

TENDENCIAS DE LA LEGISLACION SOBRE LA ECONOMIA SOLIDARIA Y SUS EFECTOS EN EL MUTUALISMO COLOMBIANO

Hernando Zabala Salazar

PRESENTACIÓN

En este año 2011 se celebra el 80° aniversario de haberse producido en Colombia una ley general que aceptaba en el ordenamiento jurídico la presencia de organizaciones empresariales que actuaban bajo una racionalidad diferente a la de las empresas lucrativas. Muchos estudiosos han sostenido que esta primera normativa se produjo un tanto artificialmente, ya que el gobierno liberal de aquel entonces sólo buscaba crear alternativas económicas para avanzar en la construcción de un mercado interno que permitiera paliar los extremos efectos de la crisis occidental nacida en el crack de la Bolsa de Nueva York de octubre de 1929. Algunos otros analistas, aunque no negando lo anterior, hemos defendido la tesis que esta ley también fue una consecuencia de la presencia creciente de organizaciones de trabajadores que, de manera autónoma desde 1911, venían dando respuesta a sus necesidades a través de la formación de cajas de ahorro, cooperativas de consumidores y mutualidades.

En todo caso, sea por que se acepta una u otra hipótesis histórica sobre la formación de la legislación cooperativa en Colombia, lo cierto es que desde la promulgación de la Ley 134 de septiembre de 1931, el Estado colombiano ha mantenido la iniciativa legislativa en estas materias y desde allí ha incidido en la formación, devenir y crecimiento del movimiento cooperativo y de economía solidaria, imprimiéndole dinámicas extrañas a su naturaleza e impidiéndole conducir el desarrollo por sí mismo. Esta ingerencia ha manifestado una especial relevancia en los diversos procesos legislativos de finales del siglo XX y comienzos del presente milenio.

Desde hace años, venimos argumentando que este fenómeno explica el desarrollo lento y dificultoso del cooperativismo y otras expresiones de organización económica de las comunidades, que no guarda relación con la importancia que se le asigna (en las políticas públicas) ni con las necesidades sociales, ni con el ritmo de crecimiento de los demás sectores económicos y sociales del país. Y, a manera de grito de batalla, se ha explicado en cientos de escenarios que la transformación de las tradicionales relaciones entre el Estado y las fuerzas cooperativas y solidarias, mantenidas desde los años treinta, se encuentra supeditada a la aparición de procesos orientados directamente por el movimiento y a la construcción de modernos sistemas de autocontrol, generadores de un destino propio.

Para retomar la iniciativa hay que definir una política de alianzas con el Estado que corresponda a un preciso entendimiento de las potencialidades del cooperativismo y la economía solidaria y al respeto por su autodeterminación; lo que no sólo significa el reconocimiento y respeto por una identidad doctrinaria sino también la determinación de variables pragmáticas de relación,

especialmente en los campos del fomento, financiamiento, fortalecimiento empresarial, educación y expansión del sistema. Pero, dicha alianza debe partir de hacer comprender, en las instancias del Estado colombiano, la capacidad de autocontrol que poseen las organizaciones del sector, perfeccionar las tradicionales estructuras de control intrínseco y avanzar hacia la formulación de estructuras superiores de control social.

En la coyuntura socioeconómica de finales del siglo XX, en Colombia se forjaron algunos principios que devienen de la Constitución de 1991 y que debieron haber contribuido a la formación de una dinámica de crecimiento acelerado del fenómeno de economía solidaria. Pero, lamentablemente, no se contó con una fuerza interna capaz de exigir de las agencias gubernamentales el cumplir dichas disposiciones constitucionales; por el contrario, desde entonces se ha profundizado el esquema de intervencionismo, produciendo intensas crisis, sobre todo en el movimiento cooperativo.

Hoy, puede decirse, en Colombia transitamos por una enorme crisis de institucionalidad jurídica para las empresas cooperativas y de economía solidaria, en medio de la cual se ha iniciado – también por iniciativa del Estado- la preocupación por producir estabilización a partir del análisis profundo de las normas existentes, la revisión de obstáculos normativos y la redefinición del ordenamiento jurídico.

En el marco de esta convulsionada coyuntura del cooperativismo y la economía solidaria de Colombia, con el presente escrito se quiere realizar un acercamiento a las tendencias legislativas que pueden definir el futuro de una de las expresiones de la economía solidaria, y la más antigua de todas en el territorio de este país: **el mutualismo**.

1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA JURIDICO

La legislación sobre el cooperativismo y las empresas de economía solidaria en Colombia está definida en torno a dos leyes principales (ley 79 de 1988 y ley 454 de 1998), algunas leyes especiales que tratan aspectos parciales en tono a las formas empresariales solidarias, un conjunto de leyes relacionados con temas dispersos de la vida económica y social del país que contienen pequeñas referencias a las potencialidades (o también a las limitaciones para su desenvolvimiento) de la economía solidaria, algunos decretos reglamentarios sobre formas asociativas específicas o clases de cooperativas y un sinnúmero de actos administrativos provenientes de los órganos de supervisión del Estado.

Una revisión que no pretende ser exhaustiva, pero que ha sido el resultado de análisis contenidos en variados estudios personales y ponencias, permite hacer un reconocimiento de los principales problemas encontrados en la legislación vigente que se han constituido en barreras para el desarrollo de estas formas empresariales en Colombia.

1.1. La unidad de materia

La Constitución Política de Colombia entronizó tesis avanzadas para hacer posible un Estado Social de Derecho, en correspondencia a la corriente universal que pretende modernizar normas de convivencia humana. En estos postulados se encuentran fuentes de carácter obligatorio, y muchísimas otras de orden auxiliar, que manifiestan una relación directa con la doctrina jurídica cooperativa universalmente aceptada.

