

APUNTES SOBRE LA PERTINENCIA O NECESIDAD DE UN DERECHO SOLIDARIO (*)

Dante Cracogna

Universidad de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión que abordamos resulta de innegable originalidad. Se trata -nada menos- que de hacer referencia a la posible, eventual o necesaria existencia de una nueva rama del Derecho. El desafío podría considerarse excesivo puesto que la respuesta exige -además de una profunda versación jurídica- una aguda visión de la realidad social que habilite para formular juicios capaces de abarcar ambos campos y proyectar un enfoque a la vez interpretativo y predictivo. En suma, la tarea no es fácil y no está exenta de riesgos, entre los cuales la superficialidad y el subjetivismo constituyen sólo algunos de los más evidentes.

Es por lo dicho que conviene adelantar desde ahora que esta presentación no habrá de tener la pretensión de dar respuesta categórica al interrogante acerca de la necesidad o de la pertinencia de la existencia de un Derecho Solidario. De manera mucho más modesta, su objetivo será aproximar elementos de juicio y reflexiones para el debate acerca de esta importante cuestión, con el ferviente anhelo de que ese aporte contribuya a mejorar y nutrir la calidad de la discusión académica, no tanto por las respuestas que ofrezca sino por los interrogantes que formule.

Por ello cabe indicar que lo primero a puntualizar será que nos encontramos frente a un tema que es nuevo, que es desafiante, que de ninguna manera está acabado y acerca del cual sólo podemos afirmar la necesidad y la conveniencia de su adecuada consideración con el rigor que la tarea científica exige. Cumplida esa exigencia quizá podamos avanzar con paso firme en la labor que tenemos por delante, sin preconceptos ni posiciones preestablecidas, sino con la apertura y el espíritu crítico que son propios de la disciplina académica.

Salvada la precariedad y provisoriedad del planteo general cabe adelantarse, pues, en lo que habrá de ser el contenido de la exposición; es decir lo que

(*) Ponencia presentada al I Encuentro Iberoamericano de Derecho Solidario Bogotá, octubre 2005.

podríamos llamar sus términos de referencia, como para ubicarla con la mayor precisión posible en el contexto en que se desarrolla, a saber: a) hoy por hoy no existe el Derecho Solidario como rama constituida y reconocida del Derecho; b) es discutible si ella puede llegar a constituirse y, en su caso, cuáles habrán de ser sus caracteres, ubicación y contenido; c) existen ciertos elementos teóricos y fácticos que corresponde analizar críticamente a fin de avanzar en aproximaciones que pudieran variar el estado actual de la cuestión.

II. UNIDAD Y DIVERSIDAD DEL DERECHO

Quien se acerca hoy al estudio del Derecho se encuentra abrumado por la variedad de sus manifestaciones. Tal es el estado del arte en la materia que resulta difícil afirmar que alguien conoce “el” Derecho, al punto que aparece como una pretensión exagerada sostener que se conozca más que una -o algunas- ramas. Estudiar y conocer Derecho significa en la actualidad estudiar y conocer una determinada especialidad, cada vez más acotada.

Ha quedado definitivamente atrás la época en que el jurista, y aun el abogado, podían expedirse con solvencia acerca de prácticamente cualquier cuestión jurídica. El cambio no obedece a que hoy los juristas y los abogados sean menos estudiosos o a que las facultades de Derecho hayan deteriorado su nivel de enseñanza –aunque éstas puedan ser razones que expliquen en parte el fenómeno– sino, fundamentalmente, a que se ha producido una complejización tal de la vida económica, social y política del mundo moderno que el Derecho ha debido acompañarla con una correlativa abrumadora abundancia y diversidad de regulaciones. La consecuencia ha sido, inexorablemente, que el Derecho se haya ido dividiendo y subdividiendo en ramas y especialidades desconocidas hasta poco tiempo atrás. Por otra parte, nada autoriza a pensar que esa situación vaya a cambiar o detenerse sino, por el contrario, todo lleva a pensar que continuará en la misma dirección y con creciente profundización todavía.

Sin embargo, la unidad del Derecho que parece hoy una mera ilusión atento la progresiva especialización a la que asistimos, sufrió ya antiguos embates que postulaban su división, aunque fuera elemental, pero no por ello menos tajante. Así Ulpiano, en un célebre pasaje recogido en el Digesto, sostenía *Publicum ius est quod as statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet sunt enim quaedam publicae utilia quaedam privatum*.¹ También Roma conoció la distinción entre el primitivo *ius quiritium*, luego devenido *ius civile* en tiempos de la república (*ius proprium civium romanorum*)², y el *ius gentium*, común a los diversos

1. *Digesto*, 1, 1, par. 2, de *ius et de jure*.

2. *Gayo*, I, par. 108.

pueblos. Estas arcaicas distinciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho Nacional y el Derecho Internacional, criticadas por Kelsen como dualismos inaceptables por atentar contra la unidad sustancial del derecho³, muestran claramente que el Derecho occidental desde sus más remotos orígenes reconoció la existencia de criterios diferenciadores y ordenadores dentro del marco de su variedad normativa. El transcurso del tiempo no ha hecho sino intensificar y profundizar tal situación a medida que las sociedades iban tornándose más complejas tanto en su vida interna como en sus relaciones con las demás.

