MEMORANDO

2100

Bogotá D.C, miércoles, 27 de mayo de 2020

*20202100014553
*

Al responder cite este Nro.
20202100014553

PARA: Dinorah Patricia Abadía Murillo, Vicepresidente de Proyectos

DE: Jefe de Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta Memorando N° 20204300011623 – Solicitud concepto Jurídico

En atención al memorando citado en el asunto, en virtud del cual se solicita a esta Oficina Jurídica un concepto relacionado con *"los contratos en cuentas en participación suscritos por la empresa comunitaria ECOUPALT, hallados en el marco del proceso de fiscalización"*, esta Dependencia procede a determinar el marco jurídico y los antecedentes del asunto referido, a saber:

I. Empresas comunitarias

El marco jurídico de las empresas comunitarias se encuentra previsto en el Decreto 561 de 1989[1], la Ley 160 de 1994[2] y desarrollado por las normas expedidas por la Agencia de Desarrollo Rural, en este sentido, estas empresas han sido definidas como "*la forma asociativa por la cual un número plural de personas que reúnan las condiciones para ser beneficiarias de los programas de reforma agraria estipulan aportar su trabajo, industria, servicios y otros bienes en común, con el fin de desarrollar todas o algunas de las siguientes actividades:*

La explotación económica de uno o varios predios rurales, la transformación, comercialización, mercadeo de productos agropecuarios y la prestación de servicios, sin perjuicio de adelantar obras conexas y necesarias para el cumplimiento de su objetivo principal, para repartir entre sí las pérdidas o ganancias que resultaren en forma proporcional a sus aportes. Para los anteriores

[1] Decreto 561 del 16 de marzo de 1989 "*por el cual se expide el régimen jurídico de las Empresas Comunitarias*".
[2] Ley 160 del 03 de agosto de 1994 "*por el cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*".

efectos se entiende por beneficiarios de los programas de reforma agraria a los campesinos de escasos recursos económicos"[3].

De esta manera, las empresas comunitarias y sus instituciones auxiliares[4], tienen como objetivo "*la promoción social, económica y cultural de sus asociados*"[5].

De igual manera y según lo previsto en el inciso 3 del artículo 103 de la Ley 160 de 1994, "*en las empresas comunitarias se entiende que el trabajo de explotación económica será ejecutado por sus socios. Cuando las necesidades de explotación lo exijan, las empresas comunitarias podrán contratar los servicios que sean necesarios*".

- **Fiscalización de las Empresas Comunitarias**

Es pertinente señalar que mediante el Memorando con radicado N° 20182100020103 del 31 de mayo de 2018, esta Oficina se pronunció sobre la competencia a cargo de la Agencia de Desarrollo Rural en lo que tiene que ver con la fiscalización de las empresas comunitarias, por tal motivo, para determinar lo procedente en cada caso en concreto, amablemente les solicitamos remitirse al contenido del referido documento. En este sentido y aun cuando dicho soporte se encuentra publicado en el normograma de la Agencia, el mismo se remitirá como anexo del presente documento.

A continuación, se señalarán los elementos esenciales de dicha facultad, a saber:

Se encuentra establecida en el **Capítulo VII del Decreto 561 de 1989** y de conformidad con lo preceptuado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, mediante la directriz con radicado 20161140242401 del 03 de noviembre de 2016 y el oficio con radicado 20191110199871 del 24 de septiembre de 2019, dicha función le corresponde a la ADR, por la naturaleza de las actividades que actualmente adelantan las empresas comunitarias y por ser la entidad que asumió las funciones normativas referidas a los extintos INCORA e INCODER, en relación con los temas de desarrollo agropecuario y rural de las organizaciones sociales, comunitarias y productivas rurales, entre otras.

De esta manera, la fiscalización de las empresas comunitarias tiene como finalidad "*asegurar que en su constitución y funcionamiento se observen las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen*"[6].

Al respecto, es necesario tener en cuenta lo previsto en el inciso 2 del artículo 104 de la Ley 160

[3] Artículo 1 del Decreto 561 de 1989 y artículo 103 de la Ley 160 de 1994.
[4] El inciso 5 del artículo 103 de la Ley 160 de 1994 señala: "*Se tendrán como instituciones auxiliares de las empresas comunitarias aquellos organismos que tienen como finalidad incrementar y desarrollar el sistema comunitario mediante el cumplimiento de actividades tendientes a la promoción, educación, financiamiento y planeación que permitan el logro de los objetivos económicos y sociales de tales empresas y que además sea uno de sus propósitos evolucionar hacia la empresa comunitaria formal*".
[5] Artículo 2 del Decreto 561 de 1989 e inciso 4 del artículo 103 de la Ley 160 de 1994.
[6] Artículo 50 del Decreto 561 de 1989.

de 1994, como límite a la competencia de fiscalización prevista en el Decreto referido, así: "*El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria seguirá ejerciendo las atribuciones relacionadas con las Empresas Comunitarias a que se refiere el Decreto extraordinario 561 de 1989, hasta cuando éstas hayan cancelado la totalidad de los créditos que tuvieren vigentes con la entidad; o se encuentre en firme la disolución y liquidación de la forma asociativa y cancelada la personería jurídica por el Ministerio de Agricultura y en los demás casos que señale el respectivo decreto reglamentario de la presente Ley*" (subrayado fuera del texto original).

