
DAJ-AER-OFD-78-2020
22 de marzo de 2020

CRITERIO
APLICACIONES RECOMENDADAS PARA LA ORGANIZACIONES SOCIALES
ANTE LA LLEGADA DEL CORONAVIRUS (COVID19) A NUESTRO PAÍS

En atención a la gran cantidad de consultas que se han recibido por parte de las diferentes organizaciones sociales (Sindicatos, Asociaciones Solidaristas, Cooperativas, asociaciones cantonales), en relación con la celebración de las asambleas generales que han sido señaladas o deben llevarse a cabo en estos meses en que se tiene establecido por parte del Ministerio de Salud, la declaratoria de emergencia nacional, y la alerta amarilla por el contagio latente del COVID19, hemos considerado necesario elaborar el presente criterio general, con el objetivo de brindar algunas recomendaciones, en torno a la posibilidad de solucionar el impedimento de que estas asambleas puedan llevarse a cabo, por el riesgo que ello implica, para que las organizaciones en cuestión, puedan tomar acuerdos sobre los temas que deben ventilarse en esas asambleas, como lo es el del nombramiento de los miembros de la Junta Directiva y la distribución, partiendo del hecho que, se trata de caso de fuerza mayor o casto fortuito.

Como primer aspecto, nos referiremos de manera general a los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito, pues consideramos resultan de interés en el presente análisis.

Caso Fortuito:

“El suceso inopinado, que no se puede prever ni resistir. Su deslinde de la fuerza mayor resulta tan difícil o sutil, que la generalidad de los códigos y buena parte de la doctrina no ahonda en ello y establece iguales consecuencias para uno y otra. Los que se apoyan en la causa estiman caso fortuito el proveniente de la naturaleza (la inundación que corta las comunicaciones) y fuerza mayor la procedente de una persona (el robo que priva del dinero con el cual se iba a pagar). Planiol se fija en los efectos: si recaen sobre la prestación o la cosa (el rayo que produce un incendio) se trata del caso; si atañen a la persona (una enfermedad o la detención legal o ilegal), se está ante la fuerza. Manresa entiende que el caso fortuito se produce con

independencia de la voluntad del hombre e influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable, o de la acción legal o ilegal de persona distinta del obligado. (...)”

Fuerza Mayor:

“Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse, La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito (v.e.v.), reservando para este los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero por el cual se ha de responder el deudor. Como casos concretos de fuerza mayor se citan el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, los tumultos o sediciones, etc”.

Asimismo, el Tribunal Superior de Trabajo en reiteradas ocasiones ha indicado, que:

“(...) La noción de fuerza mayor, en su núcleo central de contenidos, alude a hechos externos al control del sujeto, respecto de cuyo acaecimiento la persona carece de todo poder de decisión. Los anglosajones aluden a la fuerza mayor con una locución de gran fuerza expresiva: Acts of God (actos de Dios). Los arquetipos de la fuerza mayor son los hechos de la Naturaleza –v.gr., un huracán, un terremoto, la muerte-. Sin embargo, hay hechos del hombre que también pueden calificar como fuerza mayor, tanto hechos ilícitos –un robo, un asalto-, como lícitos, como los llamados “hechos del príncipe” o actos del ejercicio del poder estatal –una ley, un decreto, una resolución judicial-. Califican como fuerza mayor aquellos fenómenos que desde el punto de vista del sujeto se presentan como ineluctables. (...) En síntesis, son tres los elementos que definen, en nuestra jurisprudencia, a la fuerza mayor: - Imprevisibilidad -Inevitabilidad -Exterioridad”. F. Torrealba Navas, Responsabilidad Civil, San José: Editorial Juricentro, 2011, p. 571 y 572. Asimismo “Vélez dice que “... los casos fortuitos o de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas: por la naturaleza o por el hecho del hombre”. Así, hecho producido por caso fortuito sería la impetuosidad de un río que sale de su lecho, los terremotos o temblores de tierra, las tempestades,

las pestes, el incendio. En cambio, los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el acto del soberano o la fuerza del príncipe”

Luego de exponerse los conceptos anteriores, como primera regulación normativa traemos a colación el artículo 38 de la Ley de Asociaciones Cooperativas el cual regula lo relacionado con la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias, al respecto señala:

“Artículo 38.- Las reuniones de la asamblea podrán ser ordinarias y extraordinarias. La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año en el mes que indique el estatuto de la cooperativa. La asamblea extraordinaria se reunirá cada vez que se presenten asuntos extraordinarios de importancia que así lo demanden o cuando así lo disponga la ley.”