Como consecuencia, la producción de jurisprudencia en diversas materias ha sido prolífica desde 1993, constatando la relación directa entre el Estado Social de Derecho y los propósitos del orden cooperativo. Los fallos, la doctrina y los estudios que proveen las altas cortes deben considerarse –a pesar de las diferencias conceptuales que pueden hallarse en algunos de ellos- como nuevas fuentes para hacer entender la doctrina de la cooperación y la mutualidad en su relación con el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la legislación propiamente dicha –las leyes y los actos administrativos que las han desglosado, especialmente desde 1998- puede considerarse retrasada respecto del contenido y el espíritu constitucional y los desarrollos jurisprudenciales de las altas cortes. Por ejemplo, así la Ley 79 –en sus postulados generalizadores- se haya adelantado a la Constitución del 91 respecto del reconocimiento de nuevas formas de propiedad y la aceptación de la democracia participativa como principio fundante de la convivencia social, en sus contenidos de detalle resulta obsoleta y contribuye a la formación de barreras para hacer posible la concreción de los propósitos de la Carta Magna. En general, muchas disposiciones de la ley 79 de 1988 que mantienen su vigencia desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no encajan con la doctrina.

En otro sentido, los estudios recientes han concluido que en el caso de la legislación cooperativa y para la economía solidaria existe un claro problema de ordenamiento de normas; es decir, existe imprecisión en las relaciones de conexidad entre las diferentes normas. De un lado, una Constitución que acepta modernos postulados de orden social, los cuales son fuente de la doctrina cooperativa. De otro, varias leyes y decretos –unas previas y otras en aparente desarrollo de la propia Constitución- que establecen incompatibilidades con la norma superior. Por tanto, para dar respuesta a la pregunta de si las diversas normas sobre el ordenamiento cooperativo constituyen o no una unidad, debe responderse que no. La discrepancia jerárquica entre la Constitución Política y la Ley 79/88 no existe en su espíritu y sus principios, sino en sus detalles: situación que se replicó en la Ley 454 de 1998.

En consecuencia, si no hay unidad no puede haber sistema. Y como todo ordenamiento jurídico –al decir de Norberto Bobbio- que sea unitario y tendencialmente sistemático, debe pretender ser completo, entonces estamos ante un estado de parcialidad en la legislación cooperativa colombiana.

1.2. Extendida y exagerada normatividad

La extendida normatividad sobre el cooperativismo y la economía solidaria, resultado de una casuística exagerada, es la práctica común de los últimos veinte años. El permanente recurrir a normativas ajenas al Derecho Cooperativo y la tendencia generalizada a resolver problemáticas comunes con base en los fallos de las Cortes, es el resultado de la inexistencia de una norma abarcadora que establezca conexidades, unicidad y plenitud.

La casuística ha hecho carrera no sólo en los órganos de supervisión del Estado (especialmente en la Superintendencia de la Economía Solidaria), en dónde se trata de resolver problemas de la praxis económica y social de estas entidades, vía circulares (especialmente interpretativas y reglamentaristas) y conceptos o requerimientos que rompen con la unicidad y la plenitud. Esa casuística se ha extendido al propio legislador, el cual produce leyes que tratan de resolver problemas específicos, rompiendo con otras definiciones legales y la doctrina jurídica, además alejándose del espíritu constitucional (tal como ha ocurrido en los últimos años con el caso de las cooperativas de trabajo asociado o con las exigencias tributarias a las empresas de economía solidaria).

1.3. Obsolescencia de la norma

La legislación cooperativa colombiana se ha vuelto obsoleta en los términos del desarrollo de la doctrina jurídica cooperativa y de la propia Constitución, haciéndose necesario avanzar hacia la estructuración de una norma más generalizadora que le dé el ordenamiento necesario al Derecho Cooperativo y que contribuya al propósito de integrar la función cooperativa con el espíritu constitucional.

En este orden de ideas, se exige la producción de un marco conceptual que considere el propósito de dotar al cooperativismo y la economía solidaria de una normativa propicia para su desarrollo como un sector diferenciado de la economía nacional. La gestión diferenciada del sector, requiere de un ambiente jurídico que la reconozca y le permita su desarrollo. Ello, a su vez, debe contribuir a implementar y hacer realidad los principios rectores y valores superiores del Preámbulo de la Constitución Política de Colombia y de la concepción del Estado Social de Derecho consagrado en la misma.

1.4. La necesidad de una norma abarcadora

Una norma abarcadora debe reconocer que la esencia de la cooperación está en directa relación con la formación de relaciones sociales generadoras de formas de trabajo y producción fundamentadas en la ayuda mutua y la autogestión entre y para las personas que fomentan y estimulan la plena realización individual y grupal de las potencialidades humanas.

Un marco conceptual abarcador debe hacer un reconocimiento del papel de la cooperación en la economía nacional y en la formación de una nueva sociedad, aceptándola –como está señalado

positivamente en la Ley 79 de 1988- como una estrategia eficaz para contribuir al desarrollo económico centrado en el ser humano, a la construcción y desenvolvimiento sólido de la democracia participativa, a la democratización solidaria de los mercados y la economía, a la equitativa distribución de la propiedad y el ingreso, y a la creación de una cultura de la solidaridad. Ello implicará ordenar al Estado, en sus ámbitos territoriales - nacional, regional y local- garantizar el libre desenvolvimiento de estas organizaciones.

