SC-373-311-2016
8 de abril del 2016

Señor
Rigoberto León Mora
Asociado
COOPESILENCIO R.L

Estimado señor:

Me refiero a su consulta recibida por la vía del correo electrónico, el día 7 de abril del 2016, por medio de la cual se nos consulta respecto de ciertas inquietudes en torno respecto de la los pensionados, y parentescos dentro de los órganos sociales. La misma señala lo siguiente:

"...En relación con la consulta enviada por mi persona el día 04 de abril del presente año, a su departamento y teniendo su respuesta de la misma según nos consta en el documento SC-354-311-2016. Me quedan las siguientes dudas:

1- ¿Si los pensionados (inactivos) o sea no aportan trabajo directo a la cooperativa pueden votar y/o participar en la votación? Además me gustaría saber si pueden elegir y ser electos. Esto por cuanto un miembro del consejo de administración es pensionado.

Por ende incumplen con los deberes como asociados, pero si obtienen y disfrutan de los derechos como asociados.

2- ¿Si los cuñados y sobrinos políticos (sobrino de la esposa del gerente) pueden participar en la votación. Esto porque en el consejo de administración existen 2 miembros con esos parentescos.

3- ¿Puede la asamblea pedir o cambiar algunos miembros o todos los miembros del consejo de administración, de no darle seguimiento o el debido proceso a la gerencia en esta situación? Pues la mayoría de asociados estamos en desacuerdo con la gestión gerencial y si ellos (consejo de administración) no nos escuchan queremos seguir con el debido proceso y llegar hasta las últimas consecuencias.

4- Cuál es el debido proceso a seguir si el Consejo no toma cartas en el asunto o se hace de la vista gorda como hasta la fecha lo ha hecho.

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

Respecto de lo consultas formuladas, se brinda la siguiente orientación:

1) Respecto del tema de los asociados pensionados en una cooperativa autogestionaria, debemos recodar el criterio de esta Asesoría al respecto:

"...En cuanto a este tema, del tratamiento de la pensión o jubilación en el caso de los asociados de una cooperativa autogestionaria, debe recordarse el pronunciamiento de este Macroproceso (MGS-898-806-2006 del 20 de setiembre 2006) que indicó lo siguiente:

"Primeramente en cuanto a la naturaleza de la relación asociativa en las cooperativas autogestionarias, debe recordarse lo indicado en el Dictamen C-007-91 del 14 de enero de 1991, por medio del cual la Procuraduría General de la República determinó en el caso de las Cooperativas Autogestionarias:

"Por medio de las cooperativas autogestionarias se procura la auto-organización de los trabajadores para la autodeterminación de sus intereses empresariales. Se trata de fomentar la participación de los trabajadores en los procesos de producción y trabajo, estableciendo un equilibrio y unidad entre trabajo y medios de producción, sea una nueva forma de propiedad social. Los asociados son propietarios tanto desde el punto de vista jurídico como económico, por lo que no se establece una relación laboral entre los asociados y su cooperativa. Si el asociado es propietario de la cooperativa, no puede ser considerado asalariado de ella, aún cuando le preste su fuerza de trabajo. En otras palabras, las cooperativas autogestionarias son organizaciones de trabajadores pero sobre estos no se establece una estructura superior que elimine la gestión de los asociados. Esta gestión de los intereses de la cooperativa es un poder-deber de todos los asociados: deben ser los propios trabajadores quienes dirijan las actividades empresariales, por lo que no pueden limitarse a aportar su fuerza de trabajo. Por el contrario, les corresponde definir los planes de producción, el planificar el desarrollo económico y social de la organización, aprobar sus planes de producción y la distribución social e individual de los excedentes que no tengan un destino prefijado en la ley."

Una vez definida la naturaleza de dicha relación asociativa, en cuanto al tema que ha sido consultado, la Ley de Asociaciones Cooperativas vigente (en adelante LAC) indica en su artículo 108 inciso D:

"Artículo 108: Son derechos de los asociados de las cooperativas de autogestión:

D) Disfrutar de protección para sí, y para sus familiares en caso de incapacidad, vejez o muerte del asociado."

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

Por lo tanto los asociados de las cooperativas autogestionarias y sus familiares más cercanos, gozan legalmente de la posibilidad de disfrutar de una pensión, u otro tipo de protección en caso de vejez, incapacidad y muerte del asociado.

Ahora bien, pese a que la normativa del Código de Trabajo estipula en su artículo 85 inciso e) que:

"Artículo 85: Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran

corresponderles...

e) cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o retiro, concedidas por la Caja Costarricense del Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las Instituciones autónomas, semiautónomas y las municipalidades."

Consideramos que a los asociados de las cooperativas autogestionarias -según lo que ha sido claramente explicado por la Procuraduría General de la República- no les aplica dicha disposición, al no haber sido considerados por la propia Procuraduría como trabajadores ni asalariados de la cooperativa, sino mas bien sus propietarios.