El artículo 28 de la Ley de Asociaciones Solidaristas al respecto dispone:

“ARTÍCULO 28.-Necesariamente se celebrará por lo menos una asamblea general ordinaria anual, que se efectuará dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio administrativo de la asociación, bajo pena de que incurran en administración fraudulenta quienes tuvieren a su cargo la responsabilidad de convocarla y no lo hicieren.”

Asimismo, el artículo 346 del Código de Trabajo establece las atribuciones de la Asamblea de Sindicato, entre las que destaca el nombramiento anual de su Junta Directiva, al respecto señala:

“ARTICULO 346.- Son atribuciones exclusivas de la Asamblea General:

- a. Nombren cada año a la Junta Directiva, cuyos miembros podrán ser reelectos.*
- b. Aprobar la confección inicial y las reformas posteriores de los estatutos;*
- c. Dar la aprobación definitiva, en lo que se refiere al sindicato, a las convenciones y contratos colectivos que la Junta Directiva celebre;*
- d. Fijar el monto de las cuotas ordinarias y extraordinarias;*
- e. Declarar las huelgas o paros legales;*
- f. Acordar la unión o la fusión con otros sindicatos;*

- g. Aprobar o improbar los presupuestos anuales que deberá elaborar la Junta Directiva;*
- h. Autorizar toda clase de inversiones mayores de cien colones, e*
- i. Cualesquiera otras que expresamente le confieran los estatutos o este Código, o que sean propias de su carácter de suprema autoridad del sindicato.”*

Sin duda alguna, la asamblea resulta de vital importancia, pues uno de los aspectos que se realizan es el nombramiento de sus directores, no obstante, el presente “ESTADO DE EMERGENCIA” decretado por el Gobierno de la República, y la alerta amarilla con las diferentes directrices emanadas por el Ministerio de Salud, devienen en una situación que encaja en el concepto de fuerza mayor antes expuesto, que justifica la NO realización de la misma

Esto, en virtud de que la aglomeración de personas para su celebración, (máxime si involucra a adultos mayores con mayor riesgo y vulnerabilidad), va en contra de las recomendaciones higiénicas y de salud emanadas por el Gobierno de Costa Rica, debido a que facilitan la acelerada propagación del “coronavirus” que ha sido catalogado por la Organización Mundial de la Salud como pandemia, hecho notorio y vastamente difundido por los medios de comunicación a nivel nacional e internacional.

Ante lo anterior, resulta razonable y viable, la suspensión de todas las actividades públicas o privadas, incluidas las asambleas de las diferentes organizaciones sociales.

No obstante, la suspensión de asambleas puede generar en algunos casos que los miembros que conforman -en este caso- el Consejo de Administración o Junta Directiva, se queden sin nombramiento vigente, sin personería jurídica vigente y por ende se vuelva imposible para la organización operar con normalidad.

Ante esta problemática, hemos acudido a la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, la cual, mediante la sentencia número 71-89 del 08 de noviembre de 1989, se refirió a la forma de proceder cuando la Junta Directiva de una organización se quede sin vigencia, y al respecto señaló:

“(…) se reitera lo resuelto por esta Sala en el sentido de que, para que no quede acéfalo el sindicato, entre tanto no se corrijan los defectos apuntados y se presente para su inscripción un documento inscribible, debe continuar funcionando con la junta directiva anterior a la controversial asamblea, de conformidad con el artículo 168 del Código de Comercio, el cual es fuente del derecho laboral (artículo 15 del Código de Trabajo).”

Previo a continuar, resulta importante hacer notar un error material en el anterior extracto de la sentencia apuntada, y que corresponde al número del artículo del Código de Comercio, pues por error los señores Magistrados indicaron el número 168, cuando el correcto es el número 186.

Por su parte el artículo 186 del Código de Comercio señala literalmente:

“ARTÍCULO 186.- Concluido el plazo para el que hubieren sido designados, los consejeros continuarán en el desempeño de sus funciones hasta el momento en que sus sucesores puedan ejercer legalmente sus cargos.”

La aplicación de esta solución normativa, de igual manera es utilizada por la Procuraduría General de la República quien al referirse sobre casos de derecho público, la denomina “prorrogatio”, y al respecto señala en el criterio número C-103-2011 del 11 de mayo del 2011, lo siguiente:

“(…) B-. EN ORDEN A LA PRORROGATIO.

(…) Uno de los problemas que afecta más gravemente el funcionamiento de los órganos colegiados está referido a la integración del órgano. Problemas que pueden generarse por falta de designación de uno de los miembros en el plazo correspondiente, porque sucedan vacantes y tampoco sean llenadas, entre otros aspectos. O bien, puede suceder que a los miembros del órgano se les venza el período para el cual fueron designados. Ante lo cual se plantea la posibilidad de que los miembros antiguos puedan continuar funcionando, de manera tal que la acción del órgano no se paralice. En ese sentido, que se prorrogue el período de funcionamiento de los miembros. Esto es lo que se conoce como prorrogatio.

De acuerdo con la doctrina, la prorrogatio autoriza la continuación del titular más allá del vencimiento de su plazo de nombramiento, con lo que se da primacía a la continuidad en la función.

(...) Cabe recordar, por demás, que la “prorrogatio” pretende solucionar problemas de continuidad en el funcionamiento del órgano.”

Con los anteriores extractos, indudablemente se busca evitar que la organización se quede acéfala, sin dirección y administración, es decir, que el órgano colegiado que la administra pueda accionar sus funciones, que dependiendo del tipo de organización será una Junta Directiva o bien un Consejo de Administración.

Lo anterior, faculta al Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a permitir que el Consejo de Administración o Junta Directiva se mantenga vigente hasta que la actual situación de fuerza mayor que representa la pandemia producto del “coronavirus” llegue a su fin. De manera tal que se pueda realizar la asamblea con normalidad, en la que se nombrará a los sucesores de los actuales miembros de su órgano administrador.

Ahora bien, a pesar de las limitantes que genera la propagación del coronavirus y las recomendaciones de aislamiento y de socialización emitidas por el Gobierno de Costa Rica, es nuestro interés recomendar de manera excepcional, que recurran a la alternativa de realizar la asamblea a través de las facilidades que hoy día nos ofrecen los medios tecnológicos, pero bajo la modalidad de “video conferencia”.

Como es conocido la asamblea de miembros de una organización, o bien su Junta Directiva, o en el caso de las cooperativas su Consejo de Administración, son órganos que se regulan principalmente por los principios de colegialidad y simultaneidad, es decir que se trata de órganos que requieren la integración de un determinado porcentaje o cantidad de sus miembros en un mismo momento para que la misma sea válida, a los efectos de tomar acuerdos y deliberaciones, derivados precisamente de la manifiesta voluntad colectiva del órgano.

Sin embargo, hablar de presencia, no necesariamente se refiere a presencia física, salvo que, la norma expresamente lo exija, lo que da apertura a contemplar como una alternativa real la aplicación de la presencia virtual, mediante medios tecnológicos idóneos.

Por ende, consideramos admisible el uso de medios tecnológicos para las sesiones de los órganos colegiados, siempre que se protejan los principios de simultaneidad y colegialidad, es decir que los miembros estén en comunicación al mismo tiempo, con acceso a la imagen y a la voz de cada uno, sin que distraigan dicho tiempo en otras labores.

Desde nuestra perspectiva, el medio tecnológico que reúne y permite la anterior dinámica es la “video conferencia”, porque logra el acercamiento de todos los miembros del órgano en el mismo momento y en tiempo real, para intercambiar criterios que llevan de forma conjunta a una votación de un acuerdo, o bien la elección de miembros y su respectiva ratificación.

Ante la ausencia de normativa clara sobre el uso de medios tecnológicos en estos casos, somos del criterio que su utilización debe implementarse para casos especiales, ya que la práctica actual es que se realicen físicamente, por lo que, se puede aplicar para casos excepcionales, para situaciones razonables y justificadas, como lo es la alerta amarilla y el estado de emergencia que nos ocupa en la actualidad, en donde se recomienda de manera vehemente por las más altas autoridades gubernamentales, mantenernos la mayor parte del tiempo posible dentro de nuestros hogares, en procura de bajar la curva de contagio del “coronavirus”, de manera tal que no colapse nuestro sistema de salud, en resguardo de la salud y vida de la población.