Haciendo caso de la importancia de la costumbre como fuente de Derecho, deberá reconocerse en los principios de la cooperación y en los definidos para las diferentes expresiones empresariales de la economía solidaria, el marco doctrinario fundamental a partir del cual se devienen sus prácticas económicas, sociales, culturales, administrativas y jurídicas.

1.5. Entendimiento de la doctrina de la cooperación y la solidaridad

Una nueva definición de acuerdo y de acto cooperativos deberá ser introducida en el nuevo ordenamiento, haciendo caso no de las manifestaciones fácticas de la acción cooperativista y solidaria, sino del sentido profundo de su naturaleza. En tal sentido, habrá necesidad de hacer un deslinde definitivo con las formulaciones de los Códigos Civil y de Comercio, estatuyendo conceptos de organización que no se confundan con la actividad mercantil ni el simple acto de contrato civil, tomando en cuenta que los sujetos del acto de cooperación se personifican en categorías económicas diferentes, en donde la comunidad, el trabajo, el patrimonio colectivo y la autogestión asumen un papel protagónico.

También una nueva norma debe diferenciar la persona jurídica, la forma orgánica que adopta el propósito voluntario y común de las personas, del objeto y sus actividades. En este orden, deberá establecerse que estas organizaciones prestarán de manera preferencial a sus asociados aquellos servicios propios de su objeto social, relativos a los propósitos que convocaron la creación de la entidad; empero, para cumplir y actualizar el principio de compromiso con la comunidad, podrán extender a ésta sus servicios complementarios, sin constituirse en práctica cotidiana. En todo caso, independiente de la especialización de la actividad, ninguna organización de cooperación podrá dejar de lado la formación de servicios que hagan posible el valor de la solidaridad entre sus miembros o entre estos y la organización con la comunidad.

Al respecto de la salvaguarda de la doctrina, se hace necesario introducir una prohibición tajante: ninguna personal, natural o jurídica, privada o pública, promoverá o creará empresas de economía solidaria que vayan en contravía de la filosofía y la doctrina de su doctrina y de la legalidad. En este sentido, debe dejarse en claro que ellas son organizaciones autónomas, en las cuales predominan las relaciones socioeconómicas de cooperación, subordinando el capital y otros factores económicos al trabajo y a la comunidad, personificados en seres humanos que libremente se asocian con el propósito de satisfacer sus necesidades, aspiraciones y deseos.

2. EL ESPÍRITU DE LA NORMA

Siguiendo las tesis de diferentes juristas iberoamericanos, la promulgación de leyes que regulen las relaciones del cooperativismo y la economía solidaria con el Estado, tiene sentido, no para solicitar protección, ni para pedir privilegios, tutelas o acciones puntuales, sino para exigir el compromiso con un movimiento que desafortunadamente se ha visto sometido a regímenes legales que no compaginan con su naturaleza.

Eliminando las antiguas prácticas paternalistas, puede decirse que las leyes que regulan el cooperativismo y demás expresiones de economía solidaria, deben partir de reconocer a estas formas de organización su capacidad para incidir en la solución de diversas problemáticas de la vida nacional. Por esta razón, todos los tratadistas acuerdan que se requieren códigos o leyes especiales para este sector; si no fuese así –tal como ocurrió a comienzos del siglo XX–, bastaría con un capítulo en los códigos sobre sociedades comerciales.

Desde la dinámica paternalista que se hizo protagónica en algunos territorios de Ibero América y en algunos gobiernos populistas en América Latina, se buscaba crear un conjunto de reglamentaciones que eliminaran las posibles desviaciones doctrinarias, a la vez que se descubría la manera de utilizar estas formas de organización para que fuesen instrumento de las políticas económicas y sociales de coyuntura. Fenómeno éste que, de entrada, ya estaba rompiendo con el principio de la autonomía.

Así se forjó una tendencia intervencionista que ha incidido profundamente en el desenvolvimiento histórico y en la formación de los movimientos de economía social y solidaria. El Maestro Carlos Uribe Garzón algunos planteó que de esta manera también se limitan los derechos humanos, entre ellos el de asociación, dando lugar a que se llevan a extremos los procedimientos de inspección y vigilancia o se implante la co-administración. Esta tradición intervencionista en la construcción de la norma jurídica para el sector, ha dado como resultado un espíritu reglamentarista que intenta prevenirlo todo.

En la coyuntura de comienzos del siglo XXI debe recogerse el viejo lema que dice: "cuanto más complicadas son las leyes, más difícil es vigilar su exacto cumplimiento". En efecto, cuanto más detalla una norma la manera como deben comportarse los particulares frente al Estado o la manera como deben desarrollarse las relaciones entre ellos, es más difícil vigilar el cumplimiento de la ley, de esos procedimientos y de esas maneras de relación.

La coerción, llevada a los extremos que vienen presentándose en Colombia, sólo sirve para que las auténticas organizaciones se fastidien y para que los falsarios creen los mecanismos de violación de la ley. No quiere decir lo anterior que el Estado no tenga ningún papel respecto de la supervisión de los particulares y sus formas de organizarse. Pero, la vigilancia tiene sentido mientras sea racional en confluencia con la necesidad de controlar el cumplimiento de una función social.

El detalle normativo, y aún más cuando se incluye en las propias leyes, resulta improcedente para el buen desarrollo de los Estados Sociales de Derecho. Por eso, cuando se hable de relaciones entre Estado y una determinada expresión organizada de los ciudadanos, se debe decir radicalmente que es innecesario el detalle normativo; mucho más en el caso del cooperativismo y la economía solidaria, en tanto sus organizaciones tienen la capacidad de construir instrumentos de autorregulación y autodinamismo, así como de generación de prácticas fiscalizadoras por fuera de las mismas regulaciones gubernamentales.

