Sentencia C-432/10

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Amplio margen de configuración legislativa al momento de establecer el criterio definitorio de la misma

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Concepto/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Criterios a los que puede acudir para definir concepto de actividad aseguradora

Para definir el concepto de actividad aseguradora, el legislador puede acudir a diversos criterios. Uno de ellos es el criterio material, que mira a la naturaleza misma de la actividad; desde este punto de vista, por ejemplo, podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma jurídica que revista. Otro criterio que podría ser utilizado sería el formal, que atendería principalmente a la forma jurídica utilizada para el desarrollo de la actividad; aquí podría el legislador indicar que la actividad aseguradora es la que se desarrolla bajo la forma jurídica del contrato de seguros, entrando a definir este último en todos sus elementos. Podría también utilizar elementos definitorios positivos o negativos, es decir podría señalar operaciones jurídicas que considera que constituyen actividad aseguradora, y otras que no considera como tales. Otro de los criterios a que podría acudir el legislador para definir la actividad aseguradora, sería uno de naturaleza orgánica, a partir del cual podría considerar como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente. Este criterio, por ejemplo, es que utiliza el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero cuando prescribe que "Cada vez que se aluda en este Estatuto a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se desprenda otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros." Criterio que también es acogido, en forma negativa, por el artículo 108 ibídem, en el cual el legislador, prescindiendo de ciertos elementos que materialmente podrían llevar a considerar que una actividad es aseguradora, expresamente la excluye de esta definición cuando dice: "En ningún caso los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de previsión y solidaridad que requieran de una base técnica que los asimile a seguros, podrán anunciarse como entidades aseguradoras y denominar como pólizas de seguros a los contratos de prestación de servicios que ofrecen."

SERVICIOS FUNERARIOS-Concepto/SERVICIOS FUNERARIOS-Naturaleza jurídica/SERVICIOS FUNERARIOS-Diferencias y similitudes con el contrato de seguros

CONTRATO DE SEGUROS-Elementos esenciales

CONTRATO DE SEGURO FUNERARIO O EXEQUIAL Y CONTRATO DE SERVICIOS FUNERARIOS-Diferencias

SERVICIOS FUNERARIOS-Personas jurídicas que pueden ofertar

SERVICIOS FUNERARIOS-No constituye una actividad aseguradora

LIBERTAD ECONOMICA Y DERECHO A LA IGUALDAD-Relación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carga mínima de argumentación

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos no puede entenderse como una limitación a los derechos políticos del ciudadano

TEST DE PROPORCIONALIDAD-Aplicación/TEST DEBIL DE PROPORCIONALIDAD-Criterios

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-Contenido y alcance

La Corte Constitucional ha considerado que los derechos de los consumidores comportan diversas pretensiones, intereses y situaciones, que van mucho más allá de la obtención de bienes y servicios que reúnan “unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor”. En efecto, el consumidor tiene derechos de contenido sustancial, tales como a ser informado, al igual que de carácter procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.), al igual que de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores). Ahora bien, dentro de este amplio espectro de derechos de que son titulares los usuarios, la Corte ha insistido en el amparo de la facultad que aquéllos tienen de elegir entre diversos proveedores de un mismo servicio.

LIBERTAD DE EMPRESA-Contenido y alcance

El artículo 333 Superior dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que igualmente, la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades. La libertad de empresa comporta entonces el derecho a instalarse para efectos de ejercer cualquier una actividad económica, adoptado para ello una determinada forma empresarial. De allí que, como lo precisa el mismo artículo 333 Superior, para el ejercicio de una actividad empresarial no se podrán exigir permisos previos ni requisitos distintos a los señalados expresamente en la ley. En este orden de ideas, el ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas. De tal suerte que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica "establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad".

LIBERTAD DE EMPRESA-Control del Estado

El ejercicio de la libertad de empresa se encuentra sometida a determinados controles estatales, los cuales son más intensos y permanentes, cuando quiera que se trate de actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público. En tal sentido, el artículo 335 constitucional dispone que, las actividades financiera, bursátil, aseguradora, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. Así mismo, en los términos del artículo 189.24 Superior, el Presidente de la República ejerce, de conformidad con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

LIBERTAD DE EMPRESA-Límites

La libertad de empresa, como cualquier derecho, puede ser limitado válidamente por el legislador, a efectos de preservar determinados bienes jurídicos constitucionales, tales como: la seguridad, la salubridad pública, la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el patrimonio cultural de la nación, el interés general, entre otros. En efecto, en los términos del artículo 333 Superior, el legislador intervine en la economía, a efectos de

asegurar la preservación del interés general, dentro de un sistema económico de mercado.

LIBRE COMPETENCIA-Corresponde al Estado asegurar su ejercicio entre quienes se dedican a una misma actividad económica/LIBRE COMPETENCIA-Finalidad

El artículo 333 Superior dispone que el Estado, por mandato de la ley, “impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”, es decir, que compete al Estado asegurar el ejercicio de la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado, es decir, entre quienes se dedican a una misma actividad económica, comercializan idénticos o equiparables productos, o bien prestan un mismo servicio. En tal sentido, asegurar la libre competencia conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos.

POSICION DOMINANTE-Concepto/POSICION DOMINANTE-Finalidad

En cuanto al concepto de posición dominante, la Corte ha tenido la ocasión de pronunciarse en dos ocasiones. Así, en sentencia C-616 de 2001, sostuvo lo siguiente: “Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores. En el mismo sentido, en relación con el fenómeno de la posición dominante en el sector salud, la Corte

consideró en sentencia C- 1041 de 2007 lo siguiente: “La posición dominante, por su parte, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología.

Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas

DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE EMPRESARIOS-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance/PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

La doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no

existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuado va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación. Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA ECONOMICA-Criterio que se debe adelantar

La Corte ha señalado que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas, como lo es la actividad aseguradora, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para

configurar el ordenamiento jurídico. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen.

LIBERTAD ECONOMICA Y DERECHO A LA IGUALDAD-Relación

Los artículos 333 y 13 de la Constitución se relacionan con particular énfasis al permitirle a todas las personas ejercer libremente la actividad económica que tengan a bien asumir, dentro de los límites del bien común. Consecuentemente, todos tienen derecho a la iniciativa privada y a la libre competencia, con las responsabilidades que ello apareja. Por su parte, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Vale decir, jurídicamente la libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos; por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Contenido y alcance

La confianza legítima opera para proteger al particular frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas respecto de una situación jurídica previamente existente. En tal sentido, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación. De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico,

en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica. La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte "Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política". Y que, este principio encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por el principio del interés general

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Desarrollo jurisprudencial/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Finalidad

El fundamento constitucional del principio de unidad de materia se halla en el artículo 158 Superior, el cual establece que "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella". Con base en la esta disposición constitucional, la Corte ha sentado una amplia jurisprudencia desarrollando el principio de unidad de materia, cuyo objetivo central consiste en racionalizar y tecnificar el proceso legislativo. Se pretende que las leyes regulen una determinada materia, lo cual no es sinónimo de un único y exclusivo tema. En efecto, bien puede suceder que una misma materia resulte regulada desde diferentes perspectivas o aproximaciones, complementarias todas ellas, sin que por ello se pueda alegar violación alguna al artículo 158 constitucional. En otras palabras, no desconoce tal principio una ley que contenga, por ejemplo, disposiciones sustantivas y procesales; normas encaminadas a la prevención y a la represión de determinada conducta humana; o normas que prevean la creación de determinada entidad y establezca unos procedimientos administrativos para actuar ante ella. Lo importante es, en definitiva, que todas las disposiciones que conforman el texto de una determinada ley apunten a la consecución de un mismo fin; que no existan cuerpos extraños o insulares en el texto de la ley, sino que, por el contrario, las diversas disposiciones que la conforman integren un todo armónico.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACION DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Metodología

La jurisprudencia constitucional ha definido la metodología a seguir en el examen de constitucionalidad por vulneración del principio de unidad de materia. Así, en primer término, es preciso determinar el alcance material o contenido temático de la ley parcialmente demandada y, en segundo lugar, verificar si la norma que ha sido cuestionada guarda con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica con la misma. Al respecto la Corte ha señalado: “Resulta fundamental determinar el núcleo temático de una ley pues es ese núcleo el que permite inferir si una disposición cualquiera vulnera o no el principio de unidad de materia. En ese sentido resultan valiosos elementos como el contenido de la exposición de motivos en cuanto allí se exponen las razones por las cuales se promueve el ejercicio de la función legislativa y se determinan los espacios de las relaciones sociales que se pretenden interferir; el desarrollo y contenido de los debates surtidos en las comisiones y en las plenarias de las cámaras; las variaciones existentes entre los textos originales y los textos definitivos; la producción de efectos jurídicos en las distintas esferas de una misma materia; su inclusión o exclusión de la cobertura indicada en el título de la ley; etc. La valoración conjunta de todos esos elementos permite inferir si una norma constituye el desarrollo de la materia de la ley de que hace parte”.

NORMA ACUSADA-Se limita a organizar el mercado de la prestación de los servicios funerarios y seguros exequiales/NORMA ACUSADA-Contenido y alcance meramente económico

La norma acusada, como se explicó, se limita a organizar el mercado de la prestación de los servicios funerarios y de los seguros exequiales, disponiendo que las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, “independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes”. De manera complementaria, prevé que las empresas aseguradoras, “autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado”. Como se puede observar, la norma acusada no regula realmente la clase de ceremonia, religiosa o no, mediante la cual, la persona previamente o

sus deudos, deciden llevar a cabo las correspondientes honras fúnebres. En efecto, el legislador no estableció rito o formalidad alguna, que pudiera llegar a afectar, llegado el caso, el disfrute de derechos fundamentales. En tal sentido no se reguló, por ejemplo, el destino final que debe dársele al cadáver, ni se interfiere en la decisión de la persona, o de sus familiares, en cuanto a su deseo de llevar a cabo o no una ceremonia de carácter religioso o laico con determinadas características. Por el contrario, la medida es de contenido y alcance meramente económicos, por cuanto se encamina simplemente a organizar un determinado renglón de un sector productivo, en concreto, el atinente a la prestación de determinados servicios, como lo son los exequiales.

Referencia: expediente D-7946

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

Demandante: Roberto Junguito Bonnet.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Roberto Junguito Bonnet demanda el artículo 86 de la ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”, por considerar que vulnera los artículos 13, 19, 42, 78, 83, 158 y 333 Superiores.

El Magistrado Sustanciador, mediante Auto de cinco (5) de noviembre de 2009, admitió la demanda, dispuso su fijación en lista y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia ordenó oficiar al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Defensoría del Pueblo, a la Superintendencia de Sociedades y a las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario y Externado, a efectos de que intervinieran impugnando o defendiendo la disposición acusada. Así mismo, se ordenó oficiar a la Superintendencia Financiera, con el propósito de que dentro de los cinco días siguientes, rindiera un concepto técnico acerca del problema jurídico planteado en la demanda.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcribe la norma demandada de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 47.411 del 15 de julio de 2009:

LEY 1328 DE 2009

(julio 15)

Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

“ARTÍCULO 86. Adicionase un inciso 2o y un parágrafo 3o al artículo 111 de la Ley 795 de 2003, los cuales quedarán así:

Las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, independientemente de que las cuotas

canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes.

PARÁGRAFO 3o. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).

III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

El ciudadano Roberto Junguito Bonnet demanda la inconstitucionalidad del artículo 86 de la ley 1328 de 2009, "Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones", por considerar que vulnera los artículos 13, 19, 42, 78, 83, 158 y 333 Superiores.

Inicia su demanda resumiendo los cargos de la siguiente forma:

"La norma demandada viola el artículo 78, en conexidad con el artículo 16 de la Constitución, porque desconoce el núcleo esencial del derecho constitucional de los usuarios a escoger libremente entre servicios alternativos – puesto que prohíbe los seguros de exequias con indemnización en especie como vía para acceder a servicios funerarios- y les impone a los usuarios prohibiciones y cargas onerosas que son manifiestamente irrazonables y desproporcionadas.

La norma demandada es lesiva del derecho a la libre competencia garantizado por el artículo 333 de la Constitución, porque excluye a un competidor de un mercado determinado y le prohíbe ofrecer un servicio lícito, vgr. el seguro de exequias con indemnización en especie. Además, le impone a los usuarios que adquieran un seguro de exequias con indemnización en dinero la carga de pagar directamente el monto del servicio funerario a las empresas que compiten con las aseguradoras. El artículo 86, mediante la creación de prohibiciones y la imposición de cargas onerosas, orienta a todos los usuarios hacia uno de los competidores en

el mercado, lo cual propicia la consolidación de la posición dominante de un grupo de competidores sobre otros y saca del mercado a las aseguradoras, en desmedro del derecho a la libre competencia. También introduce una regla jurídica que de manera directa y manifiesta “desequilibra la igualdad de condiciones normativas en las que cada una acude al mercado”.

La norma demandada viola el artículo 13 de la Constitución porque divide, sin justificación objetiva alguna, en dos clases, a las empresas que concurren materialmente ante los mismos usuarios a ofrecerles vías de acceso diversas a servicios funerarios, y esta clasificación es efectuada para perjudicar a unas empresas – las de la única clase compuesta por las aseguradoras- y privilegiar a otras – las de la clase compuesta por todas las demás empresas -, lo cual constituye un trato diverso que es manifiestamente irrazonable.

El artículo 86 demandado, al cambiar abruptamente las reglas de juego en el ámbito de los seguros de exequias y omitir establecer un período de transición, viola el principio de confianza legítima (artículo 83, en conexidad con el artículo 1 de la Constitución). El artículo 86 prohíbe actividades lícitas, excluye a unas empresas que venían operando con autorización del estado desde hace décadas y crea cargas muy gravosas para los usuarios que contraten con tales empresas, pero no fija ningún período de transición, a diferencia de lo que sí hizo respecto de las empresas no aseguradoras en 2003.

La norma demandada viola el artículo 158 de la Constitución porque desconoce el principio de unidad de materia ya que carece de conexidad siquiera causal, teleológica, temática o sistemática con la materia principal de la ley 1328 de 2009.

El artículo 86 demandado afecta el goce efectivo del derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar (artículo 42 de la Constitución) y puede incidir negativamente en el ejercicio el culto religioso (artículo 19 de la Constitución), porque ha creado un obstáculo para que los familiares del difunto ejerzan estos derechos fundamentales, tal como lo habían decidido de manera autónoma en el seno de la familia para honrar al ser querido fallecido en el contexto de la ceremonia fúnebre que tenían programada de acuerdo con sus creencias religiosas. Este obstáculo es insalvable para las personas más pobres, las cuales son las principales beneficiarias de los seguros de exequias, habida cuenta del elevado costo de un servicio funerario como proporción de sus ingresos”.

Luego de explicar brevemente el contenido de la demanda, explica el ciudadano que la misma se ocupa de dos servicios distintos, desde el punto de vista de su denominación formal: los servicios funerarios, como manifestación de las actividades de empresas que no son entidades aseguradoras; y los segundos, son los seguros de exequias, como manifestación de la actividad aseguradora prestada por entidades aseguradoras. Ambos servicios se prestan a favor de individuos y familias de una misma empresa; operan en un mismo mercado, pero su significado sobrepase el ámbito de lo meramente económico, tocando con el ejercicio de derechos fundamentales. Al respecto explica:

"Si bien formal y nominalmente estos dos servicios son distintos, desde el punto de vista material ambos se prestan a los mismos usuarios con el fin de atender las mismas necesidades en un mismo contexto. En efecto, ambos servicios son prestados a personas que desean que al momento de su propio fallecimiento o de la muerte de un familiar cercano o de personas a su servicio, los aspectos organizativos del sepelio sean asumidos por un tercero y los costos del mismo sean pagados por dicho tercero. Esto les permite a los deudos dedicarse a honrar a sus familiares fallecidos de conformidad con sus creencias y siguiendo los ritos correspondientes. Este tercero es una compañía de seguros cuando el usuario adquiere un seguro de exequias. La aseguradora le presta asistencia al tomador o a los beneficiarios del seguro en tales aspectos, de conformidad con lo que fue previamente acordado en el contrato de seguro. Por lo tanto, el pago de la indemnización se hace en especie y consiste en todo el servicio funerario previsto en la póliza de seguro, el cual es financiado por la aseguradora. Cuando el usuario adquiere directamente el servicio funerario, este tercero es una empresa distinta a una aseguradora. El pago lo hace a cuotas o mediante dos modalidades. En la modalidad "prepago" el usuario empieza a pagar por anticipado, con antelación suficiente, el servicio funerario que ha adquirido y que él mismo o sus familiares deben pagar en su integridad. Si el servicio funerario debe prestarse antes de que haya sido completamente "prepagado", las sumas faltantes deben ser pagadas posteriormente. En la modalidad del llamado "contrato provisional", si las cuotas prepagadas no alcanzan a cubrir el monto del servicio funerario, el usuario o sus familiares no están obligados a pagar el saldo pendiente. Es como si las cuotas prepagadas fueran primas de un seguro y el vendedor de los servicios funerarios asumiera el riesgo de financiar integralmente el sepelio.