En tal sentido debe considerarse que la permanencia o no de un asociado en una cooperativa autogestionaria, depende del cumplimiento de sus deberes y obligaciones como asociado, debidamente establecidos en el Estatuto Social y Reglamento de Trabajo asociado si lo hubiere, así como de las evaluaciones de desempeño que se deben practicar en la entidad con regularidad.

En caso que el rendimiento de un asociado sea considerado -siguiendo parámetros objetivos- como deficiente, deben tomarse las medidas disciplinarias correspondientes, de conformidad con el artículo x) del Estatuto Social de COOPExx R.L" MGS-898-806-2006 del 20 de setiembre 2006.

En concordancia con tal criterio, debe indicarse que una persona aún pensionada, puede continuar perteneciendo a una cooperativa autogestionaria, dado que no solamente presta su fuerza de trabajo a la entidad, sino que también desempeña un rol de propietario de la cooperativa, dado que le asiste el derecho de integrar el Consejo de Administración y los demás órganos sociales de la cooperativa.

No obstante, si la permanencia en ciertas labores por parte de este asociado pensionado conlleva consecuencias negativas para la cooperativa, ya sea con el Instituto Nacional de Seguros, con la Caja Costarricense del Seguro Social, o bien con alguna empresa con la que la Cooperativa tenga relaciones comerciales, deberá valorarse la conveniencia de que dicho asociado

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

continúe desarrollando precisamente dichas labores, por lo que debe buscarse la posibilidad de que en lo posible desempeñe tareas en donde no se afecte a la Cooperativa frente a terceros, o bien si así lo decidiera el asociado, podría interponer su renuncia a la Cooperativa, con tal de no afectar la misma.

2) En cuanto a la consulta referida al tema de las restricciones del parentesco entre los miembros de los órganos sociales y entre éstos y el gerente, **debe tenerse presente cual es el grado de parentesco que se restringe en el Estatuto de COOPESILENCIO R.L**, para lo cual le remito nuestro criterio en donde explica sobre cuáles son los familiares que abarca cada grado de parentesco, tanto por consanguinidad como por afinidad :

"en relación con el tema de la prohibición de parentesco entre los miembros de los órganos de administración y fiscalización en una cooperativa, primeramente debe aclararse que nuestra ley de cooperativas es omisa al respecto; ***no obstante la mayoría de las cooperativas, en procura de una sana administración, han establecido en sus estatutos tal prohibición.***

Lo usual es preceptuar que entre los miembros del Consejo de Administración, el Comité de Vigilancia y el Gerente, no podrá existir parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. Adicionalmente esta prohibición se extiende a los cónyuges.

Sobre el particular, INFOCOOP emitió una guía que facilita la determinación del grado de parentesco, la cual resumimos de seguido:

A) Parentesco por consanguinidad:
- ***1) primer grado: es el que existe entre padres e hijos.***
- ***2) Segundo grado: es el que se presenta entre los hermanos y entre abuelos y nietos.***
- ***3) Tercer grado: es el que existe entre tíos y sobrinos.***
  Valga aclarar que los primos hermanos tienen entre sí tiene un parentesco de cuanto grado por consanguinidad, por lo que no les afecta la prohibición contenida en la mayoría de los estatutos.

B) Parentesco por afinidad:
- ***1) Primer Grado: es el que se presenta entre los suegros y los yernos o nueras.***
- ***2) Segundo grado: es el que existe entre los cuñados.***
- ***3) Tercer grado: es el que existe entre los tíos y los sobrinos políticos.***

Este Macroproceso estima que la cooperativa, con base en su autonomía, puede establecer estatutariamente la prohibición de parentesco entre los miembros de los diferentes órganos de administración y fiscalización de la entidad, por lo tanto de conformidad con el artículo 51 del Estatuto Social debe

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica
Apartado 10103-1000
San José
T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601
E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

procederse a informar la Asamblea sobre la existencia de parentescos por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado inclusive, entre el Gerente, miembros del Comité de Vigilancia y el Consejo de Administración, con tal de que se procedan a realizar las variantes respectivos en la conformación de los órganos sociales de la cooperativa..." (la negrilla no es del original.) MGS-685-001-2009.

3) y 4) En cuanto a estas consultas, las mismas versan sobre el tema de la remoción anticipada de los miembros del Consejo, tema que se regula en el artículo 41 inciso a) de la Ley de Asociaciones Cooperativas, recordamos lo siguiente:

"...debe recordarse sobre el proceso de remoción del cargo de un miembro del Consejo de Administración -en este caso- que el único artículo que trata este tema en la Ley de Asociaciones Cooperativas vigente (LAC), es el artículo 41 inciso a), que señala:

*"ARTÍCULO 41.- **Aun cuando podrán ser conocidos en asambleas ordinarias, los siguientes asuntos se tratarán preferentemente en asambleas extraordinarias convocadas al efecto:***

*a) **Remoción y sustitución de los miembros del consejo de administración y del comité de vigilancia, antes de que expire el término para el cual fueron elegidos cuando fuere del caso y previa comprobación de cargos.***

b) Modificación de los estatutos de la cooperativa.

c) Disolución voluntaria de la asociación; y

d) Unión o fusión con otras cooperativas, federaciones, uniones o confederaciones." (La negrilla es del original).

Dicho artículo establece que la remoción de un miembro del Consejo de Administración o del Comité de Vigilancia, debe realizarse obligatoriamente en Asamblea, sea ésta ordinaria o extraordinaria. No obstante, no establece expresamente la Ley un procedimiento para llevar a cabo este tipo de investigaciones.

Pese a ello, señala la LAC que la remoción debe darse "previa comprobación de cargos" lo cual exige la realización de un debido proceso, en donde se garantice el derecho de defensa del miembro del órgano social de que se trate.

Entre otros aspectos del debido proceso que son recomendados por esta Asesoría, se encuentran que estos casos deben ser analizados primeramente en una

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

etapa de "instrucción" por un órgano social (recomendablemente Comité de Vigilancia) que debe abrir un expediente y elaborar un informe y recomendación sobre el caso.

Debe brindarse derecho a que el afectado ejerza su defensa ante el órgano que le sigue la investigación, así como ante la propia asamblea. La votación sobre la remoción debe ser secreta, con tal de garantizar la pureza del voto y que este no sea objeto de presión. Además, estos temas deben ser incluidos de forma expresa en la agenda de la Asamblea en que van a ser conocidos.

Dado que se trata de una remoción del cargo de un miembro del Consejo de Administración, y dichos nombramientos los realiza la Asamblea, debe recomendarse también que la decisión de iniciar un debido proceso para conocer una remoción, deba ser adoptada por una Asamblea anterior a la que se efectúe para decidir por medio de votación sobre dicha remoción del cargo..."

Respecto de este tema, en el Manuel de Derecho Cooperativo del Licenciado Ronald Fonseca, se consigna lo siguiente:

"Con respecto a la remoción de los miembros del Consejo de administración antes de que expire su nombramiento, legalmente se establece que es competencia de la Asamblea General. Adicionalmente, se dispone que de previo a elevar el asunto a esa instancia, deberán existir cargos concretos y debidamente probados en contra del directivo o directivos cuya remoción se solicita (LAC Artículo 41 inciso a). En relación con este tema el INFOCOOP ha mantenido el siguiente criterio:

El artículo 41 inciso A, de la LAC establece que corresponde a la Asamblea conocer de la remoción y sustitución de los miembros del Consejo de Administración y del Comité de Vigilancia antes de que expire el término para el cual fueron elegidos cuando fuere del caso y PREVIA COMPROBACIÓN DE CARGOS.

Conforme a la norma indicada debemos tener presente que para que legalmente se celebre la asamblea cuyo objetivo sea la remoción de los miembros del Consejo de Administración, ***se debe cumplir con dos requisitos indispensables:***

Primero que la nota en que el Comité de Vigilancia o un grupo de asociados solicite al Gerente la convocatoria de Asamblea, debe indicarse que el motivo es la remoción y sustitución del consejo de administración. Pero, para que ello adquiera validez debe llenarse el

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr

segundo requisito, el cual es la existencia de una denuncia contra él o los miembros del consejo de Administración y la previa comprobación de los cargos por parte del Comité de Vigilancia.

En estos casos, debe darse el debido proceso que no es otra cosa que poner a los miembros del Consejo de Administración en conocimiento de la denuncia formulada, de los cargos que se les imputan y de las pruebas presentadas, con el fin de que ejerzan el derecho a la defensa, el cual es un derecho constitucional y aporten los alegatos que consideren convenientes y la prueba de descargo, todo con el fin de buscar la verdad

Si seguido este procedimiento se comprueban los cargos, en asamblea se conocerá su remoción. Este procedimiento debe seguirse y respetarse pues el derecho a la defensa es un derecho inherente a cualquier persona a quien se le siga una causa y su irrespeto acarrea la nulidad.

Este procedimiento llamado debido proceso, es previo a la convocatoria y a la celebración de cualquier asamblea, pues con el mismo lo que se persigue es buscar al verdad real y solo a través del mismo se comprobará la necesidad o no de remover a los miembros del consejo de administración." A.L 349-94 del reestructurado Departamento Legal INFOCOOP, citado por Ronald Fonseca Vargas, Manual de Derecho Cooperativo, páginas 142 a 144.

Atentamente,

Lic. Juan Castillo Amador, Asesor Jurídico
Supervisión Cooperativa

JCA/JCA
C.c. Consecutivo/ Expediente/

Avenidas 5-7
Calle 20 Norte
San José | Costa Rica

Apartado 10103-1000
San José

T (506) 2256 2944
F (506) 2257 4601

E consultasupervision@infocoop.go.cr
www.infocoop.go.cr