Ahora bien, sin ahondar demasiado en el fenómeno, como respuesta a la tendencia reglamentarista se ha venido formando su contraparte: la tendencia unanimista. Mediante ésta se pretenden producir leyes estándar (siguiendo la utopía neoliberal de unificar normas y procedimientos sin consultar la historia y la cultura). Lo cierto es que, la experiencia latinoamericana demuestra la imposibilidad de homogenizar las normas y la inutilidad de la tendencia que en ese sentido se ha fraguado en estos últimos lustros. Debe reconocerse que existen profundas diferencias nacionales, las cuales se expresan en las constituciones, en las leyes y en las prácticas efectivas de los gobiernos y los pueblos.

De modo que, al proponerse ajustes normativos en los ordenamientos jurídicos de los próximos años, hay que advertir sobre los extremos (reglamentarismo y unanimismo), ya que ellos rompen el orden natural de las cosas y promueven prácticas que –hacia el final- producirán verdaderos descabros legislativos como el actual.

Así las cosas, el espíritu de las leyes dirigidas a los sistemas de cooperación debe estar relacionado con el respeto y reconocimiento a sus principios esenciales. La experiencia histórica demuestra que allí donde el gobernante respetó tales principios, las fuerzas de economía alternativa se fortalecieron por sí mismas y al final contribuyeron protagónicamente a la consolidación del Estado. Por ello, debe aspirarse a que sea el propio movimiento el que establezca sus mecanismos de expansión y desarrollo.

En seguimiento de este principio de *reconocimiento y respeto*, cualquier ley para la economía solidaria debería limitarse a expresar la identidad de los conceptos constitucionales con las racionalidades propias de dichos movimientos, a establecer los parámetros generales relacionados con la estructura básica de las organizaciones, a definir sus formas de integración y a precisar los tipos empresariales; el detallismo funcionalista se desarrolla a partir de la ingerencia que puedan tener las expresiones de integración de las diversas formas asociativas. Bajo el principio de la *favorabilidad*, lo más acertado sería expresar las posibilidades de la relación entre el Estado y la Economía Solidaria, reconociendo la capacidad de esta última para propulsar el desarrollo socioeconómico y cultural de los pueblos y el bienestar de los últimos y sus entornos inmediatos, en la intención de establecer alianzas que contribuyan a la generación de procesos avanzados de desarrollo de las comunidades, las localidades y los grupos sociales de la más

diversa gama. Finalmente, en cumplimiento de un esquema *desregulador*, las normas de esta segunda década del siglo XXI deberían expresar la intención concreta de posibilitar la formación de instrumentos de autocontrol y autodinamismo, sin que se le impida al Estado cumplir las funciones de supervisión que le otorga la Constitución.

Para mantener este espíritu general y no caer en tentaciones intervencionistas, funcionalistas o utilitaristas, el legislador debe alcanzar un alto conocimiento de las doctrinas del cooperativismo y demás expresiones organizadas de la economía solidaria. Los legisladores, administradores públicos, responsables de la supervisión estatal y los funcionarios de la rama judicial, no sólo deben entablar diálogos referidos a la economía solidaria con base en los detalles precisados en las leyes y normas complementarias, sino principalmente partiendo de una comprensión de su doctrina básica.

Hans Kelsen reconoció la presencia de fuentes del derecho diferentes a las de la formalidad expresa en las leyes (o derecho positivo), conocidas como *fuentes materiales* (tales como: normas morales, postulados políticos, doctrinas sociales, económicas y jurídicas, opiniones de jurisperitos, etc.), las cuales no tendrán carácter de obligatorias siempre y cuando no haya una norma jurídica positiva que delegue en ellas como fuente del derecho, es decir, que les dé fuerza obligatoria. Cuando ello ocurre, advierte Kelsen, *“adquieren el carácter de una norma jurídica superior que determina la producción de la norma jurídica inferior”*.

Otro aspecto clave que justifica la presencia de legislaciones especiales dirigidas a promover las formas empresariales basadas en las categorías trabajo y comunidad es el de la democracia económica. Ella se entiende como la participación (*autogestión*) de los propios interesados en las deliberaciones y en las decisiones que se producen en el campo de lo económico. Se ha demostrado históricamente que las expresiones organizadas de la solidaridad son la forma más antigua y pura de democracia económica, asegurando, en la práctica, la viabilidad de sus empresas y su definitiva intervención en la formación de medios para lograr el aumento en la calidad de vida de las personas y el desarrollo socioeconómico de los pueblos.

A partir de estas certezas se ha concebido, por lo menos en el medio latinoamericano, que los criterios fundamentales de la relación entre el ordenamiento jurídico y los movimientos de economía popular, debería estar centrada en:

- 1) Estos movimientos requieren de autonomía e independencia para desarrollarse, con base en sus propias dinámicas y el auto esfuerzo mancomunado y solidario de sus miembros.
- 2) La colaboración estatal, siempre que se presente, se hará mediante el reconocimiento de la autonomía y el respeto a la doctrina básica.

3) La legislación, contenida en leyes especiales, expresará los fundamentos que regirán el sistema con plenitud de respeto a su doctrina y permitiendo el más amplio campo de acción para el cumplimiento de sus objetivos.

4) La ayuda estatal, en materia técnica o administrativa, deberá ser otorgada en forma subsidiaria y transitoria, con la máxima independencia de la propia organización beneficiada.

5) La colaboración financiera que otorgue el Estado debe estar dirigida a facilitar y fortalecer los planes, programas y proyectos que aseguren un adecuado desarrollo de las organizaciones. Se ha reconocido que el otorgamiento de exenciones tributarias es una disposición que se enmarca dentro del criterio de promoción y fomento adoptado por diversos Estados para fortalecer las instituciones del sector. Pero, en este aspecto, los juristas y las legislaciones han mantenido el criterio de no ofrecer exenciones excesivas en tanto pueden promover la formación de pseudo organizaciones evasoras.

