÓN.

Como lo enrostrado al A Quo, estuvo fundado en que su decisión no estudió la *"omisión de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos"*, básicamente, porque los actos contenidos en las escrituras 3690 y 2524 no podían *"corregir o enmendar la anomalía contractual"* con la que nació el acto de fusión, al no discriminar los activos entregados por las sociedades absorbidas a la absorbente, la Sala hará una breve referencia a la naturaleza jurídica de la fusión, desde lo previsto en el artículo 172 y sgtes del Código de Comercio y diferentes conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, así como la jurisprudencia sobre la materia, proveniente de la Corte Constitucional.

En ese sentido, la fusión significa en términos simples, la unión entre sociedades, subsistiendo una persona jurídica que absorbe los patrimonios de las otras compañías o sociedades que participan en esa fusión, definiéndose como un acto corporativo en el cual la sociedad o sociedades que se extinguen, transmiten **en bloque, la totalidad de su patrimonio (activo y pasivo)** a otra de nueva creación (fusión por creación) o preexistente (fusión por absorción o incorporación), y, en este último caso, dicho aporte patrimonial (de las sociedades fusionadas) incrementa el capital social o suscrito de la sociedad absorbente.

Conforme a lo previsto en el artículo 1721 del Código de Comercio, la fusión implica una reforma al contrato social, una operación jurídica, un contrato, un *"negocio jurídico complejo y de ejecución sucesiva"*, que se *"perfecciona mediante varios actos escalonados y concatenados causalmente entre sí"*, *"inspirado en el*

propósito de llevar hasta sus últimos alcances y desarrollos el acuerdo de concentración de las empresas y de los patrimonios afectos a ellas" (Sentencia C-044/06).

-Sobre los diferentes efectos generados por la fusión la Superintendencia de Sociedades ha explicitado:

... "Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza pueden enumerarse: la modificación al contrato social; la disolución de las sociedades sin implicar la inmediata liquidación de su patrimonio social; la extinción de entes jurídicos y la transmisión patrimonial...

*... La sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (Inciso segundo del artículo 172 C. Co), que trae como consecuencia directa que las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175 C. Co). Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 1785 ibidem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo de fusión, que la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas. Y debe entenderse perfeccionada la fusión cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el artículo 177 ídem, se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros (artículo 158 C. Co). **Así que la escritura de formalización del acuerdo de fusión, se erige en justo título para adquirir derechos y recibir obligaciones, efecto que opera por ministerio de la ley, en los términos de los artículos ya citados. Ahora bien, como es un título traslativo de dominio, debe ajustarse a los requisitos establecidos por el modo de adquirir, así que siempre que se trate de un bien sujeto a registro, la fusión sólo dará o transferirá la posesión efectiva cuando se verifique este procedimiento. De allí que el artículo 178 ya mencionado, establezca que la tradición de los bienes inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada si así lo acuerdan las partes, registrada conforme lo indique la ley;** y la de los muebles se hará por inventario que habrá que adecuarse a las*

formalidades propias para que tengan efectos ante terceros, como la inscripción en el respectivo libro de accionistas.

*Por lo tanto, es criterio de este Despacho que **la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación, pues al igual que estos negocios tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes**, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y señalado los efectos" (Subrayas y negrillas fuera de texto, Oficio 220-45217, 2 de septiembre de 2002).*

EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE LA DEMANDADA FRENTE A LA HACIENDA "PRAGA" Y LA HACIENDA "LA ESPERANZA".

-Para lo que aquí compete precisar, se verifica que contrario a lo afirmado por la parte apelante, el A Quo si estudio la totalidad de las razones expuestas por la parte demandante y en las que fundó su súplica de nulidad, incluso in extenso, se refirió a cada una de ellas, avalando esta Sala lo esgrimido por el Juzgador de instancia quien concluyó inexistente la nulidad absoluta deprecada.

-Lo anterior, porque tal como lo muestra la prueba documental, las mentadas haciendas eran de propiedad de una de las sociedades absorbidas: Agrex S.A., aprobándose según reza la E.P. 1645 de 1999, el compromiso de fusión realizado entre los representantes legales de la sociedad absorbente y las absorbidas (Agrex e Inverca), incorporando a esa escritura - cláusula tercera - "un anexo sobre la relación entre capitales y patrimonios", sin que para esa fecha, la Superintendencia de Industria y Comercio, formulara objeciones a la fusión según oficio protocolizado a esa misma escritura.