Dentro del Derecho Público y del Derecho Privado han ido surgiendo permanentemente nuevas ramas mediante divisiones cariocinéticas en un proceso continuamente acelerado. Basta ejemplificar con el caso del Derecho Privado cuyo tronco es el Derecho Civil, del cual se desprendió el Derecho Comercial a fines de la Edad Media. De éste, a su vez, han derivado contemporáneamente el Derecho Marítimo, Derecho Empresarial, el Derecho Societario, el Derecho Cambiario, el Derecho Concursal, el Derecho del Seguro, el Derecho Bancario, el Derecho de la Competencia, el Derecho Bursátil, por mencionar los principales. A su vez, del Derecho Civil derivaron el Derecho de los Contratos, el Derecho de Daños, el Derecho Laboral, el Derecho de las Sucesiones, el Derecho de Familia, el Derecho Agrario, el Derecho del Consumidor, entre otros.

La pregunta que inevitablemente provoca esta proliferación de nuevos "Derechos" es la de saber cuándo puede legitimamente predicarse la existencia de una nueva rama del Derecho o, dicho de otra manera, qué requisitos deben cumplirse para que exista un determinado "Derecho". Y puede decirse que no hay respuesta precisa para este interrogante; más aun, hay una marcada controversia y hasta un cierto caos en esta materia, lo cual explica la aparición de nuevos "Derechos" sin sujeción a pauta alguna en cuanto a la legitimidad de su inserción en el mundo jurídico. Incluso puede llegar a tratarse de una suerte de moda intelectual o de un cierto apetito político cuando no de una mera pretensión de ganar prestigio.

Es claro que la mera creación de una cátedra universitaria o el dictado de una determinada ley sobre cierta materia no pueden motivar por sí solos la aparición de un nuevo Derecho ni justifican la pretensión de su existencia. Sin embargo, no es extraño encontrar que así ocurra. La doctrina tradicionalmente ha sostenido que la emergencia de una nueva rama del Derecho exige una triple autonomía: legislativa, didáctica y científica; satisfechos tales recaudos podría, entonces, afirmarse la existencia del novedoso Derecho. No obstante, suele suceder que la autonomía legislativa no sea realmente tal para el nacimiento de una nueva rama jurídica, bastando aislar ciertas normas contenidas dentro de un cuerpo más amplio, por ejemplo, el Código Civil o el Código de Comercio, como ha solido ocurrir con el Derecho de Daños o el Derecho Societario, por ejemplo. Incluso puede suceder que las normas

3. Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, págs. 443-444.

en cuestión se hallen dispersas en distintos cuerpos legislativos y que la naciente rama las vincule y unifique.

Tampoco la autonomía didáctica parecería constituir exigencia insoslayable para la aparición o reconocimiento del nuevo Derecho. Así ocurre que se admite su existencia aun cuando la enseñanza que se imparte a su respecto no goce autonomía académica sino que se halle comprendida dentro del contenido de una materia o asignatura más amplia. Tal el caso, por ejemplo, del Derecho de la Propiedad Intelectual que suele enseñarse dentro del Derecho Comercial o del Derecho Inmobiliario subsumido dentro del Derecho Civil.

El punto en que sí parecería existir consenso como definitorio de la existencia de una nueva rama del Derecho es el de su necesaria autonomía científica. Es decir, el requisito de que se trate de un conjunto normativo gnoseológico dotado de principios propios que permitan resolver las cuestiones que se plantean dentro de un conjunto sistemático con unidad de fundamento, sin tener que recurrir a los principios que informan y fundamentan otras ramas del Derecho. Esta condición –claramente definitoria de un nuevo Derecho- no resulta fácilmente colmada, al punto que puede afirmarse que son pocas las ramas del Derecho que dan cumplida cuenta de ella, entre las cuales cabe mencionar el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Civil, según la doctrina. Pero la mayoría de las proclamadas ramas del Derecho de la actualidad no satisface esta exigencia, o al menos no de manera plena, y sólo constituyen especializaciones académicas o profesionales sin sustento científico propio.

En suma, puede afirmarse que la proliferación de ramas del Derecho a la que asistimos en la actualidad satisface más necesidades de orden práctico que científico, al punto que con frecuencia suele obviarse toda referencia a su fundamentación científica para sostener su existencia. Siendo ello así, parecería entonces no haber límites ni cauces para el surgimiento de nuevos Derechos, siempre que se apoyen en necesidades o conveniencias prácticas. No habría, pues, cartabón científico que brindara pautas objetivas sino meras apreciaciones subjetivas sustentadas en criterios valorativos, pragmáticos o aun meramente voluntaristas.

III. LA ECONOMÍA SOLIDARIA

El Derecho regula las relaciones humanas conforme con determinados valores que la sociedad acoge. Allí están contenidos los tres elementos esenciales de la experiencia jurídica: los hechos sociales, las normas y la valoración.⁴ De tal suerte

4. Carlos Cossio, *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, pág. 133 y ss.

que el Derecho ha de hacerse cargo de la realidad para establecer su regulación pues, como sentenciaban los romanos, *ex facto oritur jus*. De allí la necesidad de referirnos a la actividad denominada “economía solidaria” en cuanto constituye objeto o materia de regulación jurídica. Ello así en tanto y en cuanto no es el Derecho el que crea la realidad a través de las normas sino que éstas surgen en virtud de la realidad preexistente, si bien pueden orientarse a modificarla o encauzarla.⁵

La Economía Solidaria es un concepto acerca del cual no podemos dar una versión universal o definitiva. Por otra parte, existe una marcada promiscuidad en el vocabulario acerca del tema, ya que se suelen utilizar de manera indistinta expresiones tales como Economía Social (quizá la más difundida en el mundo de habla española), Tercer Sector, Economía No Lucrativa, Empresas No Capitalistas, etc.,⁶ lo cual no contribuye a una visión clara y precisa del asunto.