6) En razón del interés social de las organizaciones cooperativas y solidarias, al Estado le corresponde el ejercicio de supervisión (en los casos que le ley lo exija) sobre la función productiva de las mismas pero, así mismo, debe facilitar la formación de un sistema de autocontrol de tipo preventivo y de seguimiento de resultados.

7) A las organizaciones del sector solidario les corresponde la función de coadyuvar en el diseño, ejecución y seguimiento de los planes territoriales de desarrollo. Por lo que conviene que las autoridades, en sus diversos niveles, reconozcan la importancia y la fuerza representada en estas organizaciones y se apresten a asociarse con ellas y a facilitar su acceso a las estructuras de decisión y al desarrollo de los programas y proyectos surgidos de la planeación.

En este marco, toda legislación debe tomar en cuenta la Declaración sobre la Promoción de las Cooperativas, adoptada por la Conferencia de la Organización del Trabajo –OIT-, celebrada en el mes de junio de 2002. Declaración que mantiene los criterios expresados en la Recomendación 127 de 1967, adaptándolos a las condiciones de comienzos del nuevo siglo.¹⁰

3. LAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS EN EL MUTUALISMO COLOMBIANO

3.1. Consideraciones generales

Todos los estudios parten de considerar que la acción mutualista en Colombia no tiene propiamente una independencia legal. En efecto, estas organizaciones siempre han estado a la zaga de la legislación sobre las organizaciones civiles o sobre el cooperativismo, lo que ha contribuido a su desnaturalización, ya que se les asimila en sus detalles característicos.

Hasta 1988 se les aplicó, por similitud con las cooperativas, el Decreto 1598 de 1963. Esta analogía entre mutuales y cooperativas fue ratificada con la sentencia de la Corte Suprema de

Justicia del 13 de septiembre de 1967 que conceptuó: *"Las mutuales son similares a las cooperativas y por tanto deberán estar regidas por la misma legislación"*. Por fortuna el Consejo de Estado, en sentencia de abril 27 de 1978, consagró que: *"La simple denominación de una institución no define su naturaleza jurídica si no que ésta se deriva de la estructura y de los fines que le hayan dado quienes la constituyeron"*.

Sin tomar en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado, en 1988 se desechó la posibilidad de una legislación propia, haciendo tránsito en el Congreso solamente el proyecto sobre cooperativas (finalmente ley 79 de 1988), el cual consagró la aplicabilidad de la ley cooperativa a las mutuales, ordenando una reglamentación vía ejecutiva (resultando de ello el Decreto 1480 de 1989).

Si bien es cierto, este Decreto recogió en buena parte las aspiraciones plasmadas en el proyecto legislativo elaborado por los mutualistas, desafortunadamente allí se recortaron elementos de suma importancia. Sin embargo, se resalta el hecho de que por tal norma se logró homogeneidad en cuanto a la estructura administrativa, financiera y de servicios, así como una denominación uniforme.

Con la Ley 454 de 1998, en la cual se aprecia una incoherente recopilación de la Ley 79 de 1988 y sus decretos reglamentarios, se determina un marco conceptual universalista, sin poner cuidado al detalle que proviene de la naturaleza específica de cada forma jurídica y de sus praxis socioeconómicas concretas. Aunque acoge aspectos del mutualismo para definir principios, fines y características de toda empresa de economía solidaria, crea un dilema en cuanto a su aplicación práctica en las mutuales, ya que le exige condiciones que solo aplican a las cooperativas, destruyendo su identidad y naturaleza. Así pues, por ejemplo, esta ley, en su artículo 6°, generaliza una definición para todas las organizaciones solidarias, entrando en contradicción con el Decreto 1480, especialmente en cuanto al tema patrimonial.

Desde el año 2000, se ha venido advirtiendo -desde diferentes escenarios- la necesidad de que la norma debe garantizar la preservación de la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales y sus características: esto es, su identidad. Hoy en día se ratifica esta conclusión, como punto de partida para la construcción de la norma mutualista futura.

En el año 2008, un estudio realizado por la Universidad Santiago de Cali para identificar los obstáculos normativos por los que atraviesa el sector solidario colombiano, advierte que a pesar de la existencia de una amplia normativa específica existen gran cantidad de vacíos que conducen a la dependencia de la legislación comercial y civil. Se propone allí que se requieren instrumentos legislativos que resuelvan los problemas jurídicos de cada tipo de entidad solidaria para solucionar el problema de inseguridades e interpretaciones amañadas, surgidas del desconocimiento o de la falta de interés en el sector.

Desde otro tipo de análisis, el autor de las presentes notas había indicado que la producción de una norma moderna para el mutualismo colombiano debía considerar ciertos condicionantes previos, a saber:

En primer lugar, hay que orientar el espíritu del legislador. Esto es, cualquier tipo de normatividad que se pueda producir sobre la economía solidaria (y sobre todo respecto del mutualismo) debe ser una expresión de una determinada praxis social y económica, desde la cual se forman un conjunto de normas de orden moral y ético, que se introyectan en las personas, comunidades y sociedades. La actitud del legislador es la validación de tales procesos cuando son de carácter positivo y propositivo, y cuando cumplen con el principio de mejoramiento de la convivencia social. Por eso, cuando en la legislación se introducen temáticas relacionadas con valores, principios, características, fines y pautas para la acción económica, es simplemente para validar algo que ya se ha producido en la realidad concreta y que se acepta socialmente.