-El perfeccionamiento del contrato de fusión (Escritura Pública e inscripción) no fue objeto de demanda en este proceso, pues las pretensiones en momento alguno estuvieron encaminadas a solicitar la nulidad de la E.P. 1645 de 1.999. Lo anterior, en términos simples, significa que la reforma al contrato social precedida del compromiso de fusión pactado entre las empresas que hicieron parte de la misma, trajo como consecuencia directa y obligada que la sociedad absorbente adquiriera los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y por ende, la citada escritura, creara o se convirtiera en un justo título para adquirir derechos y recibir obligaciones por parte de la sociedad absorbente, aspecto sobre el que no existe discusión alguna.

-Ahora, si el problema radica en que la E.P. 1645 de 1.999 omitió relacionar bienes inmuebles incorporados por ley al acuerdo de fusión, ello no representa la consecuencia legal pretendida por el demandante. Para ello, basta con remitirse a la disposición del artículo 178 del Código de Comercio, según el cual, la tradición de esos bienes puede hacerse con la escritura de fusión **o por escritura separada**, la cual debe ser registrada conforme lo indique la ley. Así incluso, lo ha conceptuado la Superintendencia, al afirmar que "**si en la escritura de fusión se omitió la inclusión del folio de matrícula inmobiliaria de un bien inmueble que pertenecía a la absorbida, puede correrse una nueva escritura pública, con el fin de que sea transferido a la sociedad absorbente**". SuperSociedades, Concepto 220-199273, Sep. 5/17.

-En conclusión, la fusión supone una transmisión "*in universum ius*" del patrimonio de todas las sociedades fusionadas. Ello significa que los derechos reales de esas sociedades, "*se transmiten a ese bloque patrimonial*". (SuperSociedades, Concepto 220-199273, Sep. 5/17. Oficio 220-130020 del 20 de agosto de 2014), y, en el caso de los inmuebles el título de tradición, el cambio de titular, opera por conducto de la escritura pública que contiene el contrato de fusión **o en escritura separada**, debidamente registrada

(título y modo) como sucedió en este caso. Y no existe disposición normativa que establezca un límite de tiempo para realizar por "separado" la escritura pública, al no establecer el artículo 178 límite para tal efecto, máxime cuando los 6 meses de que trata el artículo 180 y que el apelante pretende aplicar por "analogía" contempla una hipótesis normativa disímil a la aquí estudiada y en todo caso, no establece la sanción civil aquí deprecada, en caso de no observarse ese término; sin pasar por alto que el Representante Legal de la sociedad absorbente estaba habilitado para proceder de tal manera al adquirir por virtud y en razón a la fusión, los derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas y posteriormente extinguidas.

-Se anota, que como las pretensiones de condena estaban sujetas a que se declarara la prosperidad de la nulidad, no se encuentra necesario referirse a ellas, pues tampoco se desarrolló algún reparo concreto en torno a ese aspecto y se itera, su pedimento se ató a que prosperara el alegato relativo a que la demandada no ostentara el título de dominio (propietaria) que exhibió para realizar contratos, ejercer acciones o hacerse acreedora frente al señor González Patiño.

-Finalmente, en torno a la alegada falta de congruencia de la Sentencia y la aplicación de los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso, la Sala reitera que el A Quo emitió una decisión de fondo en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, sin que los escritos posteriores presentados por el demandante e incluso allegados en esta instancia, tengan la virtualidad de modificar ese estudio o la competencia funcional atribuida a esta Corporación. Invocar ahora, que el bien inmueble denominado "Hacienda Praga" no registra antecedentes o titulares de derechos reales de dominio, es aspecto, en el que no se fundó la sanción civil de nulidad absoluta de los negocios jurídicos contenidos en las escrituras públicas analizadas y en nada cambia la decisión que por esta vía será íntegramente confirmada.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caloto - Cauca, dentro del proceso de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante, aquí apelante, al pago de costas generadas en esta instancia, las que se liquidarán conforme lo establece el artículo 365 del CGP. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un (1) SMLMV.

TERCERO: Comunicar lo dispuesto en esta providencia al Juzgado de origen, incorporando lo actuado en esta instancia al expediente digital correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN

