

CIRCULAR EXTERNA No. 0020 de 2000

SEÑORES : REPRESENTANTES LEGALES, MIEMBROS DE LOS ORGANOS DE ADMINISTRACIÓN, CONTROL, VIGILANCIA Y ASOCIADOS DE LAS ENTIDADES SOMETIDAS A LA SUPERVISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMIA SOLIDARIA.

DE: SUPERINTENDENTE (E)

ASUNTO: RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS

FECHA: DICIEMBRE 15 DE 2000

Apreciados señores:

Teniendo en cuenta la diversidad de consultas sobre el tema citado en el asunto formuladas por los diferentes órganos de administración y control y por los propios asociados de las entidades supervisadas, consideramos procedente a través de este instructivo dar a conocer la posición de esta Superintendencia sobre el particular, fijada en varios conceptos en los que se recogen las diferentes hipótesis que se derivan de dicho "régimen de inhabilidades e incompatibilidades".

Para el efecto, dividiremos este instructivo en dos puntos, el primero referente al sustento legal o el origen (fuentes) del citado régimen y, el segundo, sobre los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica, a cerca de las diferentes situaciones derivadas del artículo 60 de la Ley 454 de 1998.

1. FUENTES.

a. Legales.

Las mismas, como su nombre lo indica, tienen como fuente la ley y se encuentran establecidas expresamente en el artículo 60 de la Ley 454 de 1998, el cual, al referirse a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del consejo de administración y vigilancia de las cooperativas, dispuso expresamente lo siguiente:

"Los miembros de las Juntas de Vigilancia no podrán ser simultáneamente miembros del Consejo de Administración de la misma cooperativa, ni llevar asuntos de la entidad en calidad de empleado o de asesor.

"Los miembros del Consejo de Administración no podrán celebrar contratos de prestación de servicios o de asesoría con la entidad.

“Parágrafo 1º. Los cónyuges, compañeros permanentes, y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o de afinidad y primero civil de los miembros de la Junta de Vigilancia, del consejo de administración, del representante legal o del secretario general de una cooperativa tampoco, podrán celebrar contratos de prestación de servicios o de asesoría con esa cooperativa.

“Parágrafo 2º. Lo dispuesto en el primer inciso de este artículo no rige para las cooperativas de trabajo asociado.”

Al respecto, es preciso advertir, que el régimen del artículo 60 de la Ley 454 de 1998, sólo opera para las cooperativas, la cual por ser una norma “prohibitiva”, no puede ser aplicada por “analogía” a los miembros de los órganos de administración, control y vigilancia, así como sus parientes y allegados, de las demás entidades de economía solidaria supervisadas por esta Superintendencia. Lo anterior, no es óbice para que sean acogidas e implementadas en los estatutos, evento en el cual, se convertirían en normas de obligatorio cumplimiento.

Adicionalmente, existe una “habilidad legal” para que los asociados de las entidades supervisadas puedan asistir a reuniones de Asamblea General de Asociados, según la cual, son asociados hábiles, para dichos efectos, “los inscritos en el registro social que no tengan suspendidos sus derechos y se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con los estatutos y reglamentos.”

Para el caso de la Asamblea General de “Delegados”, la ley no exige que los delegados convocados sean hábiles, sin embargo, si dicha habilidad está ordenada por disposición estatutaria, debe ser acatada por ser norma de obligatorio cumplimiento. Desde luego, por lo menos deben haber sido hábiles los delegados al momento de su elección. Pero si posteriormente incurren en una causal de inhabilidad, salvo disposición estatutaria en contrario, no se podría impedir la asistencia del delegado a la Asamblea, pues con esto se estarían coartando indirectamente los derechos de representación de los asociados que lo eligieron al exigir un requisito que, como ya se anotó, no quedó contemplado expresamente en la ley para los delegados sino para los asociados.

Así mismo, es preciso tener en cuenta que las organizaciones de la economía solidaria deben establecer expresamente en sus estatutos, requisitos rigurosos para el acceso a los órganos de administración y vigilancia, con base en los criterios señalados en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 454 de 1998, lo que equivale a decir, que existe una “habilidad estatutaria”, para poder ocupar un cargo en uno de éstos órganos.

b. Estatutarias.

Además de las incompatibilidades e inhabilidades expresamente consagradas por el legislador, el mismo facultó a los asociados de las entidades solidarias para que

fijen en sus estatutos las que consideren convenientes, tal como se señala, por ejemplo, en el artículo 19, numeral 6 de la Ley 79 de 1988, al tenor del cual:

“Los estatutos de toda Cooperativa deberán contener:

(...)

“6. Régimen de organización interna, constitución, procedimientos y funciones de los órganos de administración y vigilancia, condiciones, incompatibilidades y forma de elección y remoción de sus miembros.” (Se resalta)

Las demás entidades de la economía solidaria supervisadas por esta Superintendencia, deben estipular en sus estatutos, de acuerdo con los principios de “autogestión” y “autonomía”, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que las gobierne.

Con fundamento en el anterior entorno normativo, es dable concluir que las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de los órganos de administración y vigilancia de las entidades supervisadas son de dos clases: las contempladas en la ley y las previstas en los estatutos.

Asimismo, que dichas inhabilidades e incompatibilidades deben ser expresas y su interpretación es restrictiva, esto es, que únicamente se tendrán como tales, las expresamente señaladas por el legislador (artículo 60 de la Ley 454 de 1998 para las cooperativas) y las contempladas en los estatutos de las entidades bajo la supervisión de esta Superintendencia. No pueden aplicarse otras en forma analógica.

En cuanto a las legales, hasta el momento, el legislador sólo ha contemplado las del artículo 60 de la Ley 454 de 1998 para las cooperativas. A contrario sensu, en las demás entidades de la economía solidaria sólo existen las inhabilidades e incompatibilidades que expresamente señalen sus propios estatutos.

Cabe resaltar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 60 de la Ley 454 de 1998, es una norma imperativa de obligatorio cumplimiento para todas las cooperativas, la cual dado su jerarquía, no puede ser desconocida ni siquiera por una disposición estatutaria.

2. SITUACIONES O INQUIETUDES MÁS CONSULTADAS DERIVADAS DEL ARTÍCULO 60 DE LA LEY 454 DE 1998.

En este punto, consideramos importante dar a conocer algunos de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, sobre las diferentes situaciones o hipótesis derivadas del citado régimen de inhabilidades e incompatibilidades, especialmente, del artículo 60 de la Ley 454 de 1998. Los mismos han sido expedidos bajo los parámetros del artículo 25 del Código

Contencioso Administrativo y artículo 23 de la Resolución 001 del 14 de enero del 2000 de esta Superintendencia.

a) SIMULTANEIDAD O CONCURRENCIA DE CARGOS.

- si un miembro del Consejo de Administración puede ser simultáneamente miembro de la Junta de Vigilancia de la misma cooperativa.

Esta posibilidad se encuentra expresamente prohibida en el inciso primero del artículo 60 de la Ley 454 de 1998.

La razón de ser de dicha prohibición, es la de que si esto se permitiera se estaría violando el segundo principio cooperativo "Gestión democrática por parte de los asociados"; así mismo, no resulta transparente que en una misma persona se concentren funciones de dirección (Consejo de Administración) y de control (Junta de Vigilancia), lo cual lo convertiría en juez y parte al mismo tiempo, controlando su misma gestión, contrariando la ética que debe gobernar a la entidad.

Sumado a lo anterior, estaríamos ante situaciones generadoras de "conflictos de interés" que el legislador quiere evitar, al establecer expresamente dicha prohibición.

- si un miembro del Consejo de Administración de una cooperativa puede acceder al cargo de Gerente, así sea esporádicamente, por encargo.

Acudiendo a los principios cooperativos generalmente aceptados, por remisión expresa del artículo 158 de la Ley 79 de 1988, esta Oficina Jurídica considera que el hecho de que un miembro del consejo de administración de una cooperativa sea a su vez gerente de la misma, atentaría contra el principio de la "Gestión Democrática" consagrado en las Leyes 79 de 1988 y 454 de 1998, máxime si se tiene en cuenta que tanto el consejo de administración como el gerente de una cooperativa forman parte de los órganos de administración con funciones independientes y precisas estipuladas en los estatutos.

Sumado a lo anterior, si se tiene en cuenta que el Consejo de Administración es el órgano permanente de administración subordinado a las directrices y políticas de la asamblea general y el gerente es el representante legal de la cooperativa y ejecutor de las decisiones de la asamblea general y del consejo de administración (artículos 35 y 37 de la Ley 79 de 1988), el gerente al tener que ejecutar las decisiones del consejo, no podría ser simultáneamente miembro de este último.

Por lo tanto, se debe renunciar a la investidura de miembro del consejo de administración previamente a aceptar el cargo de Gerente de una Cooperativa. Esto mismo es aplicable para las demás entidades de economía solidaria, en cuanto al órgano permanente de administración (Junta Directiva u otro) y su representante legal.

La única excepción sería el caso de las asociaciones mutuales, en las cuales, el Decreto Ley 1480 de 1989 expresamente permite que el Presidente de la Junta Directiva sea el representante legal de la entidad. Pero si se estipula, como bien puede hacerse, que la asociación Mutual contará con un gerente que será su representante legal, entonces, se aplicaría la misma prohibición ya expuesta para las demás entidades.

b) ASESORÍA JURÍDICA.

-si existe impedimento para que un asociado que es miembro del Consejo de Administración de una Cooperativa preste servicios de asesoría a la cooperativa.

En ninguna cooperativa, por prohibición legal, un miembro del consejo de administración puede a su vez ser asesor de la misma entidad, pues si esto se permitiera, se generarían situaciones de “conflictos de interés” y se faltaría a la ética.

c) CONTRATOS.

- si se pueden contratar las personas de que trata el artículo 60 de la Ley 454/88, por contrato laboral.

En primer término, es necesario citar las normas que la ley laboral establece en relación con el tema en consulta.

- Contrato de Trabajo:

Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo: “contrato de trabajo, es aquél por el cual una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuidad, dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”

Tal como lo ha señalado la jurisprudencia, El contrato de trabajo envuelve la noción de consentimiento, de acuerdo de voluntades. La relación de trabajo en cambio surge de la prestación efectiva y real del servicio, es un fenómeno jurídico que sustituye la noción subjetiva y civilista del contrato de trabajo y que lo excluye completamente como acuerdo de voluntades sin principio de ejecución real. La relación de trabajo, es el conjunto de derechos y obligaciones que se derivan para trabajadores y patronos del simple hecho de la prestación del servicio.

Sobre el mismo tema, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia del 24 de enero de 1977 señala sobre el Contrato de Trabajo y la relación de Trabajo: “como lo establece y desarrolla la legislación nacional, es un acto jurídico celebrado entre una persona natural, el trabajador, y una persona natural o jurídica, el patrono, para que el primero preste determinados servicios personales bajo la continuidad subordinada del segundo, y reciba de él, a cambio una remuneración que genéricamente se llama salario. La puesta en práctica de este convenio se conoce

con el nombre de relación de trabajo, se trata de una relación sui géneris claramente intervenida por el estado a través de la legislación para proteger, tanto en su celebración, como en su ejecución y terminación los intereses del trabajador, como medio de mantener un equilibrio necesario entre las fuerzas del capital y del trabajo e impedir por este medio la explotación del asalariado. Es también, como es obvio, un contrato o relación que supone obligaciones mutuas que se encuentran casi en su totalidad señaladas en la ley, y cuyo cumplimiento recíproco es elemento fundamental para su mantenimiento.”

- Contrato de Prestación de Servicios:

Este tipo de contratos no genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable. Puede ser civil o comercial, dependiendo del encargo (sí se deriva un contrato mercantil se regirá por la legislación comercial, en cambio, la prestación de servicios inherentes a profesiones liberales se regirá por la legislación civil)

Sobre el “contrato de prestación de servicios”, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló que “un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”

De igual forma mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado.

Como ejemplo de ello tenemos a un arquitecto que celebra un contrato de prestación de servicios para realizar mejoras a la sede de la Cooperativa; en este caso se desarrolla una actividad independiente, sin que exista el elemento de la subordinación laboral, en donde se adelanta una labor que ha sido encomendada.

Significa lo anterior, que en ningún momento la persona vinculada por contrato de prestación de servicios tiene la calidad de empleado y, a contrario sensu, quien es vinculado por contrato de trabajo, adquiere tal calidad.

Las inhabilidades señaladas en el artículo 60 de la Ley 454 de 1998, se refieren a la vinculación por prestación de servicios o asesoría. Como ya se observó, tal vinculación es totalmente diferente a la vinculación por contrato laboral, pues el primero no genera relación laboral ni prestaciones sociales y se celebra por el

termino estrictamente indispensable, como tampoco existe subordinación y, el segundo, genera relación laboral y prestaciones sociales, además de existir en este tipo de contrato el elemento de la “subordinación”.

En consecuencia, considera esta oficina, que una cooperativa sí puede vincular las personas que le prestan servicios de asesoría u otros similares, por contrato de trabajo y se regirán por el código laboral.

De otra parte, el citado artículo 60 de la ley 454, no establece como una de las inhabilidades la vinculación por contrato laboral, a no ser que dentro de sus estatutos se encuentre estipulada tal inhabilidad, evento en el cual se debe proceder de conformidad con los mismos.

d) PARENTESCO.

- si existe incompatibilidad para que el cónyuge, compañero permanente o los parientes del representante legal o de un miembro del Consejo de Administración, vendan a la cooperativa activos tales como vehículos o inmuebles.

La razón de fondo para que el legislador haya contemplado esta inhabilidad es el hecho de que contraría la ética el que los mismos miembros del Consejo de Administración que tienen el poder de decidir sobre la celebración de contratos por parte de la cooperativa se beneficien de sus propias decisiones, actuando simultáneamente como contratistas, bien directamente o a través de sus parientes y personas más cercanas.

Tal situación genera un conflicto de intereses que el legislador quiere evitar y por esto ha dispuesto en forma imperativa que no es posible a los miembros del Consejo de Administración de una cooperativa celebrar contratos de asesoría ni de prestación de servicios con ésta.

Una cooperativa surge por el acuerdo de voluntades entre particulares el cual se plasma en un contrato denominado acuerdo cooperativo (artículo 3 de la ley 79 de 1988). El principio general que regula las relaciones entre particulares en el derecho, es el de que a los particulares les está permitido todo aquello que no esté expresamente prohibido, es decir, que mientras no se afecten el orden público y las buenas costumbres, los particulares pueden estipular en sus contratos lo que ellos libremente deseen.

No puede el Estado, a través de la Superintendencia de la Economía Solidaria, ir más allá de las funciones que expresamente le han sido atribuidas por el legislador ni prohibir a los asociados de una cooperativa que consagren las inhabilidades o incompatibilidades que en su criterio sean convenientes para el buen funcionamiento de su entidad solidaria. En esto los asociados son autónomos.

Asimismo, no podría esta Superintendencia obligar a los particulares a respetar las inhabilidades que no estén expresamente previstas en la ley o las que ellos mismos hayan consagrado en sus estatutos.

Así las cosas y descendiendo al tema concreto de las inhabilidades e incompatibilidades previstas por el legislador, se observa que la Ley 454 de 1998, en su artículo 60, ya citado, únicamente se refirió a las incompatibilidades de los miembros de Juntas de vigilancia y Consejos de Administración.

Bajo el anterior entorno normativo se establece que los miembros del Consejo de Administración están inhabilitados para celebrar contratos de prestación de servicios o de asesoría con la entidad cooperativa a la que pertenecen, prohibición que rige, esté o no contemplada en los estatutos o reglamentos de la cooperativa.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el contrato que se realizaría entre la cooperativa y el cónyuge, compañero permanente o pariente del Representante Legal o de un miembro del Consejo de Administración, no es de prestación de servicios ni de asesoría, sino de Compraventa, en concepto de esta Superintendencia no habría incompatibilidad ni inhabilidad por parte de la misma, salvo que los estatutos de la Cooperativa expresamente contemplen dicha inhabilidad.

- Si es o no incompatible, que los parientes de un miembro principal del Consejo de Administración tengan contrato de trabajo a termino indefinido con la cooperativa.

Las inhabilidades e incompatibilidades previstas por el legislador en la Ley 454 de 1998, en su artículo 60, se refieren a las de los miembros de Juntas de vigilancia y Consejos de Administración, en relación con la celebración de contratos de prestación de servicios o de asesoría. Por tanto se entiende que no existe prohibición expresa para que laboraren en una misma cooperativa personas que tengan algún parentesco entre sí, a no ser que en los estatutos esté estipulada dicha inhabilidad.

- Si existe incompatibilidad por razones de parentesco para ejercer el cargo de Miembro de Consejo de Administración entre un dignatario principal y un suplente.

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades previstas por el legislador en la Ley 454 de 1998, únicamente en su artículo 60, se refirió a las incompatibilidades de los miembros de Juntas de Vigilancia y Consejos de Administración, en relación con la celebración de contratos, por tanto se entiende que no existe inhabilidad expresa para ocupar un cargo en una misma cooperativa por personas que tengan algún parentesco entre sí, a no ser que en los estatutos esté estipulada dicha inhabilidad.

- Si existe inhabilidad entre esposos.

Entre esposos, no existe ningún parentesco, toda vez que el matrimonio es un contrato que se celebra entre dos personas que no son familiares entre sí, salvo casos excepcionales, (artículo 113 del C.C.). Tampoco existe inhabilidad para laborar en la misma entidad ya que no existe norma que lo prohíba, a no ser que dentro de los estatutos esté estipulado expresamente como una inhabilidad.

En otras palabras, el parentesco se da por vínculos de sangre (parentesco por consanguinidad), en relación con los consanguíneos del cónyuge o compañero (parentesco por afinidad), o por adopción (parentesco civil).

Entre cónyuges o entre compañeros permanentes no existe parentesco alguno; por eso la ley los menciona expresamente al consagrar sus incompatibilidades e inhabilidades, además de mencionar a los parientes por consanguinidad, afinidad o parentesco civil.

En cuanto a tío y sobrina, el parentesco es por consanguinidad en tercer grado; igualmente, al no estar prohibido expresamente que entre un empleado y un miembro del Consejo de Administración haya parentesco alguno, salvo disposición estatutaria al respecto, no existiría inhabilidad para nombrar como empleada, por ejemplo, a una sobrina de un miembro del Consejo de Administración.

Debe observarse que aun cuando en el artículo 60 de la Ley 454 de 1998 el legislador sólo contempló incompatibilidades e inhabilidades entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, lo conveniente y habitual en el sistema jurídico nacional ha sido extender estas prohibiciones hasta el cuarto grado de consanguinidad. En concepto de esta Superintendencia, nada impide que estatutariamente se amplíen dichas prohibiciones hasta el cuarto grado de consanguinidad, si así lo estiman conveniente las entidades vigiladas.

Finalmente, con base en las anteriores precisiones legales y conceptuales, esta Superintendencia les sugiere a sus supervisadas que además del régimen legal previsto para las cooperativas en el artículo 60 de la Ley 454 de 1998, establezcan en forma expresa y clara en sus estatutos el “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” que consideren más conveniente, de acuerdo con sus necesidades e intereses.

Cordial Saludo,

JORGE ANDRÉS LÓPEZ BAUTISTA
Superintendente