Dejando de lado antecedentes más remotos, puede citarse el uso de la expresión *economía social* desde la primera mitad del Siglo XIX, a partir de cuando fueron apareciendo diversos tratados con ese título. De manera que la expresión dista de ser novedosa, pero el tiempo que lleva de empleo no ha servido –todavía– para lograr un significado preciso.⁷ Tampoco resolvió la cuestión el uso más difundido y la abundancia de estudios que a su respecto se han venido realizando durante los últimas décadas en distintos países, pese a los numerosos intentos llevados a cabo. A pesar de esa ambigüedad, puede señalarse con certeza que el sentido de la expresión ha experimentado una variación sustancial desde sus orígenes, cuando estaba vinculada a la “cuestión social”, a nuestros días en que ha adquirido un significado relacionado con la organización diferente de la actividad económica según pautas alternativas a la economía capitalista lucrativa y a la economía colectivista estatal.⁸

Cabe advertir que existen claras diferencias de orden no sólo terminológico sino también conceptual entre lo que se denomina “Economía Social”, “Economía Solidaria”, “Tercer Sector”, “Economía No Lucrativa”, etc. Las diferencias obedecen, entre otras razones, a enfoques teóricos diferentes, experiencias nacionales distintas, regímenes jurídicos con diversos anclajes culturales, etc., todo lo cual dificulta la homogeneización de criterios que habiliten la presentación de esquemas generales o al menos compatibles entre sí.

5. La discusión acerca del papel del Derecho como elemento conservador o revolucionario tiene numerosos exponentes tanto en la Filosofía Jurídica como en la Política.

6. Cfr. Claude Vienne, “Sources documentaires dans le champ de l’Economie Sociale, en *La revue de l’Economie Sociale*, N° 1, Paris, juillet-septembre 1984, pag. 93.

7. Sobre los antecedentes del uso de la expresión, ver: Henri Desroche, *Pour un traité d’Economie Sociale*, CIEM, Paris, 1983, pág. 17 y ss.

8. Ver el ilustrativo artículo de José María Montolio: “Economía social: concepto, contenido y significación en España”, en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC-España, N° 42, Valencia, noviembre 2002, págs. 5 y ss, el cual contiene valiosa información sobre este tema.

No puede soslayarse la relevante contribución teórica realizada desde comienzos del Siglo XX por los Anales de Economía Pública, publicación inspirada por el profesor Edgar Milhaud, quien fue también fundador del CIRIEC (*Centre International de Recherche et d'Information sur le Economie Colective, Publique et Cooperative*) que cuenta hoy con filiales en numerosos países. Sin embargo, cabe señalar que la concepción del CIRIEC abarca tanto lo que se denomina Economía Social como la Economía Pública, con lo que su extensión resulta mucho mayor y más heterogénea.

En Francia es donde se ha desarrollado una teoría más avanzada de la Economía Social, tanto por el nivel de las elaboraciones académicas como por la expansión de los vínculos entre los diferentes actores sociales que se identifican como integrantes de aquélla. En el primer aspecto cabe destacar la contribución del profesor Henri Desroche quien elaboró un esquema de la Economía Social que delimita su campo específico entre los sectores Público, Local, Sindical y Privado, comprensivo de las cooperativas, las mutualidades y las organizaciones son lucrativas.⁹ Por el lado de las organizaciones vinculadas al tema, la definición más relevante es la Carta de la Economía Social adoptada por las entidades representativas de las cooperativas, las mutualidades y las asociaciones en mayo de 1982, la cual resume en siete artículos los rasgos fundamentales que caracterizan a la Economía Social. Ellos son, expresados sintéticamente: funcionamiento democrático; asociación libre y responsable; acción permanente de formación e información entre los asociados; igualdad de oportunidades y libertad de acción; destino de los excedentes para crecimiento de las entidades y mejoramiento del servicio; promoción del desarrollo armonioso de la sociedad; finalidad al servicio del hombre.¹⁰

El esquema francés –que goza de un relevante predicamento– no constituye, sin embargo, una expresión única ni siquiera generalizada. En España, donde el tema ha sido motivo de un tratamiento amplio tanto por parte de estudiosos como de congresos y publicaciones especializadas, puede decirse que los lineamientos seguidos son en general consistentes con la corriente francesa, lo cual no significa que se identifique con ella. Sin perjuicio de destacar la importante contribución efectuada en esta materia por el CIRIEC-España, filial del CIRIEC Internacional, la CEPES (Confederación Española de Empresas de Economía Social) en el I Congreso de la Economía Social realizado en Madrid en 1992 sostuvo que la Economía Social es: “Toda actividad económica basada en la asociación de personas en entidades de tipo democrático y participativo, con la primacía de las aportaciones personales y de trabajo sobre el capital.”