Según el demandante, la norma acusada cercena tales posibilidades a los usuarios, por cuanto, en adelante, no podrán elegir entre una aseguradora y una empresa que venda

servicios funerarios, “porque si elige comprar un seguro de exequias tendrá que pagar, él o sus familiares, de su propio bolsillo todo el entierro y ocuparse directamente de la organización del mismo, precisamente dos cargas de las cuales quería desprenderse. También excluye a las aseguradoras de ciertas actividades y les prohíbe ofrecer seguros que le quiten al tomador o sus beneficiarios la carga organizativa del entierro y el costo de pagarlo en su integridad. La disposición favorece expresa y específicamente a unas empresas que son las únicas que tienen el privilegio de ofrecer estos dos beneficios”.

Más adelante, el ciudadano deduce las siguientes reglas de la norma acusada:

“En primer lugar, introduce una serie de prohibiciones todas aplicables a las aseguradoras.

* Les está prohibido prestar directamente los servicios exequiales.

* Les está prohibido indemnizar en especie

* Les está prohibido pagar la indemnización al tomador o sus beneficiarios antes de que ellos mismos paguen el monto del servicio funerario asegurado

* Como consecuencia de ello les está prohibido seguir desarrollando la actividad aseguradora lícita que venían prestando en beneficios de millones de personas.

En segundo lugar, amplía las permisiones para las empresas que no son aseguradoras.

* Les permite prestar servicios funerarios directamente y en especie

* Les permite prestarlos independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos.

* Les permite regular el servicio exequias acudiendo a cualquier forma jurídica

* Les permite definir en esa forma jurídica las obligaciones de las partes sin ninguna limitación

* Como consecuencia de estas nuevas permisiones, les autoriza a empresas que no son aseguradoras asumir el traslado de riesgos atinentes a los servicios funerarios sin ninguna condición que garantice que los usuarios efectivamente van a recibirlos puesto que todo ha sido librado a la voluntad de las partes.”

Insiste entonces el demandante que la norma acusada conduce a que las aseguradoras sean las únicas que no puedan participar en la prestación de servicios funerarios mediante el ofrecimiento de seguros exequiales con indemnización en especie, que alivie las cargas del tomador o sus beneficiarios, “en medio del sufrimiento y del desarrollo del culto asociado a la muerte de un ser humano, de organizar el entierro de un ser querido”. Por el contrario, concede ventajas a unas empresas, que son las únicas que pueden ofrecerle a las personas la posibilidad de despreocuparse en relación con los aspectos organizativos del sepelio de su ser querido.

De igual manera, explica que la norma acusada termina por perjudicar a los usuarios del servicio funerario, precisamente en un momento tan doloroso como lo es el fallecimiento de un ser querido. En efecto, los deudos quieren evitar la carga de organizar los detalles del entierro, e igualmente “el usuario que carezca de recursos para financiar el sepelio no podrá exigirle a la aseguradora con la cual contrató el seguro de exequias, que cancele el valor del mismo, sino que está obligado a acudir, en esas circunstancias de profunda aflicción, a alguien que le preste el dinero para pagar el entierro y, solo después de haber sufragado el monto del servicio funerario asegurado, le está permitido solicitarle a la aseguradora que lo indemnice en dinero”.

Argumenta asimismo el demandante que no se trata únicamente de un problema económico, sino que presenta implicaciones desde la perspectiva de los derechos fundamentales, por cuanto no se trata de regular la pérdida o el daño a las cosas, sino del dolor de los deudos. En efecto, quien adquiere un seguro funerario no sólo pretende liberarse de la carga económica que comportan las exequias, sino que desea prever las circunstancias en las cuales participará en el culto para despedir a su ser querido, es decir, desentenderse de los detalles de la ceremonia.

Cita a continuación algunas sentencias proferidas por la Corte en relación con el tema del tratamiento de los cadáveres, así como el derecho que le asiste a los familiares a honrar a

sus muertos, e incluso, a disponer acerca del lugar donde yacerán.

Luego de analizar el contenido de los referidos fallos, el demandante afirma que el artículo 86 acusado plantea el siguiente interrogante: “¿puede el legislador, sin violar la Constitución, impedir que los familiares del fallecido decidan en qué condiciones quieren dedicarse al culto mediante el cual honrarán al ser querido fallecido?”. Al respecto, el ciudadano responde que la norma acusada realmente le impide a los familiares elegir evitar la penuria de dedicarse a los detalles organizativos del sepelio y, para ello, opten por adquirir un seguro de exequias mediante el cual los detalles organizativos del sepelio se trasladan a una aseguradora, según las condiciones previamente acordadas en la póliza.

Así pues, según el demandante, la norma acusada prohíbe que el pago del seguro de exequias se acuerde en especie, es decir, que los familiares reciban como indemnización la realización del servicio funerario en las condiciones acordadas, e igualmente “obliga a los familiares, tomador o beneficiarios, a pagar directamente el monto del servicio funerario, es decir, a sufragar los gastos del sepelio y todo lo que lo acompaña, lo cual es especialmente gravoso para las familias pobres, hasta el punto de truncar la posibilidad de éstas de honrar a su familiar fallecido como lo desearían”.

Más allá de los derechos fundamentales relacionados con la intimidad de la familia, el ciudadano plantea que los usuarios o consumidores tienen igualmente el derecho a elegir el servicio de su preferencia; lo anterior, en un ambiente de libre competencia económica.

Al respecto, sostiene que los usuarios sólo pueden elegir si existe competencia entre diversos prestadores de un mismo servicio o productores de bienes. Por el contrario, “los monopolios restringen las opciones al alcance de los consumidores y usuarios. Las empresas sólo podrán ejercer su iniciativa privada si se les permite competir en los diferentes mercados existentes, de manera libre y responsable”.

Sobre el particular, insiste el demandante en el hecho de que las aseguradoras venían ofreciendo tales servicios de indemnización en especie, desde hace años; actividad que habían venido desarrollando cumpliendo con los requisitos legales y las autorizaciones previas señaladas en la ley. Por el contrario, la norma acusada impide la realización de una actividad lícita, sin siquiera haber contado con un período de transición “no sólo para las aseguradoras sino para cerca de un millón de tomadores de pólizas de seguro de exequias

con indemnización en especie, a los cuales no se les podrá mantener, como lo esperaban de buena fe, la continuidad de los respectivos contratos en los términos pactados".

A continuación, el ciudadano desarrolla cada uno de los cargos de inconstitucionalidad que plantea contra la norma acusada, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

"El artículo 86 de la ley 1328 de 2009 viola el derecho de los usuarios a elegir libremente, con conexidad con el libre desarrollo de la personalidad, y por lo tanto, contradice los artículos 78 y 16 de la Constitución".

(…)

El artículo 86 afecta el goce efectivo del derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar, y por lo tanto viola el artículo 42 de la Constitución y puede incidir negativamente en el ejercicio de la libertad de cultos, violando el artículo 19 de la Constitución.

(…)

El artículo 86 viola el derecho a la libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política.

(…)

El artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 viola el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

(…)

El artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 viola el principio de confianza legítima y por lo tanto, contraría el artículo 83, en conexidad con el artículo 1 de la Constitución.

(…)

El artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 viola el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, el cual ha sido calificado por la Corte como un vicio de competencia, no de procedimiento".

IV. PRUEBAS.

El Despacho, mediante auto del 5 de noviembre de 2009, decretó como prueba solicitarle a la Superintendencia Financiera se sirviera rendir un concepto técnico acerca de los problemas jurídicos planteados en la demanda.

El mencionado concepto fue recibido en la Secretaría General de la Corte el 18 de noviembre de 2009. Dada su importancia para la resolución del caso concreto, el Despacho transcribe los siguientes apartes del mismo:

"Para el caso del seguro exequial, ha sido una práctica común que las entidades aseguradoras indemnicen a los beneficiarios de las pólizas, pagando los gastos funerarios en que se incurran por el fallecimiento de cualquiera de los asegurados, específicamente en el mismo contrato de seguro, que la compañía "RECONOCERÁ EL VALOR DE LOS SIGUIENTES SERVICIOS FUNERARIOS, LOS CUALES SERÁN PRESTADOS POR LAS FUNERARIAS ADSCRITAS A...". En este punto se pasan a especificar los servicios cubiertos por la póliza, en diferentes etapas, a saber:

* EN LA AFILIACIÓN

* EN EL DECESO

* DURANTE LA VELACIÓN

* EN EL CORTEJO

* DESTINO FINAL

* REPATRIACIÓN DE CENIZAS

* SERVICIOS POST-EXEQUIALES

De esta manera, la compañía de seguros indemniza pagando los servicios a la respectiva funeraria, debiendo el beneficiario presentar a la funeraria únicamente, para efectos de la atención requerida, "FOTOCOPA DEL CERTIFICADO PÓLIZA, COPIA DEL DOCUMENTO DE

IDENTIDAD DEL FALLECIDO Y CERTIFICADO MÉDICO DE DEFUNSIÓN (sic)".

La prestación de este seguro no ha tenido mayores dificultades para los clientes. Lo anterior se evidencia en el bajo número de quejas presentadas contra las compañías de seguros por los usuarios, ante esta Superintendencia, lo cual daría lugar a suponer una debida prestación del servicio por parte de las aseguradoras.

Ahora bien, en relación con la modificación introducida por la Ley 1328 de 2009…esta Delegada considera que lo anterior constituye una situación más gravosa para el tomador, quien tendrá que asumir por su cuenta los servicios funerarios respectivos para poder acceder al pago de la indemnización contratada con la compañía de seguros.

En este sentido, la ley 1328 de 2009 crea una ventaja comparativa hacia los servicios funerarios contratados con las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro, o las sociedades comerciales, pues éstas pueden prestar directamente y en especie el servicio funerario.

Contrario a lo anterior, las entidades aseguradoras sólo pueden indemnizar en dinero al tomador o beneficiario de la póliza, previa comprobación por parte de éstos del pago del monto del servicio funerario asegurado, lo que crearía un desequilibrio para el sector asegurador frente a las empresas autorizadas por la ley para prestar el servicio. (negrillas originales).

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

1. Mario Germán Iguarán Arana.

El ciudadano Mario Germán Iguarán Arana interviene en el proceso de la referencia para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

El interviniente señala que el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 fue declarado exequible, por aspectos formales y de fondo, mediante sentencia C- 940 de 2003. En dicho fallo se insistió en la precariedad de la norma acusada y en los vacíos que dejaba, los cuales precisamente trataron de ser superados adicionando el contenido del artículo 111 de la Ley 795 de 2003

mediante la norma demandada.

Al respecto explica que a través de la norma acusada se materializó el querer legislativo de precisar el sentido del artículo 111 de la Ley 795 de 2003, en los siguientes aspectos: a) expresamente estableció la clase de empresas que podían prestar directamente y en especie los servicios funerarios (entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales). Se exceptuó a las empresas aseguradoras, pues su naturaleza no les permite que se dediquen a este tipo de actividades concernientes a dar destino final a los restos humanos; b) la obligación de prestar los servicios funerarios en especie a cargo de las funerarias es la consecuencia directa de la cancelación de unas cuotas, sin que las mismas cubran o no el valor de las honras fúnebres; y c) las obligaciones entre las funerarias y los beneficiarios del servicio pueden pactarse en cualquier forma negocial, entendida por tal el contrato en el que se contengan los derechos y obligaciones entre la funeraria y el afiliado.

Más adelante explica:

Tal claridad y precisión fueron criterios que igualmente utilizó el legislador para delimitar las actividades que podían realizar tanto aseguradoras como empresas funerarias, contenidos en la segunda parte de la norma impugnada.

Fue así como en el parágrafo tercero de la norma demandada, el legislador delimitó claramente la forma en que concurren al mercado las aseguradoras y las empresas de servicios funerarios: dentro del objeto social específico de las primeras se encuentran las diferentes actividades susceptibles de aseguramiento, verbigracia, seguros de vida, seguros contra el hurto, incendio, terremoto, etc. Por esta razón pueden ofrecer seguros exequiales. Las segundas ofrecen la prestación directa y en especie de servicios funerarios, que es si objeto social exclusivo, no pueden dedicarse a otra cosa distinta a honras fúnebres, esto es, arreglo del cuerpo, velación, traslado, inhumación, cremación, etc.”.

Explica igualmente que, en el seguro de exequias, una vez presentado el siniestro, surge en cabeza de la aseguradora la obligación de indemnizar por la asunción del riesgo. Lo anterior por cuanto “dentro del giro ordinario de los negocios de las aseguradoras no está la de prestar servicios funerarios”. Por el contrario, en el contrato de prestación de servicios funerarios, presentada la muerte del afiliado, surge la obligación a cargo de la empresa

funeraria de prestar los servicios funerarios directamente y en especie.

Asegura asimismo que para el legislador era claro que las aseguradoras, en el seguro exequial, no podían ofrecer indemnización en especie, debido a que no se trataba de un seguro de daños o sobre cosas que puedan reponerse, en los términos del artículo 1110 del Código de Comercio.

Argumenta que con la adopción del artículo 86, el legislador buscó la consecución de los siguientes objetivos: a) restablecer una distorsión que se presentaba en el mercado, originada en el hecho de que la indemnización en especie ofrecida por las aseguradoras en el seguro de exequias conducía a que los usuarios no recibían una indemnización integral, proporcional a la prima pagada por el traslado del riesgo; y b) poner fin al ofrecimiento de esta clase de indemnización sin autorización legal.

Agrega que "como lo manifestó uno de los congresistas, las aseguradoras contratan con las funerarias las honras fúnebres de los tomadores o beneficiarios de tal seguro, en donde la indemnización consiste en el pago en dinero a esta última por el costo de las honras fúnebres, sin que el dinero restante llegue a manos de los usuarios (tomador del contrato de seguro), con el consecuente enriquecimiento sin causa de las aseguradoras".

Afirma que, una interpretación armónica de la ley 1328 de 2009 indica que, una vez presentado el siniestro, la aseguradora tiene la obligación de indemnizar en dinero, lo que de suyo no supone en cabeza del usuario la carga de pagar previamente los costos del servicio a la funeraria y luego acudir a la aseguradoras para que cancele la indemnización correspondiente.

En cuanto a los cargos específicos, el interviniente considera que no están llamados a prosperar, por las siguientes razones.

En relación con la violación al artículo 158 Superior sostiene que sí guarda relación temática y teleológica con el título y con el contenido de la ley 1328 de 2009. En efecto, la ley regulo lo referente a los temas financieros, de mercado de valores y de seguros; de allí que la norma acusada se inscribe dentro de los aspectos regulados por esa normatividad.

En lo que atañe a la supuesta vulneración del artículo 78 Superior, referente a los derechos

de los consumidores, estima que tampoco se vulnera por cuanto las aseguradoras y las funerarias no ofrecen los mismos servicios. Mientras que las empresas funerarias ofrecen a los usuarios servicios funerarios en especie, es decir, se ocupan físicamente de la última morada de un ser humano, al paso que las aseguradoras venden el seguro exequias, con la obligación de indemnizar; materialmente, no preparan el cuerpo, no se dedican a las honras fúnebres. De allí que "el contenido de la norma demandada no influye sobre la posibilidad que tienen los usuarios de escoger la clase de empresa que puede prestarle los servicios funerarios en especie, pues es claro que los mismos siempre serán prestados directamente por las empresas que dentro de su objeto social específico se dediquen a honras fúnebres. Actividad que no es del objeto social específico de las aseguradoras".