En este sentido, de conformidad con lo señalado en la directriz emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el artículo 26 del Decreto Ley 2364 de 2015, la Dirección de Participación y Asociatividad de la Vicepresidencia de Proyectos de la ADR es la competente para ejercer la función de fiscalización de las empresas comunitarias[7].

Ahora bien, es preciso señalar que para el ejercicio entre otras de las funciones de inspección, vigilancia, control y fiscalización, las entidades requieren que estas deriven de una ley entendida en sentido amplio que las asigne y determine las condiciones para su ejercicio[8], que para el caso bajo análisis corresponde al Decreto 561 de 1989, el cual regula la facultad de fiscalización a las empresas comunitarias, así como los requisitos esenciales para su aplicación, lo anterior, sin perjuicio de su desarrollo por la entidad competente, esto es por la ADR, en cabeza de la Dirección de Participación y Asociatividad de la Vicepresidencia de Proyectos.

II. De las cuentas en participación

El contrato de cuentas en participación se encuentra previsto en el Título X del Libro II del Código de Comercio y se define como "*un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida*"[9]. El anterior requerimiento realizado en la norma transcrita, esto es, la calidad de comerciante, debe entenderse de conformidad con lo señalado en los artículos 21 y 22 del referido Código.

---

[7] Al respecto el MADR señaló: "*Sin embargo, dentro de la implementación progresiva de los mencionados decretos, en meses anteriores se efectuó una reunión con la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en la que se concluyó que tales funciones corresponden a esa Agencia, por la naturaleza de las actividades que actualmente adelantan las empresas comunitarias, y por cuando dentro de las funciones de la Agencia de Desarrollo Rural están, entre otras, la de apoyar a las entidades territoriales e instancias de integración territorial, y a las organizaciones sociales, comunitarias y productivas (numeral 14 del artículo 4 del Decreto Ley 2364 de 2015), además de que dentro de su estructura orgánica cuenta con la Dirección de Participación y Asociatividad, que depende de la Vicepresidencia de Proyectos (artículo 26 del Decreto [Ley] 2364 de 2015)*".

[8] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, radicación No. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223), fecha 16 de abril de 2015; Sentencia C 103 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia del 07 de abril de 2016, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, radicación No. 25000-23-27-000-2011-00317-01 (20661), entre otras.

[9] Artículo 507 del Código de Comercio.

En relación con este contrato, el doctrinante Ramiro Bejarano Guzmán menciona lo siguiente:

> "[Es] *típico, porque está regulado legalmente en el estatuto mercantil, lo cual lo hace autónomo e independiente de otras formas contractuales.*
> *Es consensual, porque se trata de un contrato que surge a la vida jurídica por el simple consentimiento de los partícipes, pues como lo dispone el artículo 508 del C. de Co., no está sujeto "en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles", dado que "el objeto, la forma, y el interés y las demás condiciones se regirán por el acuerdo de los participantes".*
> *Es bilateral, porque para que surja jurídicamente es necesario el concurso de dos o más voluntades, la del gestor y la del partícipe inactivo.*
> *Es conmutativo, porque implica obligaciones a cargo de las partes, conocidas por ellas al momento de quedar atadas por ese contrato: para el gestor, la obligación de ejecutar una actividad comercial, con cargo de rendir cuenta y dividir las ganancias o pérdidas; para el partícipe oculto, la de tomar interés en una o varias operaciones mercantiles*"[10].

Es preciso señalar que la participación no constituye una persona jurídica, tal precisión se explica por su ubicación en el Código, ya que este contrato está consignado en el último título del libro segundo que regula las sociedades comerciales y no en el libro de contratos, así mismo y dado que la acreditación de la existencia del contrato no está sujeta a solemnidades, tampoco lo están su modificación; disolución y liquidación, que podrán ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos o cualquier otra prueba legal[11].

Aunado a lo anterior, la responsabilidad del partícipe en este contrato estará limitada al valor de su aporte, si no revela o autoriza que se conozca su calidad, en caso contrario, responderá ante terceros de manera solidaria con el gestor[12]. En relación con su terminación, se precisa que el Código de Comercio no previo causas para su procedencia, por lo que se deberá ceñir a lo previsto en el contrato[13].