En Inglaterra, donde el concepto de Economía Social no ha hecho carrera, probablemente la idea del *Voluntary Sector* resulta la más aproximada, si bien, a seme-

9. El prof. Desroche fue un lúcido teórico a la vez que un entusiasta promotor de la Economía Social en Francia, acerca la cual su obra es vasta e influyente y dentro de la que merece especial mención el ya citado libro *Pour un traité de l'Economie Sociale*.

10. El texto completo de la Carta está reproducido en Dante Cracogna, voz “Economía Social”, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Apéndice T. VI, Buenos Aires, pág. 174.

janza de lo que sucede en los Estados Unidos, su alcance es básicamente comprensivo de las organizaciones no lucrativas, comúnmente llamadas *charities*. En este último país, por otra parte, suele también hablarse de un *Third Sector* con alcance similar y sin comprender a las cooperativas. La expresión "*Social Economy*" tiene en el mundo anglosajón un significado relacionado con los servicios públicos y, por lo tanto, diferente del que reviste en otros países.¹¹

La *Gemeinwirtschaft* alemana podría también emparentarse con la Economía Social pero viene marcada por un tinte público que la diferencia de las concepciones antes mencionadas.¹² Por otra parte, en Alemania las cooperativas son consideradas organizaciones para la promoción de la economía de sus miembros, lo cual las diferencia claramente de las mutuales y las asociaciones.

En el ámbito comunitario europeo la Economía Social alcanzó reconocimiento en 1989 dentro de la propia estructura de la Comisión que creó una unidad específica para entender en esta materia, ubicada dentro de la Dirección General XXIII. En 1998 se creó un órgano de enlace permanente con el sector bajo la denominación de Comité Consultivo de las Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CMAF), con lo que definió el alcance de la materia. Por otra parte, la Comisión impulsó la sanción de Reglamentos específicos de nivel europeo para las cooperativas, las mutuales y las asociaciones, de los cuales fue aprobado el primero bajo el nombre de Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) el 27.7.03.¹³

En América Latina la noción de Economía Social ha comenzado a arraigarse en las últimas décadas, siguiendo básicamente la orientación española cuya influencia es notoria en la producción teórica que se ha venido realizando. Las filiales del CIRIEC del Continente han tenido especial gravitación en este tema y hay países donde la preocupación pública y académica sobre la materia alcanzó un nivel de significativa importancia. Así ocurre en Colombia donde la propia Constitución Nacional reconoce a las organizaciones solidarias en varias disposiciones y la Ley 454 de 1998 se refiere específicamente a este tema, el cual es de competencia de un organismo especializado: el Departamento Administrativo de la Economía Solidaria; en Argentina donde funciona un Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social, a cargo del registro,

11. Jacques Defourny, "De la coopération a l'economie sociale", en *Congreso de Cooperativismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 72, nota 3.

12. Luis A. Carello, "La economía social en la República Federal de Alemania", en *Cooperativismo y Economía Social*, Intercoop, Buenos Aires, 1986, pág. 37 y ss. Por su parte, el prof. Hans-H. Münkner ha sido muy crítico de la concepción de la Economía Social y señaló que ella no tenía asidero en el contexto jurídico económico alemán ("Aspects juridiques de l'Economie sociale en Europe. Essai d'une definition de la notion d'Economie sociale", en *Boletín de Estudios y Documentación*, INFES, Madrid, marzo-abril 1989, pág. 31 y ss).

13. Sobre los antecedentes y contenido de este Estatuto ver Dante Cracogna, "Una novedad comunitaria: la sociedad cooperativa europea", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 208, Buenos Aires, agosto-septiembre 2004, págs. 983 yss.

fomento y contralor de las cooperativas y mutuales y en Brasil donde existe una Secretaría Nacional de Economía Solidaria dentro del Ministerio de Trabajo y Empleo, con dedicación especial al cooperativismo y asociativismo urbano.

IV. EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA

A esta altura cabe, pues, preguntarse cuál es la materia u objeto propio de la Economía Solidaria; cuál es el ámbito que ella abarca y qué la diferencia de otras manifestaciones de la organización y la actividad económica

De lo dicho antes se desprende la dificultad para conceptualizar el significado y los alcances precisos de la Economía Solidaria o Economía Social¹⁴ puesto que, según algunos, comprendería todas las organizaciones no lucrativas lo cual implica afirmar que incluye también a las empresas estatales, tal como sostiene la corriente germana desde Friedrich Benedict Wilhelm von Hermann.¹⁵ En este sentido, la titularidad de las empresas no resultaría relevante, pues podrían ser indistintamente públicas o privadas, como tampoco su estructura y organización ya que podrían ser de conducción unitaria, de participación o autogestionarias. Su única característica definitoria consistiría en la ausencia de finalidad lucrativa, pudiendo actuar dentro del campo del Derecho Público o del Derecho Privado, según fuera el caso. Según Hesselbach, en los autores alemanes se habrían formulado tres nociones sucesivas acerca de la "Economía de interés general", a saber: a) su identificación con el sistema económico que habría de sustituir al capitalista; b) su identificación con la economía del sector público como corrector de las empresas capitalistas y c) como concepto pluralista, que incluye variadas formas de empresas privadas y públicas.¹⁶ Resulta evidente que esta heterogeneidad atenta contra la unidad de objeto que es requisito esencial para la constitución de una rama autónoma del Derecho toda vez que, dependiendo de las circunstancias, debería regirse por los principios propios del Derecho Público o del Derecho Privado.

Si se admite que la Economía Solidaria circunscribe su ámbito a la manera francesa, exclusivamente a las organizaciones privadas no lucrativas, es decir al sector no gubernamental, queda todavía un amplio campo de indefinición puesto que entre

14. Es del caso puntualizar que, según algunos autores, la expresión Economía Solidaria designaría aquella en la cual sus operadores actúan con carácter mutualista –es decir mediante acciones recíprocas de mutuo interés- en tanto que la Economía Social sería aquella en la que la actuación es puramente benéfica.

15. Walter Hesselbach, *Las empresas de la economía de interés general*, Siglo XXI, México, 1978, pág. 16.

16. Walter Hesselbach, *idem*, cit. por Francisco Vicent Chuliá, quien manifiesta que la tesis del pluralismo empresarial se halla ampliamente recogida en la Constitución española de 1978. ("Perspectiva jurídica de la Economía Social en España", en *CIRIEC-España*, N° 2, Madrid, octubre-diciembre 1987, pág. 17).

las ONGs existe una variada gama de manifestaciones que van desde las fundaciones, patrimonios afectados al cumplimiento de una finalidad de interés público, sin dueños ni socios, hasta organizaciones que operan sobre la base de una organización democrática en la que todos sus socios participan en las decisiones con iguales derechos.

En esta misma línea, la doctrina española agrega a las sociedades laborales, principalmente anónimas, con lo cual viene a incorporarse al campo de la economía solidaria una forma jurídica de neto corte capitalista, como es la sociedad anónima, en la cual las decisiones sociales y el reparto de utilidades se conforman a una lógica de predominio del capital, aunque la mayoría de sus socios sean trabajadores. De tal suerte, la heterogeneidad aparece aun dentro del campo estricto del Derecho Privado.

Parecería que el esfuerzo orientado a lograr coherencia entre las organizaciones integrantes de la Economía Solidaria se enfrentara de manera insuperable con un conglomerado de diferentes institutos jurídicos que reúnen características irremediablemente diversas. Sólo en un nivel de abstracción y generalización muy elevado puede encontrarse un terreno común a todas esas organizaciones. Tal sería, sustancialmente, afirmar la noción de servicio como motor de la economía en lugar del lucro como sostiene la economía clásica. Se trataría de concebir la economía orientada a la satisfacción de las necesidades humanas en lugar de la búsqueda del provecho individual. Esta era la concepción de algunos autores alemanes del siglo XIX: F.B.W. von Hermann, W. Roscher y A. Schäffle, principalmente quienes pusieron los cimientos de la Economía de Interés General, como se la denominó posteriormente.¹⁷

Empero, es claro que llegados a ese nivel resulta forzoso admitir que dentro de ese campo de la economía se inserta también la actividad pública estatal que es, por definición, desinteresada y orientada al bienestar general y no al beneficio personal. De esa manera se pierden algunos rasgos tales como la voluntariedad, la libertad y la democracia, ausentes en las organizaciones económicas estatales caracterizadas por su naturaleza política, su estructura jerárquica y su organización burocrática.

Del lado de los franceses los esfuerzos teóricos por lograr coherencia han sido de mucho mérito pues procuran resolver la cuestión de la heterogeneidad mediante la búsqueda de los caracteres comunes que la experiencia de las organizaciones económicas es capaz de exhibir en una visión profunda y esencial. De eso se ocupó precisamente la *Carte de l'Economie Sociale* de 1982 elaborada conjuntamente por los distintos sectores interesados y también lo intentaron los autores que procuraron una síntesis cabalmente representativa de sus rasgos fundamentales. Sin embargo, el resultado ha debido hacer innegables concesiones al afán inclusivo, cuya expresión arquetípica es, sin duda, el artículo séptimo de la mencionada Carta, que reza: "Las empresas de la Economía Social proclaman que su finalidad está al servicio

17. Cfr. Hesselbach, op. cit., Cap. I.

del hombre.” La generalización resulta inevitable producto de la pretensión de reconducir a un mismo ámbito a entidades cuya disimilitud es evidente en varios aspectos como sucede con las cooperativas, las mutuales y las asociaciones.

La encomiable pero complicada aspiración francesa se manifiesta en la síntesis de principios básicos esbozados por Jeantet y Verdier quienes señalan: 1. asociación voluntaria; 2. participación democrática; 3. solidaridad interna y externa del grupo; 4. fin no lucrativo; 5. voluntad de mejoramiento moral e intelectual en el interior y el exterior del grupo.¹⁸ Sin embargo, aun circunscripta a la experiencia francesa, es obvio que la participación democrática, se da plenamente en las cooperativas, pero no necesariamente en las asociaciones que pueden organizarse para beneficiar a quienes no las integran, al igual que la asociación voluntaria no necesariamente se refiere a aquellos que gozan de sus beneficios. Por otro lado, también existen en las mutuales asociados adherentes que no cuentan con derecho de voto en todas sus decisiones o que solamente utilizan sus servicios. Igual crítica podría realizarse acerca del principio de solidaridad interna y externa del grupo.

El intento de Defourny parece más logrado, si bien a costa de reducir a cuatro los criterios de identificación, a saber: 1. gestión democrática; 2. ausencia de fin lucrativo; 3. libertad de adhesión y 4. independencia de los poderes públicos.¹⁹ Dejando de lado los comentarios antes efectuados acerca de los principios de democracia y voluntariedad, cabe destacar que esta enumeración incorpora un rasgo de singular relevancia –la independencia de los poderes públicos– que contribuye a delimitar un ámbito más acotado para definir la especificidad de estas organizaciones que supera así la excesiva latitud y heterogeneidad de otras definiciones.

Una cuestión que se plantea en varias de las concepciones de la Economía Social y que obviamente repercute sobre la caracterización de su perfil jurídico consiste en la inclusión de las fundaciones dentro de su ámbito toda vez que ellas no tienen miembros ni socios, por lo que no puede decirse a su respecto que reconozcan libertad de adhesión. Tampoco cabe afirmar que su gestión sea democrática puesto que, al no tener socios, de ninguna manera resultaría posible el ejercicio de la democracia; sólo el fundador puede designar a los administradores y, a lo sumo, éstos pueden a su vez designar a los que desempeñarán como tales en el futuro. Empero, por su propia naturaleza, la fundación no es de libre asociación ni de gestión democrática.

A lo dicho hay que sumar que en muchos casos las fundaciones están más cerca de la órbita del Derecho Público que del Derecho Privado, pues el Estado suele asumir competencias que invaden el campo de las decisiones relativas a su organización y gestión. Esta situación puede derivar de la política estatal en materia de determinadas prestaciones de carácter social acerca de las cuales se pretende una

18. Thierry Jeantet et Roger Verdier, *L'Economie sociale*, CIEM, Paris, 1984, pág. 9.

19. Jacques Defourny, “De la cooperation a l'Economie sociale, en *Congreso de Cooperativismo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 73.

suerte de privatización limitada o acotada. De esa manera, procurando quitar del ámbito público ciertas actividades de índole social, se trata de aliviar a la Administración pública de algunos quehaceres sin desprenderse enteramente de su tutela. Es aquí donde cabe traer a colación la categórica afirmación de J. Barea y J.R. Recalde, quienes sostienen que “la economía social no tiene nada que ver con la economía pública” y que, por lo tanto, “el sector público empresarial debería quedar fuera ...”²⁰ Evidentemente, se trata de una cuestión capital para definir el campo propio de la Economía Social y su régimen jurídico específico.

La misma suerte corre, por consiguiente, la pretensión de caracterizar al sector de la Economía Social en función de sus técnicas específicas de organización como lo intentaron algunos autores y lo hizo la comunicación de la Comisión al Consejo de la Comunidades en 1989, bajo el título “Las empresas de la Economía Social y la creación de un mercado europeo sin fronteras” donde se señala que dichas técnicas se fundamentan en los principios de solidaridad y participación, así como en los valores de autonomía y ciudadanía.²¹ Esta perspectiva comunitaria fue mantenida por la DG XXIII de la Comisión en la Conferencia Internacional de Budapest de 1999, en la que se señalaron cuatro características comunes a las organizaciones de la Economía Social, a saber: a) no perseguir un beneficio sobre el capital comprometido sino una razonable distribución de recursos entre los socios o usuarios; b) responder, por lo general, al principio “un hombre un voto”; c) flexibilidad y adaptabilidad en correspondencia con una sociedad cambiante y d) tratarse, por lo común, de asociaciones de personas, basadas en la libre participación y en la responsabilidad.²² Se advierte fácilmente el alto grado de generalidad de los rasgos apuntados, sin perjuicio de lo cual resulta forzado reconducir a ellos a las diferentes organizaciones que se reputan como integrantes del Sector Solidario.

Habiendo puntualizado las dificultades para acotar y unificar el ámbito de la Economía Social y, por consiguiente, para elaborar una teoría jurídica general y unitaria acerca de ella, corresponde a continuación hacer referencia a la aprehensión jurídica de cada una de las distintas organizaciones que suelen visualizarse como integrantes de este sector.

20. J. Barea y J.R. Recalde, “Análisis de la Economía Social en España”, en *Jornadas de Estudio sobre Universidad, Cooperativismo y Economía Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, pág. 42.

21. José M. Montolío, op. cit

22. José M. Montolío, op. cit.

V. ENFOQUE JURÍDICO DE LOS ACTORES DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA

Las organizaciones que por lo general se consideran integrantes de la Economía Social son las cooperativas, las mutuales, las asociaciones y las fundaciones.²³ Cada una de ellas reúne determinados caracteres jurídicos específicos y otros que son comunes a todas, pero no existen suficientes rasgos comunes como para considerarlas a todas como pertenecientes a una misma y única clase,²⁴ pudiendo señalarse que la referencia a las ONGs –expresión que hizo carrera en el ámbito de los organismos internacionales– por cierto que no contribuye a echar claridad sobre la cuestión.²⁵