Consideramos que la “video conferencia” permite a los assembleístas desarrollar la asamblea, respetando los principios de colegialidad y simultaneidad, los assembleístas pueden verse y oírse simultáneamente e interactuar entre sí, de manera similar que, en una asamblea común, de ahí que consideramos la asamblea mediante video conferencia como una alternativa viable.

Y es que bajo esta misma línea se ha referido la Procuraduría General de la República en torno al uso de los medios tecnológicos en las sesiones o asambleas de los órganos colegiados, en su dictamen N° 298-2007 del 28 de agosto del 2008, en que dispuso lo siguiente:

“(…) El desarrollo de las telecomunicaciones y la informática permite la ampliación, modificación, exteriorización de funciones humanas, incluida la comunicación y la percepción. El surgimiento de la llamada “telepresencia” ejemplifica acertadamente esas posibilidades de intercomunicación en tiempo real.

Efectivamente, la falta de presencia efectiva se suple con la utilización de la tecnología a efecto de intercambiar mensajes, ideas, con posibilidades de comunicación en tiempo real. En ese sentido, la distancia física deja de ser un problema gracias a las nuevas tecnologías que ofrecen un mundo virtual que involucra la telepresencia.

(…)

Las tecnologías de telepresencia posibilitan la interacción masiva de diversas personas, aumentando las posibilidades de comunicación simultánea, permitiendo incluso “estar juntos”, ya que como se dijo, alteran la percepción del espacio y el tiempo. Esa percepción es producto de distintos sistemas de comunicación, englobados bajo el término de teleconferencia.

(…) Si analizamos las disposiciones legales en torno a los órganos colegiados, resulta evidente que no contienen una regulación para la celebración de sesiones virtuales. Sencillamente, el legislador no vislumbró la posibilidad de una presencia virtual y de que ésta pudiera ser considerada para efectos de una sesión de órgano colegiado. Se partió de la obligación de asistencia, pero de una asistencia física, presencial y participativa, jamás virtual.

(…) Consecuentemente, el uso de las telecomunicaciones para realizar las sesiones debe asegurar el pleno respeto de esos principios. Resulta claro, empero, que no toda forma de telepresencia garantiza los principios de simultaneidad y de deliberación, los cuales solo se respetan cuando simultáneamente hay audio, video y transmisión de datos. La sesión virtual debe permitir a los miembros del órgano colegiado la presencia virtual no solo a través de la transmisión de la voz, de datos sino también visual. Una forma de teleconferencia que no permita a los miembros verse ofrece menos garantías para el funcionamiento del órgano colegiado que aquella que sí lo permite. Los distintos miembros deben no solo intercambiar sus criterios e interactuar en tiempo real, sino que deben poder verse unos a otros. La sesión virtual debe garantizar una integración total. Cabe recordar, al efecto, que la interacción entre los distintos miembros del colegio implica tanto una comunicación verbal como no verbal. Esa doble comunicación debe poder

mantenerse en la sesión virtual, de manera de caracterizar una interacción amplia y la extensa circulación de la información.

(...) El punto objeto de la consulta es la posibilidad de emplear las telecomunicaciones para la celebración de las sesiones de los órganos colegiados, a partir de las disposiciones de nuestro ordenamiento. Al efecto, estima la Procuraduría que en razón de los principios que rigen la colegialidad en nuestro país y a los cuales se ha hecho referencia en párrafos anteriores, el órgano colegiado no puede emplear las telecomunicaciones y aplicaciones informáticas si con ello se altera el sentido de la colegialidad y se vulneran las obligaciones que pesan sobre el miembro director.