Al respecto el doctrinante Ramiro Bejarano Guzmán señala:

> "*En opinión de ARRUBLA, la participación terminará por la realización de la operación encomendada, por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo de los contratantes, por el desahucio de cualquiera de las partes, por la imposibilidad de realizar la operación u*

---

[10] Libro Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos, Tomo I, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2003. De las cuentas en participación, Bejarano Guzmán, Ramiro, Páginas 127 a 141.
[11] Artículo 509 del Código de Comercio.
Libro Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos, Tomo I, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2003. De las cuentas en participación, Bejarano Guzmán, Ramiro, Páginas 127 a 141.
[12] Artículo 511 del Código de Comercio.
[13] Libro Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos, Tomo I, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2003. De las cuentas en participación, Bejarano Guzmán, Ramiro, Páginas 127 a 141.

operaciones objeto del encargo, por la quiebra del partícipe activo y por la muerte del partícipe gestor.
Aunque nos parece que el profesor antioqueño tiene razón en los eventos que señala, pensamos que su enumeración es incompleta, pues entre otras causas de terminación de la participación está la del incumplimiento de una o ambas partes reconocido en sentencia judicial, que además declare la terminación del contrato".

Por último, sin perjuicio de la naturaleza jurídica de la participación, para los derechos y obligaciones de las partes se tendrán en cuenta las conferidas e impuestas en la sociedad en comandita simple a los socios entre sí, en tal sentido, respecto de lo no previsto en este contrato de participación para regular las relaciones entre las partes, se aplicarán las normas previstas para la referida sociedad y de resultar insuficientes, lo señalado en el Título Primero del Libro II[14].

En este orden de ideas y aun cuando los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en virtud de la función asignada mediante el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares, se procederá a indicar el marco jurídico general de las preguntas puestas a consideración, así:

- *"¿Es competente la ADR como entidad fiscalizadora para determinar si los contratos de cuentas en participación y otrosíes suscritos por la empresa comunitaria ECOUPALT y los ingenios azucareros, son legales?*

  Si la respuesta a la anterior inquietud es que la ADR, no es el competente ¿Quién es el órgano competente para determinarlo?"

De conformidad con lo señalado, la ADR como entidad a cargo de las acciones de fiscalización de las empresas comunitarias, puede realizar las actividades previamente establecidas en las normas que asignaron y determinaron las condiciones para su ejercicio y a su reglamentación.

En lo relacionado con la legalidad de un contrato, se trae a colación la presunción de buena fe que rige las actuaciones de los particulares y las autoridades, presente en materia contractual[15], así como el hecho de que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y solo podrá ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales[16].

Al respecto, es pertinente señalar lo referido por la Corte Constitucional[17], así:

---

[14] Artículo 513 y 514 del Código de Comercio.
[15] Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia.
Artículo 1603 del Código Civil.
Revista de Derecho Privado N°11, julio-diciembre, 2006, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, Neme Villarreal, Martha Lucía. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537587004.pdf
[16] Artículo 1602 del Código Civil.
[17] Sentencia C 345 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

"*Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.*

La inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato. La nulidad, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto. La inoponibilidad comprende aquellas hipótesis en las que el acto o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley. Finalmente, la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido".

Aunado a lo indicado, se precisa que la nulidad puede ser absoluta y relativa, a saber: "*El criterio de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa reside en la importancia de la norma violada. Si ésta es de interés general, la nulidad es absoluta; si es de aquellas que tutelan el interés particular de las personas, la nulidad es relativa. (…) Ambas, por tratarse de una sanción civil, deben ser declaradas judicialmente*"[18].

Por lo anterior, la dependencia encargada de ejercer la función de fiscalización al interior de esta Agencia, específicamente el equipo interdisciplinario que conforma la Dirección de Participación y Asociatividad de la Vicepresidencia de Proyectos y particularmente su equipo jurídico, deberá analizar cada caso en concreto y de encontrarse ante hechos que posiblemente generen la necesidad de iniciar una acción judicial, debe remitir todos los soportes correspondientes, así como un informe técnico - jurídico elaborado por los profesionales competentes, señalando específicamente la legitimación por activa de esta entidad, lo anterior de acuerdo con las competencias de representación judicial y extrajudicial a cargo de la Oficina Jurídica.