Por otra parte, en relación con la violación del artículo 333 Superior, sostiene el interviniente que tampoco se vulnera, por cuanto la norma demandada no introdujo prohibición alguna a las aseguradoras de indemnizar en especie en los seguros exequiales, por cuanto lo que hizo el legislador fue reiterar el contenido de lo regulado en el artículo 1110 del Código de Comercio, en el sentido de que esta clase de seguro, por no tratarse de cosas, no puede indemnizarse mediante reposición, reparación o reconstrucción de la misma.

Así mismo, afirma el interviniente que no se presente violación alguna al artículo 13 Superior, por cuanto el demandante se limita a hacer una adecuación forzoso de los criterios establecidos por la Corte Constitucional para distinguir entre discriminación y diferenciación como forma de determinar el alcance del principio de igualdad.

De igual forma, sostiene que tampoco debe proceder el cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de la buena fe, ya que el legislador se limitó a aclarar la restricción que ya tenían las aseguradoras desde 1971 en el Código de Comercio.

Por último, en lo que concierne a la violación a los artículos 42 y 19 constitucionales, sostiene que, de llegar a configurarse un verdadero cargo de inconstitucionalidad, éste tampoco procedería por cuanto se trata simplemente de una interpretación subjetiva de la norma acusada, además de ser un efecto de la falta de organización administrativa, logística y adecuada de las aseguradoras, que impide que el dinero se ponga inmediatamente en manos de los deudos.

2. Universidad del Rosario.

El ciudadano Juan Jacobo Calderón Villegas, actuando en representación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte que declare inexequible la disposición acusada.

Comienza señalando que, antes de la adopción de la norma acusada, el mercado "portador de factor asegurativo" se encontraba compuesto por (i) los agentes que prestaban el servicio funerario a través de contratos que obligaban a la prestación del servicio, a pesar de no encontrarse cubierta la totalidad del valor de tales servicios al momento de la muerte; y (ii) por las sociedades aseguradoras que celebraban el contrato de seguro exequias con el pago en especie.

Al respecto, precisa que la norma acusada conduce a establecer un obstáculo normativo al mercado de los seguros exequiales en especie. En efecto, a partir de entonces, las compañías aseguradoras sólo pueden amparar este tipo de servicios mediante el pago de indemnización en dinero, "previa realización del pago correspondiente a la entidad que presta servicios funerarios".

A renglón seguido, el interviniente sostiene que el debate entorno a la norma acusada gira sobre la existencia de, al menos, dos posiciones que se encuentran constitucionalmente garantizadas por normas con estructura de principio. Ello supone –explica el ciudadano- que se trata de posiciones prima facie, cuyo eventual carácter definitivo depende de los resultados de su confrontación con los fundamentos que podrían justificar las restricciones. Existiría por tanto por una posición que se adscribe a la Constitución económica, y otra a la Constitución iusfundamental.

En cuanto a la Constitución económica afirma que se garantiza la libre competencia y la iniciativa privada, lo cual conduce a disponer de condiciones adecuadas y permanentes de acceso a los mercados en igualdad de condiciones. De allí que, los límites al ingreso a los mercados deberá responder a razones suficientes, que superen un test de proporcionalidad.

La segunda posición, referente a los derechos fundamentales, apunta a que la norma acusada vulnera aquellos de los deudos, en la medida en que no pueden contar con unos servicios funerarios prestados de forma suficiente y oportuna.

Explica que, mientras que en materia de intervención económica el legislador cuenta con un

margen de configuración normativa amplio, en el segundo, es decir, el referente a los derechos fundamentales, resulta ser menor debido al elevado peso abstracto que aquéllos poseen. De allí que, mientras que en el primer escenario el control de constitucionalidad será ejercido de manera débil, en el otro lo será de forma intensa.

Luego de proponer la realización de un test intermedio de proporcionalidad, el interviniente señala que, un examen de la norma acusada evidencia que con su adopción no se persigue la consecución de ningún objetivo constitucionalmente admisible. Es más, si los mejores mercados son aquellos en los que existe una pluralidad de oferentes y demandantes, no se justifica que se excluya a uno de ellos como son las aseguradoras; ni siquiera para beneficiar al sector cooperativo. En efecto, la reducción de la competencia se vincula usualmente con precios elevados y baja calidad.

3. Julio César Ortiz Gutiérrez.

El ciudadano Julio César Ortiz Gutiérrez intervino en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarara exequible la disposición acusada.

Inicia su intervención señalando que la norma demandada no se encuentra afectada por vicio alguno de trámite, por cuanto su aprobación se vio precedida de los correspondientes debates parlamentarios.

En este orden de ideas, explica que la libertad con que cuenta el legislador se amplía debido a que el artículo 334 constitucional le encarga al Estado la dirección general de la economía, por lo cual se permite una mayor restricción de la libertad económica de los particulares, en aras del interés general. De lo anterior se desprende que, en materia de regulación económica, el examen de constitucionalidad sobre las normas debe flexibilizarse, para permitirle al Estado cumplir la función de asegurar la prevalencia del interés general, en tanto y en cuanto, ello no dé lugar a una restricción desproporcionada de los derechos de los individuos.

En relación con el caso concreto señala que “El artículo demandado está referido a asuntos típicamente económicos, como la delimitación tanto del seguro exequias, como de la previsión exequias, y las condiciones de ejecución de estas modalidades de negocios jurídicos; por ello, en el desarrollo de la previsión exequias y, en general, de los servicios

funerarios, el legislador tiene un amplio margen de configuración, ante los escasos límites constitucionales para la regulación de este tipo de actividades y, especialmente frente a la actividad aseguradora, el Congreso tiene la posibilidad de profundizar al máximo la intensidad de su regulación, por tratarse de una actividad de interés público, tal como lo establece el artículo 335 de la Carta".

Asegura que la norma acusada busca prevenir, entre otras cosas, una futura integración vertical entre las aseguradoras y las funerarias, al igual que la existencia de situaciones de posición dominante.

Por otra parte, en lo que concierne al artículo 78 Superior, referido a los derechos de los consumidores, estima que no se vulnera ya que "no hay que perder de vista que las aseguradoras no pueden prestar el servicio funerario directamente y cuando ofrecían y suscribían pólizas exequiales, en donde se comprometía la prestación de servicios funerarios, es decir, el pago de la indemnización en especie, en realidad se estaba induciendo al usuario a un error en la información sobre lo contratado en el seguro exequias, pues se le hacía creer que la prestación del servicio está cubierta, pero no lo estaba porque dentro del objeto social de la aseguradora no está la prestación de ese servicio; lo que sucedía era que la aseguradora actuaba de intermediaria frente al que realmente estaba habilitado para prestar el servicio y en efecto lo prestaba: la empresa funeraria".

Así mismo, sostiene que no se presenta violación alguna del artículo 333 Superior, por cuanto la actividad aseguradora sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en tales materias. Así pues, no existe una plena aplicación del derecho a la libre competencia en esta categoría de actividades, precisamente porque se trata de las únicas que tienen una estricta restricción constitucional para su ejercicio y con claros e intensos mecanismos de intervención, control, inspección y vigilancia estatal.

En lo que concierne al derecho a la igualdad estima que tampoco se encuentra vulnerado por cuanto no se encuentran un mismo plano las aseguradoras y las empresas funerarias. Lo anterior por cuanto "es evidente que las empresas aseguradoras no están en el mercado de la prestación de servicios funerarios, sino en el mercado de servicios financieros, según el cual aseguran un capital para sufragar la prestación de los servicios exequiales por terceros;

a su vez, las empresas funerarias sí prestan el servicio exequias directamente, con una clara proximidad a los deudos del fallecido durante la prestación del servicio funerario contratado”

En cuanto a las supuestas vulneraciones a los derechos fundamentales a la intimidad, la honra, la dignidad familiar y la libertad de cultos, sostiene que no se presentan por cuanto “La norma demandada no interfiere el servicio funerario como tal, pues no impone condiciones a la forma como debe desarrollarse, sino expresamente excluye del manejo del rito de la honra fúnebre a quien nunca lo ha manejado: las aseguradoras”.

De igual manera, sostiene el interviniente que no se vulneró el artículo 83 Superior, pues las aseguradoras “adoptaron tal decisión confiando en la estabilidad del régimen aplicable, en especial, la posibilidad del pago de la indemnización en especie”.

Finalmente, argumenta que la norma acusada tampoco desconoce el artículo 158 constitucional, por cuanto sólo pretende que no se confundan las actividades comerciales desarrolladas por las aseguradoras y las funerarias, tema que hace parte de la regulación general de la ley.

4. Germán Alberto Cubillos Guzmán.

El ciudadano Germán Alberto Cubillos Guzmán intervino en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte que declare exequible la norma acusada.

Agrega que mediante la Ley 1328 de 2009 se creó el Registro Único de Seguros RUS, el cual le brindará información asequible al público acerca de los seguros contratados. En tal sentido “se tiene claro que la misma norma señala o permite definir pautas para que al momento de recibir o contratar los servicios exequiales de una empresa cuyo objeto social sea el de la prestación de este tipo de servicios, el contratante no esté en la obligación de realizar inmediatamente el pago”.

En cuanto a la libre competencia, considera que no se encuentra vulnerada por cuanto “al exigirse a las empresas aseguradoras que en materia de pólizas de seguros exequiales la indemnización se haga en dinero, es para garantizar y permitir que el usuario tomador de dicha póliza pueda escoger libremente la funeraria que en su criterio podría prestar un mejor

servicio, lo que no se logra cuando es la empresa aseguradora la que directamente escoge la empresa funeraria para que preste el servicio funerario, señalando un monto que siempre está por debajo del realmente contenido en la póliza de seguros exequiales. Eso constituye un abuso de posición dominante por parte de las empresas aseguradoras".

Más adelante señala que "cuando en el seguro de exequias se ofrece en especie la indemnización, la misma cubre hasta cierto monto de salarios mínimos legales mensuales vigentes por el costo del servicio de su asegurado, verbi gracia 6.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Al presentarse el siniestro, la aseguradora no sólo impone, en la mayoría de los casos, la funeraria que debe prestar el servicio, sino el monto del mismo, en consecuencia, determina la calidad de las honras fúnebres y con ello la restricción de los derechos de los usuarios del servicio a la liberta de elección".

En cuanto a la supuesta vulneración del artículo 333 Superior, señala que simplemente el legislador pretendió evitar la consolidación de una posición dominante por parte de las pocas empresas que controlan o manejan el mercado de los seguros exequiales.

Concluye el ciudadano afirmando que "la norma demandada se encargó de llenar vacíos existentes en una disposición que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución en el 2003, al tiempo que precisó el contenido y el alcance de las actividades de las aseguradoras en el seguro de exequias, pues estaban ofreciendo a los asegurados indemnización en dinero o en especie, con clara y abierta tergiversación de lo dispuesto en el Código de Comercio desde 1971. Lo anterior no podría tener lectura diferente a que el Congreso de la República adoptó medidas orientadas a la protección de los derechos de los consumidores de servicios exequiales a través de las pólizas de seguro exequias".

5. Luis Carlos Pineda Téllez.

El ciudadano Luis Carlos Pineda Téllez intervine en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la disposición legal acusada.

Comienza señalando que los apartes del artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 resultan ser la precisión y concreción de la filosofía, motivos y finalidades que fundamentaron en sus inicios el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, el cual, también fue sometido a análisis de constitucionalidad siendo declarado exequible, tanto en la forma como en el fondo, mediante

sentencia C- 940 de 2003.

Sostiene que la norma acusada, antes que vulnerar los derechos del consumidor, la libertad de empresa y el principio de unidad de materia, los consolida y desarrolla.

Más adelante, resume sus argumentos de la siguiente manera:

“ Los seguros de exequias con indemnización en dinero es una de las opciones que no se encontraba debidamente considerada antes del artículo 86, con esta posibilidad la órbita de elección del consumidor o usuario se amplía y por tanto se fortalece su derecho de elección.

Los seguros de exequias con indemnización en dinero, dado el objeto y fines de las aseguradoras, se encuentra mejor suplido por estas entidades a favor de los consumidores y usuarios.

Dada la naturaleza tanto del sector de seguros como del sector funerario, la regla introducida por el legislador permite la especialización y precisión de objetos y finalidades a favor del consumidor.”

Así pues, considera el interviniente que no se presenta violación alguna de los derechos de los consumidores.

De manera complementaria, el ciudadano sostiene que no admiten comparación alguna las aseguradoras con las funerarias, ya que mientras que las primeras pertenecen al mercado de los seguros, las segundas están vinculadas únicamente con la prestación de servicios funerarios.

6. Alfredo Beltrán Sierra y Fanny Lucía Castellanos Zuluaga.

Los ciudadanos Alfredo Beltrán Sierra y Fanny Lucía Castellanos Zuluaga intervienen en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la norma acusada.

Indican que el derecho a la propiedad, a libertad de iniciativa privada y la libertad de empresa, no pueden producir como resultado la concentración de la riqueza, la existencia de monopolios, el acrecentamiento de las desigualdades sociales, la concentración de todas las actividades económicas en muy pocas empresas o conglomerados económicos, sino que

deben ser desarrolladas dentro de un marco de justicia social y de equidad.

A continuación, explican que mientras que la libertad de empresa le permite al particular establecerse o instalarse en una actividad económica dentro de los límites del bien común o el libre ejercicio o explotación de una actividad profesional, la libre competencia se circunscribe a que quienes se dedican a una misma actividad económica puedan ejercerla en relación con quienes se dedicaron a esa misma actividad, en un marco de concurrencia entre ellos para la prestación de los mismos servicios o la comercialización de los mismos bienes, es decir, no son lo mismo la libre empresa y la libre competencia, aunque ambas se refieran a la libertad económica.

Agregan que el constituyente optó por no definir en qué consiste la actividad aseguradora. "Ello significa que, dentro de la esfera de competencia propia del legislador, es al Congreso de la República al que en virtud de la potestad de hacer las leyes le compete tal definición."

Seguidamente, extraen las siguientes conclusiones parciales:

"(i) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros o de cualquier otra figura jurídica particular (criterio formal de definición); (ii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que desarrollan las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (criterio orgánico de definición); (iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea una actividad aseguradora (criterio material de definición); (iv) de la Constitución sí emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las "leyes marco". (v) De la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad aseguradora o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal. Empero, las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad".

En relación con la supuesta violación del artículo 78 Superior, alegan que ésta no se presenta

por cuanto, por ministerio de la ley, son distintos el contrato de seguros y la prestación de servicios funerarios, y por ende, no le corresponde a las aseguradoras dedicarse a prestar servicios funerarios, por cuanto “ni para eso se les confirió autorización por parte del Estado, ni las actividades para la realización de honras fúnebres quedan comprendidas dentro de su objeto social”.

Aclara que, una misma persona, puede contratar la prestación de servicios funerarios y además celebrar un contrato de seguro exequial, ya que “son plenamente compatibles y no excluyentes”.

De igual manera, estiman que no se presenta violación alguna al derecho a la igualdad, por la sencilla razón de que ni los elementos de los dos contratos son los mismos, ni su finalidad es igual, ni los supuestos de hecho son idénticos, aún cuando el contratista sea el mismo. “No puede pues, por este aspecto, predicarse ni una identidad fáctica ni tampoco una identidad jurídica. Lo que es desigual no puede transformarse en igual por un razonamiento que parta de un fundamento equivocado, al considerar que por la muerte de una persona los dos contratos, que son de naturaleza jurídica diferente, automáticamente sufren una mutación tal que los vuelve idénticos”.

7. Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola.

El ciudadano Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola interviene en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declare exequible la disposición acusada.

Señala que con la adopción del artículo 86 de la Ley 1328 se pretendió llenar algunos vacíos dejados por el artículo 111 de la Ley 795, lagunas que fueron advertidas por la Corte en sentencia C- 940 de 2003.

En tal sentido, el legislador precisó que el servicio funerario se prestaba por las empresas autorizadas, independientemente de si las cuotas canceladas habían cubierto o no el valor de los servicios recibidos. Regulación que resulta consecuente con la obligación que surge en cabeza de la empresa encargada de decepcionar las cuotas que conforman la mutualidad y como contraprestación al usuario o al beneficiario por el pago de las mismas. De esta forma, en aplicación de los principios de mutualidad y de solidaridad, todos los aportantes de las cuotas asumen entre sí el costo del servicio prestado por la empresa funeraria.