Las asociaciones anidan claramente en el Derecho Civil donde acreditan una larga tradición. La doctrina francesa, que se ha ocupado de ellas con amplitud, las diferencia de las sociedades por tener un fin desinteresado; su objeto es siempre de bien común y de ninguna manera pueden distribuir entre sus asociados beneficios económicos. Tampoco tienen sus miembros derecho alguno sobre el patrimonio social el cual, en caso de liquidación, debe tener un destino de bien público. La actividad de estas organizaciones puede estar orientada en beneficio de sus integrantes o de terceras personas, pero siempre de manera no lucrativa, empleando por lo común el trabajo voluntario de sus propios miembros y canalizando a veces apoyos económicos que provienen de fuentes externas, sean públicas o privadas. La teoría jurídica de las asociaciones se halla ampliamente desarrollada dentro del campo del Derecho Civil, de manera que cuentan con un anclaje jurídico definido y aquilataado por una dilatada tradición.²⁶

Las mutuales, por su parte, si bien no cuentan con el mismo acervo doctrinario jurídico de las asociaciones, tienen acreditada una presencia histórica dentro del campo de la economía que se afianzó principalmente a partir de los graves desajustes sociales del Siglo XIX, aunque sus orígenes pueden remontarse a las primitivas formas de organización mutualista existentes ya en Grecia y Roma para la atención de ciertas contingencias como los sepelios y la ayuda entre miembros de un mismo

23. Así lo sostiene el Comité Económico y Social Europeo –órgano de consulta de la Comisión Europea cuando afirma que las empresas de la Economía Social pertenecen a “un conjunto de cuatro familias: cooperativas, mutualidades, asociaciones y fundaciones”. (Dictamen sobre “La diversificación económica en los países adherentes. Función de las PYMES y de las empresas de la economía social”, Bruselas 2004, CCM1/006-CESE 528/2004).

24. Es del caso recordar el intento de Piero Verrucoli de clasificar a estas entidades según diferentes ordenamientos jurídicos en *Non Profit Organizations (A Compative Approach)*, Giuffré, Milano, 1985, *passim*.

25. Cfr. Dante Cracogna, “Las llamadas ONG en el Proyecto de Código Civil Unificado”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, T 32, pág. 605 y ss.

26. Juan L. Páez, *Teoría y práctica de las asociaciones*, 3° edición, Ediar, Buenos Aires, 1964, Caps. II y III.

oficio o profesión. En rigor, las mutuales constituyen una variedad o especie dentro de las asociaciones civiles en general pues sus rasgos principales son idénticos, pero con el matiz peculiar del carácter mutualista que las define. En efecto, su objeto es la asistencia recíproca, pues los beneficios se brindan a los asociados sobre la base de la solidaridad: todos contribuyen para que cuando alguno sufre una determinada necesidad pueda la entidad brindarle la asistencia del caso. Si bien estos son los rasgos principales que las caracterizan dentro del conjunto de las asociaciones, la legislación de los diferentes países les brinda un tratamiento que puede tener características peculiares. A diferencia de lo que ocurre con las cooperativas, la existencia de una organización internacional –la AIM, Asociación Internacional del Mutualismo– no ha sido suficiente para asegurar un perfil universal de las mutuales y bajo esta denominación suelen incluirse entidades de características diferentes.

Por su lado, las fundaciones presentan un origen diferente a partir de los legados para obras pías en el Medioevo cristiano, si bien reconocen antecedentes más remotos.²⁷ Su condición es, básicamente, la de un patrimonio afectado a una determinada obra o propósito establecido por el fundador quien asimismo designa a los que habrán de administrar ese patrimonio con miras a asegurar el cumplimiento del objeto. Sobre las fundaciones también se ha desarrollado una teoría jurídica que integra el campo del Derecho Civil constituyendo un sujeto de derecho o persona jurídica que ha motivado amplio desenvolvimiento habida cuenta de su singular naturaleza que las diferencia netamente de las asociaciones y de las mutuales con las que sólo tienen en común su carácter no lucrativo. La penetración del ámbito de las fundaciones por parte del Estado ha provocado en ciertos casos algún desplazamiento de su radicación hacia el ámbito del Derecho Público y Administrativo en particular.²⁸

Finalmente, las cooperativas constituyen el núcleo de las organizaciones de la Economía Social y cuentan con una teoría jurídica propia. Ya en 1852 se dictó en Inglaterra la *Industrial and Provident Societies Act*, primera ley de cooperativas del mundo,²⁹ y poco más tarde fueron dictándose otras en Prusia, Francia y otros países de Europa. De tal suerte, hacia fines del Siglo XIX ya existía una caracterización legal propia de la cooperativa y comenzaba a despuntar una incipiente teoría jurídica de la cooperación que fue consolidándose y profundizándose con el transcurso del tiempo. En esta línea, la existencia de una serie de principios proclamados por la Alianza Cooperativa Internacional (ACI), universalmente reconocidos como tipificantes de las cooperativas, ha sido un factor de decisiva importancia. En base a

27. Cfr. Aldo Armando Cocca, *Las fundaciones*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 16.

28. Cocca, op. cit., pág. 207.

29. Laszlo Valko, "The First Co-operative Law", en *Essays in Modern Cooperation*, Washington State University Press, 1964, pág. 79 y ss.

ellos se definen las cooperativas y las legislaciones han ido crecientemente incorporándolos en forma explícita, al punto que algunas leyes caracterizan a las cooperativas mediante la referencia a los principios proclamados por la ACI.