(...) En consecuencia, debe haber un motivo o circunstancia especial que justifique la sesión virtual. Esta exigencia está presente en diversas disposiciones de Derecho comparado. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento del Banco Central Europeo señala que el directorio puede tomar decisiones por teleconferencia si “circunstancias particulares” lo justifican. Esas circunstancias son determinadas por el presidente. El acta de la sesión debe especificar cuáles han sido las circunstancias particulares y las decisiones adoptadas por el directorio durante la teleconferencia. La valoración del carácter particular de las circunstancias puede ser impugnado tanto por los directores como por terceros. (Cfr. Decisión de la Banque Centrale Européenne concernant le “Règlement Intérieur du Directoire de la Banque centrale européenne” du 12 octobre 1999 (BCE/1999/7)

(...) Dados los principios antes indicados y en ausencia de una norma legal que autorice y regule las sesiones virtuales, el uso de las telecomunicaciones para la celebración de sesiones virtuales o no presenciales debe ser restrictivo. Al efecto, debe considerarse que no toda forma de teleconferencia es compatible con las disposiciones y principios que regulan los órganos colegiados.

Consecuentemente, este uso solo es posible si la telecomunicación permite una comunicación integral, simultánea que comprenda video, audio y datos. Este es el caso de la videoconferencia, que permite una interacción amplia y circulación de la información con posibilidad de que los miembros se comuniquen verbal y visualmente.”

Este mismo pronunciamiento formó parte del fundamento que utilizó el Registro Nacional para permitir las sesiones y asambleas mediante herramientas virtuales

para las personas jurídicas comerciales y mercantiles, lo cual fue comunicado a través de la Circular número D.P.J-010-2018 del 09 de julio del 2018 que textualmente señaló:

“(...) La presencia virtual es más común hoy en día, como consecuencia de la falta de presencia física, la cual se suple con la utilización de la tecnología a fin de intercambiar mensajes e ideas, e inclusive de alcanzar una comunicación en tiempo real entre personas distanciadas físicamente.

La tecnología empleada para lograr la presencia virtual es la Videoconferencia, que se define como una conexión multimedial entre dos o más personas que pueden verse, oírse, e intercambiar recursos (información gráfica, imágenes, transferencia de archivos, video y voz) aunque ellos estén separados físicamente.

Las asambleas no presenciales son viables, en el tanto se garantice que el medio de comunicación empleado permita a todos los accionistas participantes intervenir, deliberar y decidir, de lo cual debe quedar constancia probatoria. El medio tecnológico utilizado para llevar a cabo la comunicación a distancia debe permitir probar las deliberaciones realizadas y las decisiones adoptadas, mediante mecanismos tales como: grabaciones y filmaciones.

Además, deben considerarse otros aspectos:

Simultaneidad: Las personas físicas que integran el órgano colegiado deben concurrir en forma simultánea a la formación de la voluntad imputable al órgano. La simultaneidad es inherente a las deliberaciones y al procedimiento de formación de la voluntad colegiada. Toda la regulación que se hace del procedimiento de formación de la voluntad parte de esa simultaneidad que es la que permite la deliberación permitiendo incluso "estar juntos", a través de mecanismos de telepresencia.

Interactividad: Estos mecanismos son interactivos, permitiendo una comunicación bidireccional y sincrónica, sea en tiempo real, es decir se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez.

Integralidad: La comunicación debe ser integral, porque permite el envío de imagen (personas, video, multimedia, etc.), sonido (voz de alta calidad, música, etc.) y datos (ficheros automáticos, bases de datos; etc.)”

Por consiguiente, ante el estado de emergencia y las medidas de salud e higiene decretadas por las autoridades gubernamentales, para evitar la propagación del “coronavirus”, aunado al resguardo del derecho humano y constitucional a la vida y a la salud, consideramos procedente que, las asambleas de miembros y sesiones de Junta Directiva y/o Consejos de Administración se puedan desarrollar utilizando de manera excepcional el medio tecnológico de la “video conferencia” el cual permite el resguardo de los principios de simultaneidad, interactividad e integralidad que las hace válidas, eficaces e inscribibles ante el Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Sin embargo, de no contar la organización con la posibilidad de aplicar el medio tecnológico apuntado para desarrollar la asamblea, podrá solicitar al Departamento supra indicado, que ante la fuerza mayor que impide la realización de la asamblea, se mantenga vigente de manera temporal el actual Consejo de Administración, hasta tanto, cese la imposibilidad material de desarrollarla y por ende puedan nombrar los miembros sucesores.

Cordialmente,

Fernando Vega Montero
Asesor

Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe ai

V°B° Adriana Benavides Víquez
Directora