Explica que, la formalidad del contrato no define las obligaciones entre las partes, sino precisamente las cláusulas en las cuales se establezcan de manera clara y precisa los derechos y obligaciones entre las mismas, las que pueden constar en cualquier modalidad negocial autorizada, por la Superintendencia de Sociedades o la de Economía Mixta, a las empresas dedicadas a los servicios funerarios en especie.

Así las cosas, el legislador aclaró la forma en que concurren al mercado los dos tipos de empresas: las funerarias, prestando los servicios funerarios, y las aseguradoras, mediante seguros exequiales. De tal suerte que "las primeras independientemente del tipo o clase de sociedad, su objeto social se concreta en la prestación de servicios funerarios en especie, mientras que las segundas, su objeto social específico está referido a las distintas actividades asegurativas que pueden explotar, dentro de las cuales está la posibilidad de ofrecer al asegurado o a sus beneficiarios asumir a manera de indemnización en dinero el costo de las pompas fúnebres mediante un contrato de seguro, cuando se presente el siniestro, esto es, la muerte de la persona, Se trata entonces de dos empresas totalmente distintas, sin que se les pueda asimilar o comparar".

Agrega que, en la modalidad de seguro exequias, es factible indemnizar en dinero, por ser un tipo de seguro sobre las personas, en el que sólo procede esta clase de indemnización. En el seguro de daños, por su parte, al versar sobre bienes, se puede tanto la indemnización en dinero como en especie, dado que los bienes pueden reponerse, repararse o reconstruirse.

A lo largo de su escrito, el interviniente insiste en señalar que, las empresas aseguradoras y las funerarias son completamente distintas, en cuanto a sus objetos sociales y actividades comerciales, motivo por el cual no admiten ser comparadas.

Así mismo, sostiene que las aseguradoras, al sustituir la indemnización en dinero se apropian de forma indebida de gran parte del valor asegurado, distorsionando y generando una falla en el funcionamiento del mercado, lo cual perjudica a los usuarios de estos servicios. Además, el interés asegurable en el seguro exequias, no es simplemente los gastos funerarios, sino que trasciende a derechos personalísimos, como lo es el destino final de los restos humanos, acorde con las creencias y cultos religiosos.

Así las cosas, considera el ciudadano que ninguno de los cargos de inconstitucionalidad está llamado a prosperar.

8. Departamento Administrativo Nacional de la Economía Social DANSOCIAL.

El Departamento Administrativo Nacional de la Economía Social DANSOCIAL intervino en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la norma acusada.

Luego de transcribir algunos extractos jurisprudenciales referentes al derecho a la igualdad, explica que "Sea del caso plantear la diferencia sustancial entre las organizaciones empresariales y las organizaciones solidarias es que las primeras tienen un fin lucrativo basado en la utilidad y sólo dirigido al o los propietarios, grupo casi siempre muy reducido; para el caso de las segundas, los conceptos varían y el excedente financiero en el caso de las cooperativas y fondos de empleados se subdivide en varios conceptos y sólo un porcentaje pasa a redistribución individual, en el caso de las mutuales nunca se reparte o redistribuye individualmente, todo hace parte del patrimonio solidario. En todos los eventos solidarios existe una parte o la totalidad de patrimonio está destinado a cumplir la vocación filosófica de la organización que es lo solidario. Dentro de las alternativas de servicios post mortem ofrecidas por las aseguradoras, tal como lo describe el accionante, tenemos la modalidad provisional similar al servicio ofrecido por las organizaciones solidarias y la prepago que, en el caso de las exequias a la persona integrante de la organización solidaria tiene el derecho a morirse y no transmitir su obligación faltante por cubrir a sus herederos porque parte de lo no distribuido cubre estos gastos".

Y más adelante señala:

"Hay unas preguntas que hasta ahora no se tienen respuestas, una sería se puede sentir después de la muerte? en caso afirmativo, que sentiría un difunto al saber que su intención de dejar solucionado el tema de sus gastos mortuorios fracasó, y que la obligación le quedó a sus herederos? Mientras podamos tener esas respuestas es mejor seguir trabajando el asunto para los vivos, además del dolor de la pérdida del ser querido tiene que pensar en cómo va a cubrir los gastos exequiales. En conclusión, sólo se puede predicar la igualdad si se tienen los mismos planes. Independientemente de la naturaleza de la persona jurídica".

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4894 de 2010, solicita a la Corte declarar exequible la norma acusada.

Según la Vista Fiscal, los problemas jurídicos que debe analizar son los siguientes:

“2.1. Si es inconstitucional la norma acusada, al prohibir que se ofrezcan seguros de exequias con indemnización en especie.

2.2. Si la norma acusada transgrede el derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar, y el derecho a la libertad de cultos.

2.3. Si vulnera el derecho a la libre competencia.

2.5. Si la norma acusada transgrede el principio de confianza legítima.

2.6. Si la norma acusada desconoce el principio de unidad de materia”

En lo que concierne a la vulneración de los artículos 16 y 78 Superiores, considera que aquélla no se presenta por cuanto la norma acusada le permite a los usuarios de los usuarios de los servicios funerarios escoger entre los servicios funerarios en especie y la adquisición de un seguro en dinero, ya que “el objeto social de las aseguradoras no es igual al objeto social de las empresas prestadoras de servicios funerarios”.

Así mismo, respecto a los derechos a la intimidad, honra, dignidad familiar y libertad de cultos, tampoco lo estima violados, por cuanto la norma acusada “no impone ni restringe la actividad de los usuarios de los servicios funerarios y menos limita la libertad de cultos, pues la adquisición de servicios funerarios en especie y la de seguros exequiales no es una obligación para las personas en vida, es una opción. Por tanto el legislador indica en la norma acusada qué opciones existen en el mercado frente a los servicios funerarios, para que los usuarios escojan la que más les guste y les convenga”.

De igual forma, no se vulnera el derecho a la libre competencia, por cuanto el objeto de las aseguradoras es diferente de aquel de las empresas funerarias, “y por lo tanto no se puede hablar de afectación del derecho de libre competencia, cuando los entes jurídicos mencionados no pertenecen a la misma agremiación, es así como las empresas aseguradoras son entidades financieras que se encuentran vigiladas por el Estado a través de la Superintendencia Financiera, dedicadas a ofrecer seguros bien sea de vida, exequiales, de incendio, terremoto, hurto, etc., mientras que para las empresas funerarias sólo existe la vigilancia que la Superintendencia de Sociedades ejerce sobre cualquier ente comercial, y

por tal razón no les es permitido comercializar seguros exequiales ya que su objeto social sólo va encaminado a vender servicios funerarios en especie. En consecuencia, siendo el objeto social diferente para las empresas aseguradoras y para las empresas funerarias, no puede predicarse vulneración al derecho de libre competencia". Por las mismas razones, no se vulnera el derecho a la igualdad.

Así mismo, considera que no se vulnera el principio de la confianza legítima, por cuanto la norma acusada no cambia el objeto social ni de las empresas aseguradoras ni de las funerarias, pues sólo precisa qué actividad económica ejerce cada una de ellas.

Finalmente, la Vista Fiscal sostiene que tampoco se viola el principio de unidad de materia, por cuanto la norma acusada no se aparta del tema financiero y de seguros de que trata el título de la Ley 1328 de 2009.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

2. Argumentos del demandante.

El ciudadano Roberto Junguito Bonnet demanda la inconstitucionalidad del artículo 86 de la ley 1328 de 2009, "Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones", por considerar que vulnera los artículos 13, 19, 42, 78, 83, 158 y 333 Superiores.

Así, sostiene que la norma acusada viola el artículo 78 Superior en conexidad con el artículo 16 constitucional, por cuanto desconoce el núcleo esencial del derecho constitucional de los usuarios a escoger libremente entre servicios alternativos, puesto que prohíbe los seguros de exequias con indemnización en especie como vía para acceder a servicios funerarios, imponiéndoles de esta forma a los usuarios prohibiciones y cargas onerosas que son manifiestamente irrazonables y desproporcionadas.

Asegura igualmente que el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 vulnera el derecho a la libre competencia, garantizado por el artículo 333 de la Constitución, porque excluye a un competidor de un mercado determinado y le prohíbe ofrecer un servicio lícito, como es aquel del seguro de exequias con indemnización en especie. Además, le impone a los usuarios que adquieran un seguro de exequias con indemnización en dinero la carga de pagar directamente el monto del servicio funerario a las empresas que compiten con las aseguradoras. Así pues, mediante la creación de prohibiciones y la imposición de cargas onerosas, la norma acusada orienta a todos los usuarios hacia uno de los competidores en el mercado, lo cual propicia la consolidación de la posición dominante de un grupo de competidores sobre otros y saca del mercado a las aseguradoras, en desmedro del derecho a la libre competencia. También introduce una regla jurídica que de manera directa y manifiesta "desequilibra la igualdad de condiciones normativas en las que cada una acude al mercado".

Así mismo, asegura que la norma demandada viola el artículo 13 de la Constitución porque divide, sin justificación objetiva alguna, en dos clases, a las empresas que concurren materialmente ante los mismos usuarios a ofrecerles vías de acceso diversas a servicios funerarios, y esta clasificación es efectuada para perjudicar a unas empresas – las de la única clase compuesta por las aseguradoras- y privilegiar a otras – las de la clase compuesta por todas las demás empresas-, lo cual constituye un trato diverso que es manifiestamente irrazonable.

De igual manera, alega vulneración al artículo 83 Superior, ya que al cambiar abruptamente las reglas de juego en el ámbito de los seguros de exequias y omitir establecer un período de transición, viola el principio de confianza legítima. De tal suerte que, el artículo 86 prohíbe actividades lícitas, excluye a unas empresas que venían operando con autorización del Estado desde hace décadas y crea cargas muy gravosas para los usuarios que contraten con tales empresas, pero no fija ningún período de transición, a diferencia de lo que sí hizo respecto de las empresas no aseguradoras en 2003.

Afirma igualmente que la norma demandada viola el artículo 158 de la Constitución porque desconoce el principio de unidad de materia ya que carece de conexidad siquiera causal, teleológica, temática o sistemática con la materia principal de la ley 1328 de 2009.

Por último, sostiene que el artículo 86 demandado afecta el goce efectivo del derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar (artículo 42 de la Constitución) y puede incidir negativamente en el ejercicio el culto religioso (artículo 19 de la Constitución), porque ha creado un obstáculo para que los familiares del difunto ejerzan estos derechos fundamentales, tal como lo habían decidido de manera autónoma en el seno de la familia para honrar al ser querido fallecido en el contexto de la ceremonia fúnebre que tenían programada de acuerdo con sus creencias religiosas. La mencionada barrera es insalvable para las personas más pobres, las cuales son las principales beneficiarias de los seguros de exequias, habida cuenta del elevado costo de un servicio funerario como proporción de sus ingresos.

Los intervinientes, con excepción del Director de Pregrado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, al igual que la Vista Fiscal, consideran que no le asiste razón al demandante.

Por razones metodológicas, la Corte (i) examinará el sentido y alcance de la norma demandada; (ii) determinará si se plantearon cargos de inconstitucionalidad en relación con la vulneración de derechos fundamentales; y (iii) analizará si sucedió otro tanto en materia de disposiciones referidas a la "Constitución económica" y, llegado el caso, procederá a resolver los cargos de inconstitucionalidad.

3. Contenido y alcance de la norma acusada.

3.1. El contexto normativo de la disposición acusada.

El artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 vino a adicionar un inciso segundo y un tercer parágrafo al artículo 111 de la Ley 795 de 2003, "Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones". De allí que, para una mayor comprensión, se transcribe y subraya el texto de la norma acusada, dentro de su correspondiente contexto normativo:

"ARTÍCULO 111. No constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.

Las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entiende por servicios funerarios el conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres; pueden constar de servicios básicos (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), servicios complementarios (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales) y destino final (inhumación o cremación del cuerpo).

PARÁGRAFO 2o. Las empresas que actualmente ofrecen contratos de prestación de servicios funerarios, en sus diferentes modalidades, contarán con un plazo máximo de dos (2) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para adecuarse a lo previsto en el presente artículo.

PARÁGRAFO 3o. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).

En suma, la disposición acusada viene a ser parte del Estatuto Orgánico Financiero, es decir, del decreto 663 de 1993, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”.

3.2. La Sentencia C- 940 de 2003.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 940 de 2003, examinó una demanda ciudadana

presentada contra los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, por vicios de forma y fondo. Cabe señalar que ningún cargo de inconstitucionalidad prosperó.

Al respecto, en relación con los vicios de fondo, decididos en la sentencia C- 940 de 2003, que son aquellos que resultan pertinentes para la resolución del caso concreto, resulta necesario transcribir (i) los cargos de inconstitucionalidad; (ii) el listado de problemas jurídicos que la Corte consideró debía resolver; y (iii) las principales consideraciones sobre el fondo del asunto.

Así, en cuanto a los cargos, la Corte consideró planteados los siguientes: "Examen de los cargos de inconstitucionalidad material

Como se dijo anteriormente, la demanda alega que las normas acusadas sustraen de la intervención y de la vigilancia del Estado una actividad económica que reúne todos los elementos del contrato de seguros, con lo cual desconocen las normas superiores que ordenan dicha intervención y vigilancia estatal. (Artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 24 y 335 de la Constitución). Explica que el especial control del Estado que consagran los artículos 335 y concordantes de la Constitución se justifica porque el negocio de los seguros implica una masiva captación de recursos del público, y que por ello, en protección de los usuarios, la ley ha dispuesto que sólo pueden desarrollar la actividad aseguradora en Colombia las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria que se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de seguros, y que, en consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas, el ejercicio de la actividad aseguradora.

Tras explicar detalladamente las razones por la cuales estima que los llamados servicios funerarios a que se refieren los artículos 110 y 111 acusados reúnen todos los elementos del contrato de seguros, agrega que el hecho de que los servicios exequiales se presenten, en algunos casos, como un servicio prepagado, no cambia su naturaleza de actividad aseguradora, por lo cual considera que la verdadera intención de la norma no es otra que sustraer de la vigilancia estatal una actividad que por su naturaleza debe estar sujeta a ella.

Entre quienes coadyuvan la demanda, se encuentra la opinión de quienes sostienen que el Congreso excedió sus facultades de regular mediante ley marco la actividad aseguradora, invadiendo las facultades de intervención propiamente ejecutivas. Señala también este grupo

de opositores, que el verdadero alcance de las normas atacadas es el de permitir la prestación de servicios de previsión y solidaridad, como los funerarios, por parte de las cooperativas, excluyéndolas de la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero, para circunscribirlas únicamente a la legislación cooperativa (Art. 110); y el de sustraer de la actividad aseguradora los mencionados servicios funerarios, a pesar de que su naturaleza es materialmente esa, y de que las operaciones de previsión exequial hasta ahora han sido consideradas como un ramo de las compañías de seguros.

Quienes se oponen a las pretensiones de la demanda sostienen que las aseguradoras tienen un campo de acción restringido por el objeto social exclusivo que les atribuye la ley, y además por las operaciones específicas que les sean autorizadas por el Estado. Por lo cual concluyen que el legislador puede válidamente delimitar su ámbito de operación, no sólo señalando las operaciones que pueden desarrollar, sino también aquellas que no hacen parte de su capacidad legal. De esta manera, el artículo 111 no haría otra cosa que precisar el campo de la competencia de las aseguradoras, y su verdadero sentido no sería el de regular la actividad de las empresas funerarias, sino la de las empresas aseguradoras y su límite de acción.

Este mismo grupo de opositores a la demanda arguye que la Constitución no define en qué consiste la actividad aseguradora, definición que por tanto debe ser dada por el legislador, no existiendo una obligación constitucional de considerar como tal toda actividad que implique la asunción de un riesgo. Además sostienen que en los llamados servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 acusado no se presentan los elementos determinantes del contrato de seguros.

Las intervenciones públicas, y en particular las de las superintendencias Bancaria y de la Economía Solidaria, estiman que las normas acusadas no pretenden sustraer una actividad aseguradora de la intervención y vigilancia del Estado, sino mantener tales controles solamente frente a las actividades que verdaderamente constituyen contrato de seguro. Y explican las razones por las cuales los servicios funerarios no constituyen contrato de seguros, especialmente los servicios exequiales prestados por cooperativas, pues estos últimos entes desenvuelven sus actividades en desarrollo de los principios de solidaridad

cooperativa, de participación y ayuda mutua, ausentes en el mencionado contrato.