De otro lado, desde el punto de vista del espíritu legislador también interesa establecer algunos parámetros de actuación de las organizaciones en el campo social o económico de una determinada nación o país. Así pues, una legislación no tiene porque decir todo del mutualismo, ya que esta es función de su filosofía y doctrina, así como de sus prácticas sociales, económicas y administrativas (las cuales configuran un elemento sustancial del derecho natural). Las personas, las organizaciones y las comunidades introyectan en sus prácticas sociales y económicas los elementos derivados de la filosofía, la doctrina y sus métodos clásicos de operar. Por eso, es indispensable evitar -en la producción de la norma- el detallismo surgido del derecho natural. Lo que de la legislación se espera es la producción de disposiciones que permitan el desenvolvimiento autónomo de las organizaciones, estableciendo claras reglas de juego respecto de su función social y el tipo de relaciones que pueda tener con el Estado, particularmente en cuanto a las previsiones de supervisión y fomento.

3.2. Puntos de partida para una nueva legislación mutualista

Dos puntos de partida nacen de la relación efectuada en el acápite anterior. Una nueva legislación para el mutualismo colombiano debe considerar inicialmente una propuesta de norma específica que le respete su naturaleza e identidad (sin extenderse en la definición de las prácticas mutualistas ya establecidas en su filosofía y doctrina), a la vez que se proponga un articulado propositivo respecto de su función social, su papel en la economía y las relaciones que se susciten con el Estado.

Definir las cosas de esta manera, es aceptar de entrada que la doctrina y las prácticas sociales, económicas y administrativas de las asociaciones mutuales ya están introyectadas en la vida de los pueblos y existe suficiente derecho natural sobre su devenir. De modo que lo que, en materia mutualista, es absolutamente necesario hoy en día, es la identificación de los mecanismos de promoción, fomento, favorabilidad y supervisión.

Para ello ha de partirse del reconocimiento de la función y potencialidades de la organización mutual. Actualmente ésta se encuentra determinada por un aspecto trascendental de la realidad socioeconómica: las transformaciones de las últimas décadas han producido algo que en términos teóricos se ha denominado *transferencia* de funciones del Estado, que otrora fue benefactor, hacia la sociedad civil. En esta transferencia, juega importancia máxima la acción mutual, ya que gran parte de las funciones estatales (por lo menos bajo los criterios del siglo XX) tienen que ver con la previsión, la protección y la seguridad social, que es el campo claro, preciso y expedito para que se desarrolle el mutualismo.

De modo que la función social del mutualismo, a más de hacer converger en estas organizaciones ciertas necesidades de los seres humanos que las conforman, convirtiéndose (la organización) en instrumento para satisfacerlas, también resulta de importancia máxima el aprovechamiento de su tradición y cultura para contribuir al cambio que se viene produciendo en la prestación de los servicios sociales.

Si se aceptan estas dos funciones básicas (tradicional, una; transformadora, otra), la legislación debería liberar al mutualismo de ciertos obstáculos normativos. La legislación colombiana (y la tradición mutualista internacional) ha definido unos temas propios del mutualismo, sobretodo en términos de previsión y protección social, pero contienen disposiciones que limitan su acción concreta.

Temas que han sido tradicionales en las experiencias internacionales (como el de los seguros), son francamente vedados en Colombia para el mutualismo; es decir, hablar de eso, de que el mutualismo pueda desarrollar una actividad aseguradora en Colombia es imposible, debido a la existencia de extremas limitaciones legales para ejercer esta actividad por fuera de las formulaciones del estatuto financiero. Algunos otros aspectos como los del ingreso del sector mutualista en el campo de la salud, tienen pocas posibilidades; así mismo, en cuanto al manejo del sistema pensional y de previsión personal y familiar, a pesar del potencial mutualista, las oportunidades legales son mínimas en Colombia.

Así pues, una nueva norma para el mutualismo colombiano debe tener un tercer punto de partida: comprender la potencialesidad de la acción mutualista y de la asociación de los mutualistas para enfrentar actividades económicas que son propias de su naturaleza e identidad.

3.3. Problemas a resolver en una nueva legislación mutualista

Producir una legislación adecuada para el mutualismo colombiano requiere resolver los siguientes problemas básicos:

Problema 1: Los límites de la acción mutual

Como se concluye de la tradición colombiana, existe la tendencia normativa a confundir la acción mutual exclusivamente con las actividades de previsión social. Esta última, en estricto sentido,

puede definirse como medidas o mecanismos que se adoptan para precaver consecuencias, sean personales o patrimoniales, que puedan producir hechos accidentales súbitos e imprevistos.

Si dejamos la legislación y la acción mutualista limitada exclusivamente a la previsión social, se estaría limitando la capacidad del sistema, máximo en las condiciones de transformación que sufre la economía mundial. Previsión –tal como la comprende la norma colombiana- simplemente está planteando situaciones dificultosas de futuro; por lo contrario, la mutualidad comprende un sentido más extenso: se trata de la formación de fondos económicos que van a responder a esas imprevistas situaciones.

Esto es, el mutualismo va más allá: pretende satisfacer necesidades humanas, en el presente y en el futuro; por eso, la primera idea para resolver ese problema jurídico que tiene la legislación mutualista colombiana, es que hay que hablar en términos más amplios, de **promoción, previsión, prevención y protección social**; fundamentalmente entendidos como servicios que están destinados a cubrir diversos riesgos que pueden presentarse (imprevista o seguramente) ó a satisfacer necesidades presentes y futuras que tengan los asociados y su núcleo familiar, en relación con su vida y calidad de vida.