- *Con los documentos aportados y que se relacionan en la presente solicitud (actas de reuniones suscritas por el jefe de la Oficina de Enlace Territorial de Cali del INCODER y*

[18] La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano, Hernando Uribe Vargas. Disponible en: file:///C:/Users/HP/Downloads/1927-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4247-1-10-20151102.pdf; frente a la inexistencia el texto señala: "*La inexistencia opera de pleno derecho, sin necesidad de que el juez la declare, mientras la nulidad debe ser decretada judicialmente. Antes de que ello ocurra el acto debe ejecutarse*".

oficio emitido por parte de la Doctora Martha Lucia Calle Cadavid) ¿se puede inferir que la Empresa ECOUPALT se encontraba autorizada por el INCODER para la suscrición de los contratos de cuentas en participación celebrados con los ingenios azucareros, Ingenio Pichichi S.A.; Caña de Azúcar y Cereales S.A.; y La Alsacia S.A.?

De conformidad con lo referido en las anteriores preguntas, es preciso reiterar que el equipo interdisciplinario y particularmente el equipo jurídico de la Dirección de Participación y Asociatividad de la Vicepresidencia de Proyectos, deberá verificar dicha situación con las particularidades de cada caso y de considerarlo necesario en aquellos casos en los que se evidencien grandes dificultades de orden jurídico, esta Oficina en virtud de la función de asesorar a las dependencias de la entidad[19], considera viable articular mesas interdisciplinarias con la finalidad de analizar las posibles soluciones jurídicas, por lo tanto, quedamos atentos a la citación por parte del interesado.

- *¿Es competente la ADR como entidad fiscalizadora para determinar, si con la suscripción de los contratos de cuentas en participación celebrados por la empresa ECOUPALT cumplió su objeto social?*

  Si la respuesta al anterior interrogante es sí, ¿con la suscripción de estos contratos de cuentas en participación la empresa ECOUPALT incumplió su objeto social?

Aunado a lo ya señalado, se reitera que tanto el objeto social de las empresas comunitarias como las funciones de fiscalización en cabeza de la Agencia, se encuentran establecidas en el Decreto 561 de 1989 y desarrolladas en las normas internas, por lo que dicha actividad debe ceñirse estrictamente a lo previsto en los instrumentos jurídicos referidos.

- *Si la conclusión del anterior análisis, es que el objeto social de la empresa ECOUPALT no se cumplió, ¿Cuál serían las sanciones que debería aplicar la ADR como entidad fiscalizadora?*

El artículo 52 del Decreto 561 de 1989, señala que cuando se compruebe "*la violación de las normas que rigen el funcionamiento de la empresa comunitaria o la comisión u omisión de actos en tal forma que se atente contra los intereses de la misma, de sus socios o los de terceros, solicitará la convocatoria a la asamblea general de socios para informar de las anomalías y dará un plazo de 90 días para que se corrijan. Si esta corrección no se hace en el tiempo determinado se podrá imponer en su orden las siguientes sanciones:*

1. Amonestación escrita.
2. Conminación por escrito a la empresa.
3. Solicitud al Ministerio de Agricultura, de la suspensión de la personería jurídica hasta por un término de seis (6) meses.
4. De persistir la situación, solicitud al Ministerio de Agricultura de la cancelación de la personería jurídica".

[19] Numeral 1 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015.

En tal sentido, las sanciones a imponer en virtud del ejercicio de la función de fiscalización, se encuentran previstas en la normativa vigente.

Finalmente, es preciso indicar que mediante el concepto jurídico emitido por esta oficina ya referido[20], se señaló lo siguiente: "*teniendo en cuenta lo anterior, "el funcionario competente para suscribir Actos Administrativos y sancionar a las empresas comunitarias", será el que el Presidente de la Agencia de Desarrollo Rural delegue para tal efecto, a través de una Resolución de asignación de funciones, la cual podrá ser proyectada por la Vicepresidente de Proyectos y posteriormente revisada por la Oficina Asesora Jurídica, de acuerdo con las funciones establecidas en el artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015*", sin embargo, esta oficina no conoce y no evidencia su publicación en el normograma de la Entidad, del acto administrativo de delegación de funciones.

De igual manera, se señala que para esta oficina no fue posible evidenciar ni en el normograma ni en el aplicativo ISOLUCION, la normativa interna de desarrollo del Decreto 561 de 1989 y demás normas concordantes, la cual reviste gran importancia para los temas aquí abordados y podría dar solución a los casos particulares, en tal sentido, se recomienda a la Dirección de Participación y Asociatividad de la Vicepresidencia de Proyectos la elaboración de lo señalado con efectos de oponibilidad ante terceros.

El presente concepto se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA PEDREROS CASTELLANOS

Anexos: Uno (memorando con radicado N° 20182100020103 en 10 folios).

Copia: N/A

Elaboró: Catherine Piraquive Monroy, Abogada Oficina Jurídica
Revisó y aprobó: Nhazly Marcela Correa Bustos, Abogada Oficina Jurídica

[20] Memorando con radicado N° 20182100020103 del 31 de mayo de 2018.