La vista fiscal estima que el artículo 111 no puede ser interpretado en el sentido de que mediante él se excluye a las compañías de seguros de la actividad de explotar el ramo de los seguros funerarios, por que ello resultaría inconstitucional. Más bien, entiende el Procurador que el verdadero sentido de la norma es que no constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios que se acuerden a través del contrato de prestación de servicios que se define en el artículo 111, mediante los cuales una persona o grupo de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación, debido a que ello constituye un pago anticipado de dichos servicios. De esta manera, la parte de la disposición que induce a confusión y que permite la primera de las interpretaciones contraria a la Carta es la frase, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, por cuya declaración de inconstitucionalidad aboga.

“De la demanda, los argumentos de quienes la coadyuvan, las razones de los opositores y la opinión de la vista fiscal, la Corte concluye que los asuntos que debe avocar para definir el problema jurídico que se plantea en esta acción pública son los siguientes: i) En primer lugar debe establecer el alcance de los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política que el demandante estima violados, referentes todos ellos a la intervención, vigilancia y control de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, así como de las cooperativas y sociedades mercantiles. ii.) Es preciso definir también si al legislador le asiste libertad para definir el concepto de actividad aseguradora, indicando qué tipo de contratos, negocios o acuerdos la constituyen y cuáles no. iii) Es necesario estudiar si, como lo afirman la demanda y varias intervenciones, el contrato de servicios funerarios es en realidad un contrato de seguros por reunir todos sus elementos, de manera que el legislador debe someter a quienes los celebren a las mismas reglas y condiciones que rigen para quienes celebran el contrato de seguro, o si por el contrario se presentan diferencias entre ambas figuras jurídicas, que autorizan dispensar un trato legal diferente. iv) Finalmente, es menester definir si, por ser un contrato de seguros o por cualquier otra circunstancia, el contrato de servicios funerarios debe prestarse bajo la inspección y vigilancia estatal, en los términos de los artículos 335 y concordantes de la Constitución. Establecido todo lo anterior, podrá la Corte entrar a definir la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En lo que atañe al fondo propiamente del asunto, la Corte adelantó unas importantes consideraciones en relación con dos aspectos esenciales: la definición del concepto de actividad aseguradora y la naturaleza jurídica de los servicios funerarios, encontrando diferencias y similitudes con el contrato de seguros. Veamos:

“Las facultades legislativas para la definición del concepto de actividad aseguradora.

Es claro que el constituyente ordena el sometimiento de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que implique la captación de ahorro público a la intervención, vigilancia y control estatales. Empero la Constitución no se ocupa de definir en qué consisten dichas actividades, es decir, no suministra la definición de lo que se debe entender por actividad financiera, aseguradora o bursátil. Así, tales conceptos están indeterminados en la Constitución, siendo del resorte del legislador precisar su sentido y alcance.

Los conceptos jurídicos indeterminados en la Constitución confieren al Congreso un amplio margen de libertad definitoria que, sin embargo, no está exento de los límites que se derivan de la subordinación general de la ley a las normas superiores, y de los referentes constitucionales y aun sociales que estén presentes en cada caso.1

El margen de libertad legislativa a la hora de precisar un concepto jurídico que aparece indefinido en la Constitución depende pues de la precisión de las referencias que la misma Carta contenga, relativas al concepto que el legislador pretende definir. A mayor precisión en las referencias constitucionales, menor libertad de configuración legislativa y viceversa. Correlativamente, la intensidad del control constitucional debe adecuarse a esta mayor o menor libertad de configuración legislativa. A esta relación entre la mayor o menor precisión de las normas constitucionales, la libertad de configuración del legislador y la intensidad del control constitucional, ya se ha referido la Corte así:

(…)

Así pues, la Constitución menciona en sus artículos 150, 189 y 335 la actividad aseguradora, pero no define en qué consiste, correspondiendo al Congreso precisar el concepto; para ello cual goza de un amplio margen de configuración, que resulta inversamente proporcional al rigor con el que esta Corte debe emprender el examen de constitucionalidad de las definiciones que legalmente se adopten.

Para definir el concepto de actividad aseguradora, el legislador puede acudir a diversos criterios. Uno de ellos es el criterio material, que mira a la naturaleza misma de la actividad; desde este punto de vista, por ejemplo, podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma jurídica que revista. Otro criterio que podría ser utilizado sería el formal, que atendería principalmente a la forma jurídica utilizada para el desarrollo de la actividad; aquí podría el legislador indicar que la actividad aseguradora es la que se desarrolla bajo la forma jurídica del contrato de seguros, entrando a definir este último en todos sus elementos. Podría también utilizar elementos definitorios positivos o negativos, es decir podría señalar operaciones jurídicas que considera que constituyen actividad aseguradora, y otras que no considera como tales. Otro de los criterios a que podría acudir el legislador para definir la actividad aseguradora, sería uno de naturaleza orgánica, a partir del cual podría considerar como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente. Este criterio, por ejemplo, es que utiliza el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero cuando prescribe que "Cada vez que se aluda en este Estatuto a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se desprenda otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros." Criterio que también es acogido, en forma negativa, por el artículo 108 ibídem, en el cual el legislador, prescindiendo de ciertos elementos que materialmente podrían llevar a considerar que una actividad es aseguradora, expresamente la excluye de esta definición cuando dice: "En ningún caso los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de previsión y solidaridad que requieran de una base técnica que los asimile a seguros, podrán anunciarse como entidades aseguradoras y denominar como pólizas de seguros a los contratos de prestación de servicios que ofrecen."

Ahora bien, al definir la actividad aseguradora el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos actividades que por su contenido material son idénticas, y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas

superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución. (C.P art. 334).

No obstante todo lo anterior, la Corte no pierde de vista que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad aseguradora comúnmente aceptada. En efecto, la doctrina jurídica usualmente postula que en tal actividad humana siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos, y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización. La mutualidad implica la formación de un fondo común constituido con los aportes de los sujetos expuestos al peligro, con el cual se cubren los riesgos en la medida en que se presenten. La mutualidad parte de la base de que "si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los individuos aisladamente considerados, para la colectividad no. Porque entonces entra en juego la Ley de los Grandes Números y el Cálculo de las Probabilidades y, con ellas, la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales."4 Las nociones de riesgo, de gran cantidad de entes expuestos a él y de mutualidad aparecen, tomadas en conjunto, como indicativas de la actividad aseguradora, cualquiera que sea la forma jurídica en que ella se manifieste.

Ciertamente, es comúnmente sabido que las bases técnico – matemáticas de la actividad aseguradora se encuentran en la estadística, como ciencia que sólo opera en relación con grandes números; por lo cual la existencia de un gran número de entes económicos expuestos a la contingencia de un peligro eventual y análogo, que bajo cualquier forma se organizan para soportar mutuamente tal contingencia, suele entenderse como actividad aseguradora. Esta noción comúnmente aceptada obra como un referente que limita la libertad de configuración del legislador. Sin embargo, estima la Corte, el Congreso no está obligado a definir que se está en presencia de actividad aseguradora, para efectos de restringir el ejercicio de tal actividad reservándolo únicamente a las compañías de seguros, siempre que la atención de un conjunto de riesgos se enfrenta mediante la conformación de una mutualidad que opera con bases técnico estadísticas, pudiendo atender a otros elementos de la relación jurídica mediante la cual opera esta forma cobertura de riesgos, para permitir que la actividad sea desarrollada por otros entes distintos de las compañías de seguros. Empero, si de alguna manera la actividad involucra el manejar, aprovechar o invertir recursos o, se encuentra obligado a someter a la especial tutela estatal la actividad de que

se trate, aunque no necesariamente a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria, como corresponde a las compañías de seguros.

Por su parte, en relación con las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de prestación de servicios funerarios y el seguro funerario, resulta pertinente transcribir los siguientes extractos jurisprudenciales:

“La naturaleza jurídica de los servicios funerarios. Diferencias y similitudes con el contrato de seguros.

a. El contrato de servicios funerarios

Los servicios funerarios aparecen legalmente definidos en el artículo 111 aquí demandado, como aquellos mediante los cuales “una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.” A continuación la disposición añade que “se entiende por servicios funerarios el conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres; pueden constar de servicios básicos (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), servicios complementarios (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales) y destino final (inhumación o cremación del cuerpo).”

La norma no señala quién puede prestar esta clase de servicios (si una compañía aseguradora, una cooperativa, una sociedad comercial o cualquier persona…), ni tampoco indica si el derecho de recibir en especie los servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación, implica que tales cuotas hayan cubierto totalmente el valor de los servicios para cuando la muerte que los causa se produzca. Por lo tanto, no resulta claro si se trata de un servicio completamente prepagado para cuando se presta, o si la figura jurídica involucra un factor de aseguramiento mediante la conformación de una mutualidad, que permite trasladar el riesgo de la muerte que acaece antes de que las cuotas cubran totalmente el valor del servicio. La norma tampoco permite concluir si se trata de un contrato o negocio de carácter oneroso y bilateral, como el de seguros, o si tales características no necesariamente deben estar presentes.

El estudio de los antecedentes legislativos del artículo 111 arroja algunas luces sobre la naturaleza de la figura que esa norma regula, no obstante lo cual no es posible esclarecer definitivamente si ella involucra o no una actividad aseguradora entendida en el sentido que comúnmente se le atribuye a esta noción, a la cual anteriormente se ha hecho referencia. Esta norma que, como se dijo, fue introducida al proyecto de ley cuando se inició el trámite en el Senado de la República, en su versión original correspondía al artículo 112 del proyecto, que decía así:

(…)

Sobre el texto trascrito se han resaltado los apartes que no fueron adoptados finalmente como texto del actual artículo 111.5 Sin embargo, esos textos omitidos revelan que el legislador inicialmente estimó que los servicios funerarios no podía ser prestados sino por sociedades comerciales y entidades de carácter cooperativo mutual, sometidas al control estatal que la ley previera según su especie asociativa, y previo el cumplimiento de ciertos requisitos de capital o patrimonio mínimo que garantizaran a los usuarios la prestación del servicio contratado.

Ahora bien, sobre la naturaleza asegurativa o no de los servicios funerarios, el proyecto de artículo no resultaba tampoco completamente esclarecedor. En efecto, en esta redacción inicialmente presentada a la Comisión Tercera del Senado, la norma indicaba que el derecho de percibir en especie los servicios de tipo exequial se obtenía por un término indefinido "mediante el pago previo de las cuotas fijadas con antelación" . De esta manera, no resultaba claro si el servicio debía estar completa y previamente pagado mediante el abono de las referidas cuotas, o si el solo hecho de venir cancelándolas periódicamente daba derecho a obtener los mencionados servicios funerarios, independientemente de si su costo estaba o no totalmente cubierto.

Así, una vez estudiados los antecedentes del artículo 111 en el Congreso, subsiste la duda a cerca de la naturaleza de los llamados servicios funerarios, especialmente en lo relativo a si implican un factor de aseguramiento de riegos. No obstante, resulta claro, eso sí, que inicialmente el legislador estimó que se trataba de una actividad que debía quedar sujeta a vigilancia y control estatal y prestarse observando unos requisitos patrimoniales o de capital

mínimos.

16. Sin embargo, a pesar de lo precaria que resulta la redacción actual del artículo 111 y de sus antecedentes en el Congreso, la Corte observa que, aunque la norma no lo diga, el alcance que comúnmente se le reconoce al llamado contrato o convenio de servicios funerarios es el de estimarse que mediante él una persona o grupo de personas adquiere el derecho de percibir en especie los servicios de tipo exequial, mediante el único requisito de estar "cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación", sin necesidad de que mediante tal pago de cuotas se haya cubierto totalmente el valor del servicio para cuando la muerte que origina la prestación acaece. (De esta manera interpretan tal contrato prácticamente todas las intervenciones que se presentan dentro del proceso, aun las que insisten en su naturaleza no asegurativa.) Así entendido, estima la Corte, el contrato de servicios funerarios, sin llegar a identificarse con el contrato de seguros, como más adelante se verá, si involucraría un factor asegurativo, al permitir que con los recursos formados por las cuotas captadas de un grupo grande de usuarios se constituya una mutualidad, que en virtud de la aplicación de la ley de los grades números permita atender el riesgo de la muerte de uno o varios de ellos cuando acaece antes de que las cuotas cubran totalmente el valor del servicio respectivo.

(…)

En este punto la Corte hace ver que ni el artículo 72 de la Ley 79 de 1988, ni el 110 de la Ley 795 de 2003 mencionan el contrato de servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 de esta última Ley. No obstante, debe entenderse que dentro de la categoría jurídica llamada "servicios de previsión y solidaridad" se encuentra la prestación de servicios funerarios por parte de la cooperativa a los cooperados, y que se trata de un servicio que, como otros de esta clase, "requieren de una base técnica que los asimila a seguros". A esta conclusión se llega cuando se tiene en cuenta que los dos artículos aquí acusados, esto es el 110 y el 111 de la ley 795 de 2003, fueron incluidos dentro del proyecto que surtía trámite en el Senado bajo la consideración de que ellos regulaban los servicios exequiales prepagados.

Precisado el alcance del artículo 110, en cuanto adiciona una norma que tolera que ciertas cooperativas no aseguradoras presten servicios de previsión y solidaridad que, como los llamados servicios funerarios, requieren de una base técnica que los asimile a seguros, la

Corte corrobora que el referido contrato de servicios funerarios sí involucra un factor de aseguramiento, no obstante lo cual el legislador estimó que no constituía actividad aseguradora.

b. El contrato de seguros

El Código de Comercio no suministra una definición legal del contrato de seguros. Empero indica cuáles son sus elementos esenciales. En efecto, el artículo 1045 de dicho estatuto es del siguiente tenor:

"Artículo 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1.El interés asegurable

2. El riesgo asegurable

3. La prima o precio del seguro, y

4. La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno."

(…)

De las características del contrato señaladas en las definiciones anteriores la Corte destaca, para lo que interesa a este asunto, el carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros, en donde siempre hay de un lado un sujeto llamado "asegurador" y otro llamado "tomador", entre quienes se convienen las obligaciones y derechos contractuales. Destaca también que los cuatro elementos mencionados en el artículo 1045 del código de comercio, tienen carácter esencial, es decir, sin su presencia no puede hablarse de contrato de seguro, sino de otra forma de negocio jurídico. Es también un contrato consensual. 6

c. Diferencias entre el contrato de seguro funerario o exequial y el contrato de servicios funerarios.

-Primer caso: Cuando los servicios funerarios son prestados por entidades cooperativas:

Sobre las diferencias que podrían detectarse entre el contrato de seguro funerario o exequial y el de servicios funerarios varias de las intervenciones son prolíferas. Sin embargo, la Corte detecta que la intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria explica claramente las particularidades de los servicios funerarios que prestan las entidades cooperativas, que los alejan desde su mismo fundamento del contrato de seguros, a pesar de operar sobre bases técnicas similares. Dicha intervención pone de relieve que los servicios de previsión y solidaridad, como los servicios funerarios que prestan las cooperativas, se inspiran, ejecutan e interpretan conforme a los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, que están ausentes en el contrato de seguros. Tales servicios de previsión, asistencia y solidaridad son prestados por entidades solidarias supervigiladas, que para esos efectos constituyen "fondos mutuales" o "amparos mutuales", en lo cual se asemejan al contrato de seguros, no obstante lo cual las diferencias entre ambos conceptos vienen dadas porque:

(…)

Las explicaciones anteriores ponen de presente que los servicios de asistencia y solidaridad (como los funerarios) que prestan las entidades cooperativas denotan unas marcadas diferencias tanto en su fundamento filosófico como en los efectos jurídicos que de allí se derivan, que permite distinguirlos con claridad de ese contrato comercial. En efecto, los servicios funerarios prestados por entidades cooperativas constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa.