Problema 2: El asistencialismo

Un segundo problema jurídico que tiene la legislación mutualista colombiana, es que manifiesta una tendencia a confundir asistencialismo con previsión. El mismo concepto *asociación*, que deviene de viejas normas del Código Civil, parece que le otorga esta naturaleza. El mutualismo no es asistencialismo; por lo contrario, el mutualismo es un ejercicio económico que supera el asistencialismo. Cuando tratamos el tema simplemente como servicios de asistencia, como aparecen en algunos textos de la legislación, hay que dejar claro que esos servicios solamente se producen cuando se utiliza un fondo de solidaridad, por lo menos en el caso de las organizaciones de economía solidaria en cualquier parte del mundo.

El asistencialismo es consecuencia de que exista un fondo para resolver un problema esporádico; pues, el asociado, en ese caso, recibe una ayuda sin haber hecho ningún tipo de contribución a un fondo mutual, mientras que cuando se habla de promoción, previsión, prevención y protección, se trata de que el grupo asociado (y la individualidad) contribuya a formar esos fondos comunes para resolver su propia necesidad, en tanto allí, los afiliados serán aportantes ante la presencia de una determinada circunstancia que se encuentre prevista en la norma interna de la mutual. Ya no se trataría de una ayuda solidaria, sino una ayuda basada en la reciprocidad.

Problema 3: Las prestaciones mutuales

La definición precisa de las actividades que pueden realizar las mutuales en Colombia, fue establecida en el Decreto 1480 de 1989 (artículo 43) bajo la denominación de prestaciones mutuales. Se define allí que estas últimas son entendidas como los “servicios que otorguen las

Asociaciones Mutuales para la satisfacción de necesidades de los asociados, mediante asistencia médica, farmacéutica, funeraria, subsidios, ahorro y crédito, y actividades culturales, educativas, deportivas o turísticas, *así como cualquier otra prestación dentro del ámbito de la seguridad social que tenga por fin la promoción y dignificación de la persona humana.[...]*".

En este texto se hace una relación de actividades probables pero, en el remate, se amplía el concepto a cualquier otra prestación dentro del ámbito de la seguridad social, que tenga por propósito la promoción y la dignificación de la persona humana. La OIT ha definido que la seguridad social debe entenderse como:

"La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos."

Haciendo más expedita esta definición, se puede decir que la seguridad social está constituida por un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para mejorar la calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la Sociedad desarrollen para proporcionar cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes. De ahí que tenga por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan.

En todo caso, si las prestaciones mutuales se limitaran al tema exclusivo de la seguridad social, atendiendo a las definiciones aceptadas, ello conllevaría a una barrera en la actividad económica susceptible de adelantarse a través de la mutualidad.

De entrada, por lo indicado en el Decreto 1480 de 1989, el menú de actividades impide que las mutuales puedan tener entre su objeto la participación en algunos sectores de la economía (es decir, impide su intervención en la producción primaria y secundaria), ya que la satisfacción de las necesidades de sus asociados y la comunidad sólo podría realizarse a través de *servicios* de seguridad social.

Lo cierto es que la norma colombiana es una adaptación del artículo 4º de la ley 20.321 de la República de Argentina, en la cual se define que:

"Son prestaciones mutuales aquellas que, mediante la contribución o ahorro de sus asociados o cualquier otro recurso lícito, tiene por objeto la satisfacción de necesidades de los socios ya sea mediante asistencia médica, farmacéutica, otorgamiento de subsidios, préstamos, seguros, construcción y compraventa de viviendas, promoción cultural, educativa, deportiva y turística,

prestación de servicios fúnebres, como así también cualquiera otra que tenga por objeto alcanzarles bienestar material y espiritual. Los ahorros de los asociados pueden gozar de un beneficio que estimule la capacidad ahorrativa de los mismos”.

De la lectura del texto anterior, se deduce lo siguiente:

- Existe un objetivo para la prestación mutua: “la satisfacción de necesidades de los socios”.
- Se formulan unos medios (o actividades económicas) para cumplir el objetivo: asistencia médica, farmacéutica, etc., siempre que tengan por propósito alcanzar el bienestar material y espiritual de los socios.
- Se establece unas alternativas de acceso a la prestación mutua: contribuciones o ahorros de los asociados, o cualquier otro recurso lícito.

La norma colombiana elimina de entrada el objetivo de la prestación y las alternativas de acceso, centrándose exclusivamente en la identificación de los medios (*servicios*). Al hacerlo, rompe con los principios base de la mutualidad y desconoce el concepto de reciprocidad. De ahí que sea necesario y urgente buscar una alternativa jurídica que permita ampliar las posibilidades del mutualismo, precisando definitivamente el concepto de *prestaciones mutuales*, y extendiéndolo a la promoción, previsión, prevención y protección social.

Problema 4: La estructura financiera de las mutuales

El mutualismo colombiano realiza unas operaciones financieras que, en la generalidad de los casos, culminan con el período económico, sin producir acumulados suficientes que permitan crear proyectos nuevos de promoción, previsión, prevención o protección social. Es una situación estructural que deviene de una legislación limitada en estas materias, asimilándola a las tradicionales personas jurídicas sin ánimo de lucro que devienen del viejo Código Civil. Las mutuales, en consecuencia, no cuentan con una capitalización suficiente: eso tiene un efecto en cuanto a las posibilidades de su crecimiento y subsistencia.

Una nueva norma debería prever mecanismos de fortalecimiento patrimonial que contribuyan a la perdurabilidad de la organización y a la formación de recursos propios destinados a la ampliación de sus prestaciones mutuales.