Puede afirmarse que a comienzos del Siglo XX, es decir poco más de cincuenta años después de la fundación de la Cooperativa de Rochdale, ya las cooperativas tenían claramente definido su perfil legal y comenzaba a delinearse una elemental teoría jurídica de la cooperación. Cabe recordar que los Códigos de Comercio de México y Argentina de 1889 ya contenían disposiciones relativas a estas entidades. Con el transcurso del tiempo fue afianzándose esta tendencia tanto en Europa como en América Latina al punto que ha llegado a hablarse del “Derecho Cooperativo” y se escribieron numerosas obras sobre la materia y se crearon cursos y cátedras especializados.

Además de la autonomía legislativa y didáctica alcanzada, se fue abriendo camino progresivamente la noción relativa al núcleo propio de la materia: el “acto cooperativo” como elemento constitutivo básico de la teoría jurídica de la cooperación. Esta noción –que singulariza al Derecho Cooperativo al acotar un dato caracterizante original y exclusivo- ha venido cobrando un significativo desarrollo en el ámbito latinoamericano donde la legislación de la materia lo ha ido incorporando en forma creciente y al mismo tiempo la doctrina se fue ocupando de su estudio de manera progresiva. De tal suerte, puede decirse que con la noción del “acto cooperativo” se ha completado la teoría del Derecho Cooperativo con genuina pretensión de autonomía científica.

Los Congresos Continentales de Derecho Cooperativo fueron desarrollando y profundizando esta materia y sus ponencias y conclusiones brindan importantes elementos para afianzar su crecimiento. De igual manera ha sucedido con la creación de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo con sede en la Universidad de Deusto y la creación del Grupo Asesor Jurídico de la Alianza Cooperativa Internacional. Por su parte, la Recomendación 193 de la OIT sobre el Desarrollo de las Cooperativas y las pautas para la creación de un entorno favorable para el desarrollo de las cooperativas contenidas como anexo de la resolución de N° 56/114 de la Asamblea de la ONU de diciembre de 2001 contienen importantes elementos que afianzan el carácter de las cooperativas y su perfil jurídico singular.

De todo lo dicho surge claramente que las cooperativas constituyen el grupo de entidades de la Economía Social cuya naturaleza ha posibilitado el desarrollo de una teoría jurídica que llegó hasta la afirmación de la existencia de una rama específica del Derecho: el Derecho Cooperativo. Esta circunstancia distingue de manera relevante a las cooperativas de las otras formas jurídicas de la Economía Social, aunque puedan señalarse algunos rasgos comunes entre ellas. Debe apuntarse, sin embargo, que la aparición de un Derecho Cooperativo no es pacíficamente aceptada por la doctrina, especialmente por los mercantilistas que sostienen la pertenencia de estas organizaciones al ámbito del Derecho Comercial. Para fundar esta afirmación se suele sostener que las cooperativas no se diferencian de las sociedades comerciales por cuanto distribuyen excedentes entre sus miembros quienes

tienen la titularidad del capital social y, en última instancia, por cuanto ambas –cooperativas y sociedades- constituyen formas de organización de la actividad económica empresarial. El Tratado de Roma brinda sustento a esta tesis.³⁰

VI. CONCLUSIONES

De las consideraciones anteriores pueden desprenderse, aunque fuera con carácter provisorio, algunas conclusiones conducentes a responder el interrogante implícito en el título de este trabajo. Y merece la pena destacar tal carácter provisorio de ellas, pues, en línea con lo que se anticipó en la introducción, se trata de una materia eminentemente dinámica y cambiante como lo es por su naturaleza el Derecho, aun sin caer en la pretensión savignyana de considerar a éste como una emanación exclusiva del *Volksgeist*. Es que, así como no se hablaba acerca del Derecho Comunitario o del Derecho Cooperativo hace tan sólo unas décadas, de la misma manera, resulta difícil y arriesgado predecir hoy cuáles serán los *nuevos Derechos* cuya aparición podrían alumbrar los próximos decenios.

Sin embargo, hoy por hoy no parece viable postular la existencia de un *Derecho Solidario* toda vez que, según resulta del análisis realizado, el conjunto del material social sobre el que tal Derecho habría de versar constituye una suma de elementos que no acreditan suficiente grado de homogeneidad como para sustentar principios que sean comunes a todos ellos y a la vez distintos de los que fundamentan a las disciplinas jurídicas existentes. En este sentido debe tenerse presente que aun cuando pudieran existir leyes que regularan a las entidades de la Economía Social –sea en forma conjunta o separada- tal circunstancia no amerita por sí sola afirmar la existencia de un Derecho autónomo puesto que ley y Derecho no son una misma e idéntica cosa. La ley puede, efectivamente, constituir un inicio o punto de partida para la gestación de un Derecho, pero ciertamente no puede crearlo por su sola virtualidad. El legislador puede dictar leyes pero no puede crear Derechos. La existencia de un Derecho supone un proceso de maduración en el que convergen en forma armónica y constructiva los hechos sociales, las normas jurídicas y las valoraciones de la comunidad. Este proceso es advertido por los estudiosos y científicos jurídicos que van elaborando la construcción teórica que señalaba Ihering a fin de conceptualizar la nueva rama del Derecho que emergerá, finalmente, como un fruto maduro cuya aceptación social se halla implícita en su mera existencia.

30. El art. 58 del Tratado considera sociedades tanto a las del Derecho Civil como del Derecho Mercantil, incluidas las cooperativas.