-Segundo caso: cuando los servicios funerarios son prestados por empresas que no son de carácter solidario:

Ahora bien, para la Corte es claro que los servicios de asistencia y solidaridad de carácter funerario prestados por entidades del sector solidario no constituyen contratos de seguros, por todas las diferencias sustanciales detectadas. No obstante, encuentra que no sólo a través de este tipo de formas asociativas cooperadas o solidarias se presta este tipo de servicios, y que es posible que ellos sean ofrecidos al público directamente por empresas funerarias que revistan otras formas asociativas. A esta conclusión arriba a partir del hecho de que en el proyecto de artículo que vino a ser el 111 de la Ley 795 de 2003 se definía que

“las sociedades comerciales y las entidades de carácter cooperativo mutual” podrían prestar los servicios exequiales bajo la modalidad jurídica llamada servicios funerarios. Corrobora lo anterior el hecho de que en una de las intervenciones7 se afirme que “el sector funerario” desarrolla esta actividad “que ha sido inherente al giro ordinario del negocio” y que el excluir a las empresas funerarias de la celebración de los contratos exequiales les traería consecuencias francamente negativas, pues de tales “planes” por ellas ofrecidos se benefician actualmente seis millones de personas…

Así las cosas, se tiene que no sólo las entidades cooperativas o de economía solidaria prestan los servicios funerarios que aparecen regulados en el artículo 111 bajo examen, sino que también las empresas funerarias -que como es sabido pueden organizarse bajo otras formas asociativas como por ejemplo la de sociedad comercial- ofrecen ese tipo de servicios al amparo de esa forma jurídica. Aquí, la Corte también considera que no se está en presencia de un contrato de seguros, sino de una forma jurídica diversa con características especiales, definido en el artículo 111 de la Ley 795 de 2003. Ello por las diferencias entre ambas instituciones que reseñan algunas de las intervenciones, y que pasan a comentarse:

El artículo 1.045 del Código de Comercio establece los elementos esenciales del contrato de seguro, y señala que a falta de cualquiera de ellos el contrato de seguro no producirá efecto alguno. Dichos elementos son “interés asegurable”, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

Para la Corte, en los servicios funerarios no existe “prima”, pues en ellos la ley habla de cuotas fijadas con antelación cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Concepto este que difiere de la noción de prima pues el elemento de prepago ubica al contrato en una categoría diversa al puro contrato de seguros; adicionalmente la obligación que surge como contraprestación al pago de las “cuotas” consiste en la prestación de un servicio en especie y no en el pago de una indemnización, como es lo propio del contrato de seguros.

En vista de lo anterior, la Corte estima que aun en el caso en el que los servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 se contratan con una empresa comercial no perteneciente al sector cooperativo (la ley no restringe esta posibilidad luego debe entenderse abierta a los particulares), existen suficientes razones para que el legislador

disponga que se trata de una relación jurídica que no constituye contrato de seguros, y que en vista de eso permita que otras personas distintas de las compañías aseguradoras lo lleven a cabo.

Además, el contrato de seguros es siempre aleatorio y el de servicios funerarios no lo es.

Por último, en cuanto a la improcedencia de los cargos de inconstitucionalidad, la Corte señaló lo siguiente:

Examen concreto de constitucionalidad de las normas acusadas.

La Corte estima que para pronunciarse sobre la exequibilidad de la disposición que examina es necesario precisar su sentido, en especial el alcance de la expresión "cualquiera sea su modalidad de contratación y pago". Para algunos de los intervinientes y a juicio del Ministerio Público, el legislador, al calificar de no aseguradora la prestación de servicios funerarios "cualquiera sea su modalidad de contratación y pago", está impidiendo a las compañías de seguros explotar el ramo de seguros funerarios o exequiales; además, algunos agregan que con esa misma calificación se sustraería de la vigilancia estatal una actividad que implica el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro privado, lo cual resulta contrario a los postulados superiores que prescriben la intervención del Estado en dichas actividades.

Al parecer de la Corte, del artículo 111 no se deduce directamente que el legislador prohíba a las compañías aseguradoras explotar el ramo de seguros funerarios o exequiales. En efecto, el hecho de que califique como no aseguradora la actividad de prestación de servicios funerarios, no conlleva que el contrato de seguros exequiales tampoco lo sea, justamente por las diferencias entre ambas figuras jurídicas que han sido anotadas en las consideraciones anteriores. Es decir, si como se ha visto el contrato de seguros exequiales no es idéntico a los servicios funerarios, el hecho de que el legislador no considere a esta última figura como "actividad aseguradora", no implica que el contrato de seguros tampoco lo sea.

Estima entonces la Corte que el artículo 111 sólo se refiere a la prestación de servicios funerarios. No al contrato de seguros. La expresión "cualquiera sea su modalidad de contratación y pago", se refiere igualmente a las diversas formas en que pueden contratarse

los servicios funerarios. Recuérdese que según el artículo 111 tales servicios pueden incluir solamente una serie de actividades básicas (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), o involucrar también otras llamadas complementarias (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales). Además, el llamado "destino final" puede revestir una de dos modalidades: "inhumación o cremación del cuerpo". A estas posibles variantes de la contratación es que se refiere la expresión "cualquiera sea su modalidad de contratación y pago" contenida en el referido artículo 111.

Por todo lo anterior la Corte rechaza la exégesis del artículo 111 de la Ley 795 de 2003 según la cual él implica la exclusión de las compañías de seguros de la explotación del ramo de seguros funerarios. Por lo tanto la compañías de seguros pueden celebrar contratos de seguros exequiales u ofrecer amparos funerarios, siempre que se reúnan los requisitos para la existencia del contrato de seguros. Estas compañías, si tienen la correspondiente autorización, conforme a las normas vigentes siguen explotando dicho ramo.

Ahora bien, en cuanto a la acusación según la cual el artículo 111 sustraería de la vigilancia estatal una actividad que implica el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro privado, lo cual resultaría contrario a los postulados superiores que prescriben la intervención del Estado en dichas actividades, anteriormente se ha visto cómo la prestación de servicios funerarios no es actividad que pueda ser considerada como captación masiva de recursos del público. En tal virtud, si no se produce esta captación, consecuencialmente tampoco puede hablarse de manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro privado, por lo cual el referido cargo debe considerarse improcedente.

Así pues, el que el legislador exprese que no constituye actividad aseguradora la prestación de servicios exequiales no viola ningún artículo de la Constitución Política, ni conlleva el someter a las cooperativas, personas o empresas que los prestan a las mismas reglas de vigilancia y control que rigen la actividad aseguradora. Empero, hay que señalar que tales cooperativas, personas o empresas que presten servicios exequiales deben sujetarse a la vigilancia y control que legalmente les corresponda, según su naturaleza jurídica respectiva.

Al parecer de la Corte, ninguno de los cargos aducidos en la presente demanda se refieren la

inconstitucionalidad de la autorización para crear cooperativas de segundo grado que se concede a las mencionadas organizaciones cooperativas. En tal virtud, respecto del artículo 110 de la Ley 795 de 2003 se inhibirá de producir un fallo de fondo, en relación con los cargos de inconstitucionalidad material alegados.

Así las cosas, a manera de conclusión, en materia de actividad aseguradora, la Corte ha considerado que (i) la Constitución no define en qué consiste la actividad aseguradora, gozando entonces el legislador de un amplio margen de configuración al momento de establecer el criterio definitorio de la misma (vgr. material, formal, orgánico, etc.); (ii) sin embargo, al momento de definir el término "actividad aseguradora", el legislador se encuentra limitado por algunos principios y valores superiores (vgr. principio de igualdad, prevalencia del interés general sobre el particular, el papel estatal en la regulación de la economía, etc.); (iii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros o de cualquier otra figura jurídica particular (criterio formal de definición), ni tampoco que sea sólo aquella que llevan a cabo las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (criterio orgánico de definición); (iv) de la Carta Política no deriva que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea actividad aseguradora (criterio material de definición); (v), por el contrario, del Texto Fundamental sí emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, mediante el mecanismo de las "leyes marco"; y (vi) de igual manera, de la Carta Política no se desprende que la intervención y vigilancia de la actividad aseguradora o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal; sin embargo, las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad.

A su vez, en lo atinente a los servicios funerarios, regulados en el original artículo 111 de la Ley 795 de 2003, la Corte adelantó varios reparos a la técnica legislativa empleada en aquel entonces por cuanto (i) la norma no estableció quién podía prestar esa clase de servicios (vgr. compañía aseguradora, cooperativas, sociedades comerciales, etc.); (ii) tampoco indicaba si el derecho de recibir en especie los servicios de tipo exequias, cancelando

oportunamente las cuotas fijadas con antelación, implicaba que éstas hayan cubierto totalmente el valor de los servicios para cuando la persona fallezca; (iii) no resultaba claro que implicara el ejercicio de una actividad aseguradora; y (iv) era necesario adelantar algunas precisiones acerca de la naturaleza jurídica de los servicios funerarios.

3.3. Los antecedentes legislativos de la norma acusada.

El examen de los antecedentes legislativos resulta particularmente pertinente en el análisis del caso concreto, por cuanto se discutió ampliamente la necesidad de introducir precisiones a la defectuosa regulación legal de los servicios funerarios y de los seguros exequiales.

Así, en la Gaceta del Congreso núm. 1019 de 2009, contentiva del Acta de sesión Plenaria del 16 de junio de 2009 de la Cámara de Representantes, a lo largo de la cual se discutió y aprobó el artículo 88 del proyecto de ley, que luego se convertiría en la norma acusada, el Representante Gilberto Rondón sostuvo lo siguiente:

“Señor Presidente, es importante y les voy a rogar que nos regalen unos minutos para explicar este tema, porque como lo manifestó el doctor Telésforo Pedraza, el día domingo en el periódico El Tiempo, y precisamente en primera página, se manifestó un conflicto antiguo entre Fasecolda, que agremia las aseguradoras y las empresas funerarias, pero en ese artículo se manifestó o se puso en tela de juicio la actuación del Congreso de la República, justamente porque se incluyó la proposición que se leyó por el señor Secretario y porque esa proposición ya fue aprobada en el Senado de la República.

Por eso me han pedido los colegas que firmamos esta proposición, que somos varios, que haga una explicación de por qué razón hemos presentado esta proposición. El tema es muy sencillo:

Para el pago de los servicios funerarios existen dos modalidades: el seguro exequial que obviamente lo venden las aseguradoras que están afiliadas a Fasecolda y los servicios de previsión exequial que los venden las empresas funerarias. De tiempo atrás Fasecolda ha querido acabar con el servicio que prestan las empresas funerarias, dándonos argumentos fundamentales, primero que la actividad que desarrollan las funerarias en materia de la prestación de este servicio, es una actividad aseguradora ilegal y, segundo, que a través de demandas, a través de derechos de petición, que cuando las empresas funerarias contratan

este tipo de servicios, están incurriendo en una captación masiva de dinero.

Ese conflicto es el que nos tiene hoy en este problema. Ha sido resuelto en principio por la Ley 795 del año 2003, que estableció claramente que no constituye actividad aseguradora los servicios funerarios cualquiera sea su modalidad de pago. Pero no solamente fue la ley la que estableció esto, sino que la Corte Constitucional, cuando hizo el control de exequibilidad de esa ley, dispuso igualmente que estos servicios no constituían actividad aseguradora, pero lo hizo no solamente porque la ley lo disponía, sino porque el Código de Comercio desde el año de 1971, había establecido cuáles eran los elementos del seguro, y según la Corte Constitucional esos elementos no se reúnen para el caso de la prestación de estos servicios.

La Superintendencia Financiera acogiendo tanto la ley como la Sentencia de la Corte Constitucional, estableció igualmente que no había lugar a que esta actividad que prestaban las funerarias, sea una actividad aseguradora.

Por otra parte, el tema de la captación masiva de dineros, que tanto ha pregonado Fasecolda, fue resuelto igualmente por la Corte Constitucional en esa misma Sentencia C-940 de 2003, que dispuso que eso no era una captación masiva ilegal de dineros del público, sino que era una venta de servicios pagados periódicamente y anticipadamente.

La Superintendencia Financiera de la misma manera, en un concepto que emitió, determinó que no había captación ilegal de dineros del público, y la Superintendencia de Sociedades igualmente en un acta que tengo, manifestó que ese tipo de contratos no constituía captación ilegal de dineros del público, de suerte que está claro, para que tengamos presente lo que está ocurriendo, que no existe ni captación ilegal de dineros como lo asegura Fasecolda, ni tampoco los contratos de prestación de servicios constituyen una actividad aseguradora ilegal.

Estamos proponiendo en primer lugar, quiénes son las empresas que pueden prestar ese servicio exequial de previsión, salvo las empresas aseguradoras, pero nosotros lo decimos no porque sea caprichosa, sino porque la Corte Constitucional en su sentencia dice que se debe hacer claridad de cuáles son las empresas que deben prestar este servicio, pero además tenemos que excluir a las aseguradoras porque el objeto social de las aseguradoras no es prestar servicio funerario, sino vender seguros, así como el objeto social de la funerarias no

es vender seguros, sino prestar servicios funerarios.

En el segundo parágrafo estamos diciendo que las aseguradoras solo podrán indemnizar en dinero y no lo pueden hacer directamente y en especie, justamente porque ese no es el objeto social, pero no solamente por eso, sino porque el Código de Comercio desde el año 71, en el artículo 1110, manifiesta cómo deben indemnizar las aseguradoras, y dice que lo podrán hacer en dinero, en reposición o en reparación, pero no por prestación de un servicio funerario. Por lo tanto, no se puede prestar a través de especie, si no que tendrá que hacerse a través de dinero, porque no hay cómo, en el caso de un vehículo automotor que se pueda reponer, o que se pueda reconstruir, o que se pueda reparar. Aquí estamos hablando de unas honras fúnebres, de suerte que en este caso solamente las aseguradoras podrán pagar en dinero, ya lo dice el Código de Comercio, pero queremos hacer claridad, porque se ha manejado indistintamente esa norma.

Finalmente, hay que hacer una denuncia en esa materia ¿qué es lo que ha pasado cuando las aseguradoras indemnizan en especie? Que de acuerdo con las pólizas que tengo aquí presente, que tengo más de 300, las aseguradoras venden un seguro por un valor, por ejemplo de 3 millones o de 5 millones o de 10 millones, y finalmente cuando la persona fallece, le prestan un servicio que vale 890 mil pesos, 845 mil pesos, 533 mil pesos, y se están quedando con la diferencia del valor asegurado. (negrillas y subrayados agregados).

De suerte que no podemos permitir ese asunto".

En la misma sesión, el Representante Jesús Bernal Amorocho manifestó lo siguiente:

"Quiero decir 3 cosas frente a este punto. Y me he venido del Senado, es la primera vez que participo en una discusión en la Plenaria de Cámara, porque las funerarias en Colombia son mil doscientas, tienen 150 mil empleados en todo el territorio nacional, es una batalla entre mil doscientos funerarios pequeños que están regados en toda la geografía nacional, frente a 14 aseguradoras que quieren quedarse con un filón de la economía, como es el de prestar el servicio que prestan las funerarias que llevan 80 años, cuando empezó en Antioquia y no ha tenido ningún problema. Ha prestado el servicio de manera diáfana, sin que se haya presentado una sola queja. (negrillas y subrayados agregados).

El servicio asegurador para asegurar a todos los familiares de una persona, exige términos

de carencia, no afilia cáncer, no afilia sida, hasta después de determinado tiempo. Las funerarias al otro día que se firma la póliza o que se afilia a la familia, están reconociendo el seguro.

En el Senado de la República lo que se ha hecho es decir que el sector financiero en el año inmediatamente anterior se ganó doce billones de pesos, el sector asegurador fue uno de los grandes beneficiados en esto, y esto es prestarle un servicio a mil doscientos empresarios colombianos frente a la voracidad de 14 aseguradoras que quieren quedarse con el filón de esto.

En el Senado de la República, el Polo Democrático votó a favor del proyecto que ha dicho el señor ponente en este debate, y solicito que se apruebe en los términos que el ponente lo ha presentado".

De manera complementaria, vale la pena traer a colación el siguiente extracto del Acta de Plenaria núm. 59 del 10 de junio de 2009 del Senado de la República, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 735 de 2009, donde se da cuenta de las razones que tuvieron los congresistas para no permitir el pago de seguros funerarios en especie, sino únicamente en dinero:

"Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Luis Elmer Arenas Parra:

Presidente mire, colocarle esa palabra en especie es decirle a la compañía aseguradora que monte las funerarias, y es acabar con el sector funerario, a mí me parece es que si hay un seguro, necesariamente eso lo paguen las aseguradoras en efectivo, por eso yo le propongo a la Plenaria que neguemos esa Proposición que se encuentra ahí en este momento.

Recobra el uso de la palabra el honorable Senador Gabriel Ignacio Zapata Correa:

No, señor Presidente nosotros estamos de acuerdo con la mayoría de los Senadores, en que se debe negar esta Proposición.