Problema 5: La actividad financiera de las mutuales

Como consecuencia de la incorrecta adaptación del concepto *prestación social*, el servicio de ahorro y crédito autorizado a las asociaciones mutuales se observa forzado en el texto de la definición señalada por el artículo 43° del Decreto 1480/89. Por tal motivo, la misma norma -en su artículo 46°- precisa que *“los servicios de ahorro y crédito únicamente se prestarán entre sus asociados y observando las disposiciones especiales sobre la materia”.*

Si se dejara claramente establecido que las prestaciones mutuales surgen de la formación de fondos contributivos o *fondos de ahorro* para acceder a servicios bajo el principio de la previsión social, las alusiones al servicio de ahorro y crédito resultarían inocuas.

Esto es, una nueva norma para el mutualismo colombiano debe permitir entender que la previsión se hace concreta a través de múltiples formas de ahorro de las personas, las cuales pueden constituir organizadamente fondos sociales a los cuales acceder al momento de hacer efectiva la prestación.

Dejar claro este aspecto, impedirá que los fondos mutuales para el ahorro se asimilen a captaciones de ahorro, tal como viene ocurriendo en Colombia. Es cierto que los Acuerdos de Basilea están pretendiendo garantizar la transparencia, buen manejo y prudencia en el ahorro público, situación que debe mantenerse como criterio administrativo en las asociaciones mutuales; pero, las previsiones de las normas de Basilea no pueden exigirse en todos sus detalles a los fondos mutuales, ya que ellos tienen un propósito diferente al de la captación abierta.

Problema 6: La participación en el desarrollo del país

En Colombia, la acción mutualista se ha entendido como marginal. En la historia colombiana sus servicios económicos, aunque trascendentes, se colocan en el campo de lo poco valorado, como consecuencia de la incomprensión del potencial productivo del ejercicio del mutualismo. Por eso, pocas son las veces que se le ha otorgado algún papel de importancia en los procesos de desarrollo territorial o para la construcción de propuestas integradoras hacia la universalización de la seguridad y la protección social.

Cada vez más los temas y las expectativas acerca del futuro de las personas y las comunidades, generan debates intensos acerca de los esquemas y sistemas públicos y privados que respondan a sus necesidades de previsión, prevención y protección. Estos asuntos –que son temas de amplia discusión pública-, son de la incumbencia directa –clara y precisa- del movimiento mutualista. Es en este campo en dónde, de manera expedita, el mutualismo puede participar de lleno en los propósitos de desarrollo de la persona humana y de modernización del país.

Por eso, un nuevo marco regulatorio para el mutualismo, implica identificar respuestas a dos preguntas claves: 1) ¿Cómo es que el Estado puede contribuir a que el mutualismo se desarrolle en estos campos y contribuya con la transformación que hoy vive el mundo?; y 2) ¿Cómo es que el mutualismo, con base en su tradición y experiencia; puede hacer posible la tesis de que "Las sociedades civiles pueden colocarse delante de los procesos de la protección y promoción social"?

Problema 7: La favorabilidad tributaria

Finalmente, en seguimiento de las incomprensiones jurídicas vigentes, que particularmente desatiendan la naturaleza e identidad de las asociaciones mutuales, el carácter recíproco de sus

prestaciones y la formación de patrimonios de propiedad social, ha surgido una tesis tributarista equivocada.

Así las cosas, se ha entronizado el concepto de exención de impuestos, bajo la premisa de que estas organizaciones hacen una contribución a la solución de problemas sociales (complementando al Estado en su función) sin tomar en cuenta la naturaleza de la organización.

Ningún impuesto que tome como base los resultados económicos o el patrimonio de las personas jurídicas puede pretender hacer sujeto del mismo a las asociaciones mutuales, ya que no son generadoras de renta ni construyen un patrimonio con este fin. Así mismo, todo impuesto que grave las operaciones mutuales (nacidas de la formación de fondos contributivos o de ahorro) se encuentra equivocado al tomar como sujetas del mismo a estas organizaciones. En tal sentido, una nueva legislación mutualista debería definir de plano la no sujeción al impuesto que grave el excedente mutual, su patrimonio y sus prestaciones.

CONCLUSIÓN

Hoy en día, desde muy diferentes instancias del gobierno colombiano, en concordancia con la pretendida estandarización neoliberal o por efecto de acuerdos económico-políticos con otros países o fuerzas internas contrarias a la economía solidaria, se vienen produciendo normas que violentan la naturaleza del cooperativismo y la economía solidaria, que cercenan los beneficios que el ordenamiento jurídico previo le otorgó a estas organizaciones y que eliminan sus posibilidades de su actuar coherentemente en la vida económica y social del país.

En general, se aprecia un panorama de ataque arrollador especialmente al cooperativismo colombiano, estableciendo condiciones o barreras que impiden el cumplimiento de la norma constitucional (de fomento y fortalecimiento) y las definiciones de la ley 79 de 1988 (en cuanto a que el acuerdo cooperativo permite intervenir cualquier actividad económica, social o cultural lícita).

En el ambiente se percibe una tendencia pesimista de grandes proporciones, pero algunos dirigentes ya empiezan a aceptar el llamado a la defensa del modelo y a la exigencia del respeto a una alternativa económica que ha propulsado el desarrollo de muchos pueblos del mundo.

Dentro de esta perspectiva de defensa, las argumentaciones anteriormente expresadas, en cuanto a las tendencias legislativas generales o las particularices del mutualismo, se dirigen a establecer parámetros normativos, que sean la base para proponer un conjunto de criterios a tomarse en cuenta en los debates públicos que buscan exigir legislaciones más coherentes con las realidades económico sociales y con las perspectivas de formación de un nuevo modo de hacer economía.

Medellín, Mayo de 2011