La Presidencia abre la discusión del artículo 88, y concede el uso de la palabra al honorable Senador ponente, Gabriel Ignacio Zapata Correa.

La Presidencia cierra la discusión del artículo 88, leído por el honorable Senador ponente Gabriel Zapata Correa, y pregunta: ¿Adopta la Plenaria la modificación propuesta? Y esta responde negativamente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador ponente, Gabriel Ignacio Zapata Correa.

Palabras del honorable Senador Gabriel Ignacio Zapata Correa.

Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Gabriel Ignacio Zapata Correa:

Entonces se aprueba el artículo 88, como esta en la Ponencia.

La Presidencia somete a consideración de la Plenaria el artículo 88 como viene en la ponencia, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la Plenaria el articulado propuesto? Y esta responde afirmativamente.

La Presidencia concede el uso de la palabra al honorable Senador Luis Elmer Arenas Parra.

Palabras del honorable Senador Luis Elmer Arenas Parra.

Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el honorable Senador Luis Elmer Arenas Parra:

Presidente vea, oiga, yo le pido el favor de que me escuchen los honorables Senadores, porque yo tengo una Proposición ahí radicada, el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, que resulta siendo el 88 aquí, trae un parágrafo segundo, donde le da dos años de plazo para adecuarse a la situación que prevé esa ley en esa época.

Yo lo que estoy diciendo es que les demos seis meses aquí, mantengamos el parágrafo segundo, pero les demos seis meses para, para poder acoplarse a lo que dice la norma, eso no tiene ningún inconveniente además hay que hacerlo, al sector funerario.

Es que lo que pasa es que vuelvo y le repito, el artículo, el artículo 111 de la Ley 795 del 2003, es el que trata este sector en esa ley, en esa fecha traía dos años para que se acomodaran a lo previsto en la ley, yo lo que estoy diciendo es que como este trae unas

modificaciones, entonces para que se acomoden les demos seis meses.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Luis Fernando Duque García:

Gracias señor Presidente, aquí hay que hacer una claridad sobre este tema, porque hay que diferenciar quiénes prestan los servicios funerarios de previsión a las aseguradoras, y queremos dejar esa constancia clara, porque si no retiramos ese artículo, lo que se estaba tratando de hacer con la famosa palabrita en especie, es que las Aseguradoras que tienen que reasegurarse y que muchas son propiedad de multinacionales, querían competir con quienes por más de 60 años han venido prestando la mutualidad, para que tengan derecho sobre todo la gente pobre en eso.

Entonces lo que queremos es doctor Zapata, con la Ponencia como viene, es que las Aseguradoras pagan en dinero y no se conviertan, porque si no se iban adueñar de todas las funerarias, esa es la explicación y ya ha sido negado el artículo y queda como el de la Ponencia, la sustitutiva, ok, perfecto.

Con la venia de la Presidencia y del orador, interpela el honorable Senador Gabriel Ignacio Zapata Correa:

A ver, este artículo ya fue aprobado, lo voy a leer con calma, artículo 88, adiciónese un inciso segundo y un parágrafo tercero al artículo 111 de la Ley 795 del 2003, por el cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y se dictan otras disposiciones, las cuales quedarán así:

Parágrafo 3°. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquier otro con modalidad, modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador y sus beneficiarios, previa comprobación por parte de los afiliados.

La Presidencia manifiesta:

Ya está aprobado el artículo, ya hay claridad, continúe señor Ponente con los artículos nuevos.

Así las cosas, la voluntad del legislador apunta a: (i) insistir en las diferencias existentes entre los seguros funerarios, ofertados por las aseguradoras, y los servicios de previsión exequias, prestados por las funerarias; (ii) precisar que los servicios funerarios, cualquiera que sea su modalidad de pago, no constituye una actividad aseguradora; (iii) mostrar que, detrás de la regulación del tema de los seguros funerarios, se haya un conflicto entre un número reducido de compañías aseguradoras y cerca de 1200 funerarias, las cuales cuentan con unos 150 mil empleados; y (iv) existió claridad acerca de que el seguro funerario debía ser cancelado únicamente en efectivo y no en especie.

3.4. El sentido y el alcance de la norma acusada.

Tomando en consideración el contexto de la disposición acusada, el precedente sentado en la sentencia C- 940 de 2003, así como los antecedentes legislativos reseñados, pasa la Corte a precisar el sentido y el alcance del artículo 86 de la Ley 1328 de 2009.

Así pues, la norma acusada, que es de contenido económico, (i) reitera y precisa las diferencias existentes entre el seguro funerario y los servicios exequiales; (ii) deja inmodificable la disposición legal existente en el sentido de que los segundos no constituyen actividad aseguradora, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago; (iii) precisa las personas jurídicas que pueden ofertar la prestación de servicios funerarios, a saber: las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales; (iv) le prohíbe a las aseguradoras ofrecer la prestación de servicios funerarios; (v) se precisó que, quienes prestan realmente, y en especie, los servicios exequiales son las funerarias, independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes; (vi) se preserva la definición del concepto “servicios funerarios”, entendiendo por ellos un conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres, los cuales, a su vez, pueden constar de servicios básicos (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), servicios complementarios (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales) y destino final (inhumación o cremación del cuerpo); y (vii) se precisa que las empresas aseguradoras, autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deberán indemnizar únicamente

en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de éstos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales, salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).

Como se puede advertir, comparando el texto original del artículo 111 de la Ley 795 de 2003 con la reforma introducida mediante el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, se concluye que el legislador simplemente introdujo algunas precisiones a la regulación de los mercados de los seguros exequiales y de los servicios funerarios, disposiciones originales que ya habían declaradas exequibles por la Corte en sentencia C- 940 de 2003.

Así las cosas, queda claro que (i) los servicios funerarios son prestados por unas determinadas empresas (las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales), en tanto que los seguros exequiales son ofertados por las empresas aseguradoras; (ii) los primeros constituyen un conjunto de actividades que son suministradas en especie (vgr. alistamiento del cadáver, servicios florales, ritos religiosos, etc), en tanto que los segundos son cancelados en efectivo, una vez tenga ocurrencia el siniestro; y (iii) un usuario puede libremente elegir entre adquirir un servicio funerario o cancelar un seguro exequial, por cuanto ambas posibilidades se encuentran autorizadas por el legislador. En definitiva, se trata simplemente de unas medidas de contenido económico adoptadas por el legislador, con base en el ejercicio de sus competencias constitucionales para intervenir en la economía.

4. Ausencia de cargos en relación con las disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales.

4.1. Requisitos mínimos para la configuración de un cargo de inconstitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los requisitos que debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad, entre ellas, las razones por las cuales las disposiciones constitucionales invocadas se estiman violadas. Al respecto, la Corte ha advertido que, si bien es cierto que se trata de una acción de carácter público, y por ende, no se encuentra sometida a mayores rigorismos y formalidades8, también lo es que es necesario cumplir con

ciertos requisitos y contenidos mínimos que permitan a este Tribunal la realización satisfactoria de un estudio de constitucionalidad.

Se ha reiterado entonces, que no puede admitirse cualquier ataque indeterminado o carente de motivación razonable9. Por el contrario, se demanda cierta carga mínima de argumentación susceptible de generar una verdadera controversia constitucional. La acción pública de inconstitucionalidad se materializa no sólo con una acusación de un ciudadano contra una norma legal con base en unas disposiciones constitucionales que se consideran infringidas, sino también explicando las razones por las cuales dichos textos se estiman violados, pues lo contrario implicaría, no solo estar utilizando recursos estatales inadecuadamente, para una labor que no beneficia a ninguna persona, sino que conllevaría a que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda. El ordenamiento exige pues del ciudadano, la especial responsabilidad de ser diligente, a fin de que esta Corporación pueda cumplir eficiente y eficazmente con el ejercicio del control de constitucionalidad.

Ahora bien, las razones a las que aluden el numeral tercero del artículo 2º del Decreto 2067, así como la jurisprudencia de manera reiterada, no son de cualquier clase, sino que se circunscriben al seguimiento de exigencias mínimas razonables, sobre las cuales esta Corporación ha insistido vigorosamente. Una sistematización sobre el tema fue desarrollada en la sentencia C-1052 de 2001, la cual expresó:

“tendrán que presentarse las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución (artículo 2 numeral 3 del Decreto 2067 de 2000). Esta es una materia que ya ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional y en la que se revela buena parte de la efectividad de la acción pública de inconstitucionalidad como forma de control del poder público. La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra ´la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional´.

La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque ´el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una

exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental´, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente "y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita" e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; ´esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden´.

De otra parte, las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ´de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada`. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisible que se deba resolver sobre su inexequibilidad a partir de argumentos ´vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales´ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de

consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que `el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico´; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola ´de inocua, innecesaria, o reiterativa´ a partir de una valoración parcial de sus efectos.

Finalmente, la suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche; así, por ejemplo, cuando se estime que el trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado ha sido quebrantado, se tendrá que referir de qué procedimiento se trata y en qué consistió su vulneración (artículo 2 numeral 4 del Decreto 2067 de 1991), circunstancia que supone una referencia mínima a los hechos que ilustre a la Corte sobre la fundamentación de tales asertos, así no se aporten todas las pruebas y éstas sean tan sólo pedidas por el demandante. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prima facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional."

De otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre las demandas de inconstitucionalidad cuyo sentido es presentar una interpretación de la disposición acusada como contraria a la Constitución. Así, cuando la demanda surge de una determinada interpretación, se hace necesario distinguir entre enunciados normativos (disposiciones) y normas (contenidos normativos)11, pues de un mismo enunciado normativo se pueden desprender varios contenidos normativos autónomos que según cómo se les interprete en conjunto, pueden resultar inconstitucionales o no. Por esto, si la demanda tiene como punto de partida una determinada interpretación – la que hace el demandante – de los contenidos normativos que se derivan de las disposiciones normativas, debe resultar claro para el juez

constitucional, y así fundamentarlo el demandante, que esta interpretación es la única posible, o por lo menos es razonable, mientras que las otras son poco plausibles o inconstitucionales. Lo anterior debe estar representado en el escrito de la demanda, como presupuesto necesario de la naturaleza del control abstracto de constitucionalidad de las leyes que hace la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, se puede concluir que, en principio, el objeto de un cargo de inconstitucionalidad es lograr que el juez constitucional expulse del orden jurídico un precepto legal; luego, no puede perseguir el propósito general consistente en que se establezca una interpretación conforme a la Constitución, pues este principio obliga a los operadores jurídicos en sede de aplicación, y su vigencia implica que la Corte sólo podrá dictar una sentencia interpretativa de manera excepcional, si el precepto tiene como interpretación más razonable, una que resulta constitucional.

4.2. Examen del caso concreto.

En el caso concreto, el demandante sostiene que el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 vulnera el artículo 78 Superior (derechos de los consumidores), en conexidad con el artículo 16 constitucional (derecho al libre desarrollo de la personalidad), por cuanto "En primer lugar, cabe recordar que los derechos de los usuarios son de rango constitucional. Se derivan del artículo 78 de la Constitución y están usualmente entrelazados con otros derechos constitucionales en ocasiones fundamentales, como la vida, la salud, el mínimo vital, la integridad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a escoger entre distintas opciones legítimas, el derecho a planear cómo actuar en momentos críticos de la vida según las propias convicciones, el derecho a proyectar las conductas hacia un determinado evento futuro, el derecho a decidir la mejor manera de afrontar situaciones adversas o deseadas, son todas expresiones del derecho al libre desarrollo de la personalidad estrechamente relacionadas con la manera como los individuos tratan de anticipar lo que harán ante un evento de tanta trascendencia personal y familiar como lo es el fallecimiento de un ser querido".

Así mismo, sostiene el demandante que el artículo 86 demandado afecta el goce efectivo del derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar (artículo 42 de la Constitución) y puede incidir negativamente en el ejercicio del culto religioso (artículo 19 de la Constitución),

porque ha creado un obstáculo para que los familiares del difunto ejerzan estos derechos fundamentales, tal como lo habían decidido de manera autónoma en el seno de la familia para honrar al ser querido fallecido en el contexto de la ceremonia fúnebre que tenían programada de acuerdo con sus creencias religiosas. La mencionada barrera, según el demandante, es insalvable para las personas más pobres, las cuales son las principales beneficiarias de los seguros de exequias, habida cuenta del elevado costo de un servicio funerario como proporción de sus ingresos.

Ahora bien, la Corte considera que el demandante no estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad en relación con los artículos 16, 19 y 42 Superiores, por las siguientes razones.

La norma acusada, como se explicó, se limita a organizar el mercado de la prestación de los servicios funerarios y de los seguros exequiales, disponiendo que las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, “independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes”. De manera complementaria, prevé que las empresas aseguradoras, “autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado”.

Como se puede observar, la norma acusada no regula realmente la clase de ceremonia, religiosa o no, mediante la cual, la persona previamente o sus deudos, deciden llevar a cabo las correspondientes honras fúnebres. En efecto, el legislador no estableció rito o formalidad alguna, que pudiera llegar a afectar, llegado el caso, el disfrute de derechos fundamentales. En tal sentido no se reguló, por ejemplo, el destino final que debe dársele al cadáver, ni se interfiere en la decisión de la persona, o de sus familiares, en cuanto a su deseo de llevar a cabo o no una ceremonia de carácter religioso o laico con determinadas características. Por el contrario, la medida es de contenido y alcance meramente económicos, por cuanto se encamina simplemente a organizar un determinado renglón de un sector productivo, en

concreto, el atinente a la prestación de determinados servicios, como lo son los exequiales.

En tal sentido, advierte la Corte que los argumentos planteados por el demandante no plantean realmente una oposición real y efectiva entre la disposición acusada y los artículos constitucionales señalados. Ciertamente, la decisión del legislador no condiciona o interfiere, de manera alguna, en la decisión de una persona de prever la manera como se llevarán a cabo sus honras fúnebres. Por el contrario, el legislador faculta al ciudadano para que, si a bien lo tiene, contrate previamente sus servicios funerarios, o aquellos de sus familiares, es decir, convenga anticipadamente con una determinada funeraria cada uno de los detalles que conformarán su rito funerario. De igual manera, puede optar por contratar un seguro exequial, con lo cual, al momento de presentarse su deceso, sus familiares contarán con el dinero necesario para llevar a cabo las respectivas honras fúnebres.

Como se puede advertir, el demandante no logró demostrar la existencia de una oposición real y efectiva entre la disposición legal acusada y los artículos constitucionales referidos al libre desarrollo de la personalidad (art.16 Superior), la libertad de cultos (art. 19 Superior) y los derechos de la familia (art. 42 Superior).

5. Los cargos de inconstitucionalidad referidos a aspectos económicos.

Del examen de los argumentos planteados en la demanda de inconstitucionalidad, la Corte considera que el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, al establecer que (i) las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, podrán prestar directamente los servicios funerarios, con exclusión de las aseguradoras, y (ii) que estas últimas deberán indemnizar únicamente en dinero, es decir, jamás en especie, a los tomadores o beneficiarios de los seguros exequiales, “previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales”, vulneraría las siguientes disposiciones constitucionales:

a. Violación de los derechos de los consumidores (art. 78 Superior), por cuanto, en adelante, no podrán contar con la posibilidad de contratar un seguro exequial cuya indemnización sea pagada en especie, y no únicamente en dinero.

a. Desconocimiento del derecho a la libre competencia (art. 333 Superior), ya que la norma acusada excluye, sin justificación alguna, a un competidor de un mercado, como son las aseguradoras, prohibiéndole ofrecer un servicio lícito, como lo es el seguro exequial con indemnización en especie.

a. Vulneración del derecho a la igualdad (art. 13 Superior), como quiera que la disposición demandada divide, sin justificación objetiva alguna, en dos clases a las empresas que concurren materialmente ante los mismos usuarios a ofrecerles vías de acceso diversas a servicios funerarios: las empresas funerarias y las aseguradoras. La anterior clasificación sería discriminatoria por injustificada.

a. Desconocimiento del principio de la confianza legítima (art. 83 Superior), por cuanto cambia abruptamente las reglas del mercado, sin mediar siquiera un período de transición. En tal sentido, se alega que las aseguradoras venían ejerciendo una actividad lícita, como lo es el ofrecimiento de seguros exequiales indemnizables en especie, y de un momento para otro se les prohibió ejercer tal actividad comercial.

a. Violación del principio de unidad de materia (art. 158 Superior), ya que la norma acusada carece de conexidad siquiera causal, teleológica, temática o sistemática con la materia principal de la ley 1328 de 2009.

En este orden de ideas, la Corte (i) determinará el test de proporcionalidad que aplicará en el caso concreto; y (ii) resolverá cada uno de los cargos de inconstitucionalidad planteados en la demanda.

6. El test de proporcionalidad aplicable al caso concreto.

De manera reiterada, la Corte ha señalado12 que el control de constitucionalidad en general,

y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada13. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas14, como lo es la actividad aseguradora, o se esté frente a asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador15, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, por otra parte, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Congreso de la República para configurar el ordenamiento jurídico16. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen.

Ahora bien, en el caso concreto, se debe analizar si una disposición legal que, establece que las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, podrán prestar directamente los servicios funerarios, con exclusión de las aseguradoras, y que además precisa que estas últimas deberán indemnizar únicamente en dinero, es decir, jamás en especie, a los tomadores o beneficiarios de los seguros exequiales, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales, vulneraría diversas disposiciones constitucionales atinentes a la regulación de aspectos económicos relacionados con la actividad aseguradora, la libertad de empresa, los derechos de los consumidores y la libre competencia.

En este orden de ideas, la Corte nota que (i) se trata de una medida de contenido eminentemente económico; (ii) versa sobre un tema en el cual el legislador cuenta con un amplio margen de configuración normativa17; (iii) en materia de actividad aseguradora existen poderes estatales de intervención reforzados, por cuanto se está ante la prestación de un servicio público que sólo puede ser ejercido previa autorización de las autoridades competentes; y (iv) en casos semejantes el juez constitucional ha empleado asimismo un test de proporcionalidad débil18.

Así las cosas, ante la concurrencia de criterios señalados anteriormente la Corte empleará un test débil de proporcionalidad, a efectos de determinar la constitucionalidad de la medida. La

modalidad del juicio de proporcionalidad débil supone que “[e]l juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”19. Por lo tanto “si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía”20.

De allí que su examen se circunscribirá a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.

En lo que concierne a la finalidad de la medida, un detenido examen de los antecedentes legislativos evidencia que se pretendió alcanzar los siguientes objetivos:

a. Necesidad de delimitar, con mayor claridad y precisión, las actividades desarrollas por las empresas funerarias y las aseguradoras.21

a. Colmar los vacíos normativos señalados por la Corte en sentencia C- 940 de 2003, en especial, en relación con las entidades competentes para ofertar los servicios funerarios.22

a. Evitar la existencia de integraciones verticales entre las aseguradoras y unas determinadas funerarias.23

a. Mejorar la calidad del servicio, en la medida en que el beneficiario gozará de mayor discrecionalidad al momento de seleccionar la calidad de las honras fúnebres que recibirá su familiar24.

De manera tal que la Corte estima que la medida supera exitosamente la primera parte del test de proporcionalidad débil.

Un segundo paso que debe adelantarse en un test de proporcionalidad débil consiste en determinar si la medida no es manifiestamente inconducente para la consecución de los fines pretendidos por el legislador. En tal sentido, una disposición legal guarda una relación de causalidad positiva con los fines constitucionales perseguibles, si conduce a un estado de cosas en que la realización de aquéllos se ve aumentada o incrementada en comparación con la situación que se presentaba antes de la intervención legislativa. En otras palabras, es preciso examinar si la realización del fin inmediato se alcanzará con un mayor grado de probabilidad, merced a la expedición de la norma legal.

Así las cosas, la idoneidad de la medida adoptada por el Congreso dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier clase con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud y seguridad, debido precisamente a la modalidad del juicio de proporcionalidad adoptado. De allí que el juez constitucional deba, prima facie, considerar que la medida es idónea si estima que puede contribuir a la consecución del fin constitucionalmente válido. No se puede, en consecuencia, exigir la realización plena del fin, ni mucho menos garantizar que el mismo será alcanzado, por lo tanto la falta de idoneidad de la medida deberá ser demostrada empíricamente, con base en conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

Ahora bien, en el caso concreto, la medida afecta un derecho constitucional no fundamental pues las libertades económicas tienen esta naturaleza, en un ámbito en el que, como se analizó, el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa, dado que se está ante una intervención del Estado en la prestación de un servicio público como lo es la actividad aseguradora.

En tal sentido, la Corte considera que complementar una norma existente en el sentido de (i) precisar las entidades que válidamente pueden ofertar y prestar directamente los servicios exequiales y (ii) disponer que los seguros exequiales serían pagados únicamente en dinero, resulta ser una medida idónea para alcanzar los fines perseguidos por el legislador, en especial, aquel de delimitar, con mayor precisión, los ámbitos de las actividades económicas desarrolladas por las empresas funerarias y las aseguradoras lo que, a su vez, le clarifica a los actores económicos la extensión de sus respectivos mercados y facilita, a su vez, la realización de las actividades de inspección y vigilancia adelantadas por las autoridades competentes para cada sector económico.

Así las cosas, la medida resulta ser idónea para alcanzar un fin constitucionalmente válido como lo es regular efectivamente la actividad aseguradora, en los términos de los artículos 333 y 335 Superiores.

7. Resolución de cada uno de los cargos de inconstitucionalidad.

7.1. Examen de la vulneración de los derechos de los usuarios.

7.1.1. Contenido y alcance constitucional de los derechos de los usuarios.

La Corte Constitucional ha considerado que los derechos de los consumidores comportan diversas pretensiones, intereses y situaciones, que van mucho más allá de la obtención de bienes y servicios que reúnan “unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor”25. En efecto, el consumidor tiene derechos de contenido sustancial, tales como a ser informado, al igual que de carácter procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.), al igual que de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)26.

Ahora bien, dentro de este amplio espectro de derechos de que son titulares los usuarios, la Corte ha insistido en el amparo de la facultad que aquéllos tienen de elegir entre diversos proveedores de un mismo servicio.

Así por ejemplo, en materia de salud, se ha considerado que (i) los usuarios del sistema de salud pueden elegir entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras

de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios27; y (ii) las entidades del Sistema de Salud tienen la obligación de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que la persona elija la opción que le garantice en mayor medida su derecho28.

De igual manera, en asuntos pensionales, la Corte ha considerado que los usuarios pueden elegir su régimen pensional, aunque aquello les comporte algunas consecuencias negativas. Así, en sentencia T- 168 de 2009 el juez constitucional estimó lo siguiente:

“En otras palabras, los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición.

Conviene igualmente señalar que la Corte ha considerado que la libre competencia guarda una estrecha relación con el derecho que les asiste a los consumidores de elegir entre varios oferentes de bienes y servicios. Así, en sentencia C- 389 de 2002 señaló lo siguiente:

“elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”.(subrayados agregados).

En el mismo sentido, en sentencia C- 992 de 2006, en un asunto referente a la regulación del servicio prestado por la empresa SATENA, la Corte insistió en las relaciones existentes entre la garantía de la libre competencia y el derecho que les asiste a los usuarios de elegir entre los distintos proveedores de servicios o bienes:

“La Corte hace énfasis en que la libre competencia no cabe entenderla solamente desde la

perspectiva de los competidores sino también de los usuarios y desde este punto de vista debe señalarse que en relación con ellos lo que garantiza el Servicio Aéreo a Territorios Nacionales "SATENA" es la prestación de un servicio que de otra manera en función de los imperativos económicos propios de la actividad privada no podría ser prestado. El derecho a optar de los consumidores se traduce en este caso en la posibilidad misma de la existencia del servicio.

Ahora bien, la libertad de elegir que tienen los usuarios presenta una mayor relevancia constitucional, y por ende, el margen de configuración del legislador resulta ser menor, cuando en medio de tal decisión se encuentra el disfrute de algún derecho fundamental, como por ejemplo, el derecho a la salud, de aquellos casos en los que simplemente se trata de escoger entre diferentes oferentes, en un determinado mercado, de ciertos bienes y servicios.

En suma, uno de los componentes esenciales de los derechos constitucionales de los consumidores consiste en el amparo de su libertad de elección entre diferentes oferentes de bienes o servicios, derecho que no es absoluto por cuanto el legislador puede limitarlo a efectos de la consecución de fines constitucionales válidos (vgr. la racionalidad de la prestación del servicio de salud, la sostenibilidad del sistema pensional, etcétera).

7.1.2. Resolución del caso concreto.

El demandante sostiene que la norma demandada viola el artículo 78, porque desconoce el núcleo esencial del derecho constitucional de los usuarios a escoger libremente entre servicios alternativos – puesto que prohíbe los seguros de exequias con indemnización en especie como vía para acceder a servicios funerarios- y les impone a los usuarios prohibiciones y cargas onerosas que son manifiestamente irrazonables y desproporcionadas. No comparte esta Corporación las anteriores afirmaciones, por las razones que pasan a explicarse.

Como se ha indicado, la Constitución le garantiza a los usuarios su derecho a elegir libremente entre diferentes oferentes de bienes y servicios, facultad que reviste una mayor trascendencia cuando está de por medio el ejercicio de un derecho fundamental.

En el presente caso, la disposición legal atacada versa sobre la actividad aseguradora, es

decir, un renglón de la economía relacionado con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, sobre el cual el Presidente de la República, con base en las facultades que le otorga el artículo 189.24 ejerce, de conformidad con la ley, la inspección, vigilancia y control. Actividad económica que, debido precisamente a su alto impacto social, es objeto de una intensa regulación legal, en especial, en relación con el objeto, condiciones y cumplimiento de los contratos de seguros.

Ahora bien, según la lógica argumentativa del demandante, el legislador violó los derechos del consumidor por cuanto, a su juicio, antes de la expedición de la norma acusada las aseguradoras podían válidamente ofertar dos clases de seguros exequiales: los pagaderos en dinero y aquellos en especie, en tanto que ahora los usuarios sólo pueden contratar la primera modalidad. La mayoría de los intervinientes, por el contrario, sostienen que, si bien las aseguradoras vendían seguros exequiales cuya indemnización se pagaba en especie, aquello configuraba una práctica ilegal, a la luz del Código de Comercio de 1971.

Sobre el particular, el juez constitucional advierte que, si bien es cierto que en los términos de la norma acusada el consumidor no podrá contratar, en adelante, un seguro exequial indemnizable en especie, también lo es que contará con dos opciones válidas y asimilables: o bien, contratar un seguro exequial indemnizable en dinero o suscribir un contrato funerario con una entidad de carácter cooperativo o mutual, sin ánimo de lucro o una sociedad comercial. En otras palabras, la persona sigue contando con la facultad de elegir entre diferentes opciones, encaminadas todas ellas a regular la manera como se cumplirán sus honras fúnebres. Sin duda, un seguro exequial indemnizable en especie y un servicio funerario terminan siendo, en la práctica, equiparables por cuanto, en ambos casos, quien los contrata decide la manera como se llevará a cabo su propio sepelio o aquel de sus familiares.

En este orden de ideas, el cargo por vulneración a los derechos de los consumidores no está llamado a prosperar.

7.2.1. Contenido y alcance constitucional de la libertad de empresa.

El artículo 333 Superior dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que igualmente, la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades.

La libertad de empresa comporta entonces el derecho a instalarse para efectos de ejercer cualquier una actividad económica, adoptado para ello una determinada forma empresarial. De allí que, como lo precisa el mismo artículo 333 Superior, para el ejercicio de una actividad empresarial no se podrán exigir permisos previos ni requisitos distintos a los señalados expresamente en la ley.

En este orden de ideas, el ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas. De tal suerte que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica "establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad"29. Así mismo, autores como De Juan Asenjo30, sostienen que, la libertad de empresa comporta: (i) la libertad de inversión, en el sentido de decidir acerca de qué se produce; (ii) la libertad de organización, la cual se encamina a determinar la manera como se produce; y (iii) la libertad de contratación, que determina para quién se produce.

No obstante lo anterior, el ejercicio de la libertad de empresa se encuentra sometida a determinados controles estatales, los cuales son más intensos y permanentes, cuando quiera que se trate de actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados al público. En tal sentido, el artículo 335 constitucional dispone que, las actividades financiera, bursátil, aseguradora, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado. Así mismo, en los términos del artículo 189.24 Superior, el Presidente de la República ejerce, de conformidad con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, al igual que sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

De igual manera, la libertad de empresa, como cualquier derecho, puede ser limitado válidamente por el legislador, a efectos de preservar determinados bienes jurídicos constitucionales, tales como: la seguridad, la salubridad pública, la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el patrimonio cultural de la nación, el interés general, entre otros. En efecto, en los términos del artículo 333 Superior, el legislador intervine en la economía, a efectos de asegurar la preservación del interés general, dentro de un sistema económico de mercado.

Ahora bien, la libertad económica no sólo implica una faceta negativa o de abstención, sino igualmente una positiva, en el sentido del deber estatal de adoptar ciertas medidas positivas encaminadas a cumplir con los siguientes fines constitucionales: (i) impedir que se obstruya o restrinja el ejercicio de aquélla; (ii) evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional; y (iii) fortalecer las organizaciones solidarias y el desarrollo empresarial.

Al respecto, el artículo 333 Superior dispone que el Estado, por mandato de la ley, "impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional", es decir, que compete al Estado asegurar el ejercicio de la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado, es decir, entre quienes se dedican a una misma actividad económica, comercializan idénticos o equiparables productos, o bien prestan un mismo servicio. En tal sentido, asegurar la libre competencia conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos.

Precisamente, en cuanto al concepto de posición dominante, la Corte ha tenido la ocasión de pronunciarse en dos ocasiones. Así, en sentencia C-616 de 2001, sostuvo lo siguiente:

"Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores.

En el mismo sentido, en relación con el fenómeno de la posición dominante en el sector salud, la Corte consideró en sentencia C- 1041 de 2007 lo siguiente:

“La posición dominante, por su parte, consiste en una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología.

Posteriormente, la Corte en sentencia C- 1125 de 2008, en relación con una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la regulación de la contratación de las pólizas de vida para los concejales, insistió en el contenido del derecho a la libertad de empresa y la importancia de su desarrollo legal, en los siguientes términos:

“Dichos elementos constitutivos de la libertad de concurrencia económica dan lugar a un andamiaje jurídico que cristaliza en dos vertientes normativas, por un lado la legislación dirigida a reprimir la competencia desleal, la cual mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado protege los derechos económicos subjetivos de los empresarios; la segunda, la legislación antitrust, elimina las barreras que puedan constituir una afrenta a la competencia como tal y contra el interés público que ella salvaguarda, contra los derechos de los consumidores y su bienestar.

Más recientemente, en sentencia C- 228 de 2010, la Corte examinó la constitucionalidad de las facultades que la Ley 1340 de 2009 le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio para aprobar de forma condicionada u objetar determinadas integraciones verticales encaminadas a restringir indebidamente el ejercicio de la libre competencia. Al respecto, el juez constitucional consideró que tales competencias no eran manifiestamente desproporcionadas y que, por el contrario, se encamaban a asegurar la preservación de mercados competitivos.

Así las cosas, libertad de empresa y libre competencia son manifestaciones de la libertad

económica, tal y como lo ha entendido, de manera reiterada, la jurisprudencia constitucional31. Así mismo, conviene reiterar las principales líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte en relación con las libertades económicas, sintetizadas en sentencia C-1041 de 2007:

“Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social32; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia33; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada34; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios35; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones36; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales37; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas38”.

En suma, la libertad económica no es un derecho fundamental; su ejercicio se encuentra sometido a los requisitos que prevea la ley; en ciertos sectores de la economía (dado su elevado impacto social) se prevé la existencia de autorizaciones previas y el ejercicio de una actividad permanente de regulación, inspección, vigilancia y control estatales; su ejercicio puede ser válidamente limitado por el legislador, a efectos de preservar determinados bienes jurídicos constitucionales; y su garantía implica la adopción, en últimas, de medidas negativas y positivas por parte del Estado.

7.2.2. Resolución del caso concreto.

En el caso concreto, el ciudadano alega que la norma demandada es lesiva del derecho a la libre competencia garantizado por el artículo 333 de la Constitución, porque excluye a un competidor de un mercado determinado y le prohíbe ofrecer un servicio lícito, vgr. el seguro de exequias con indemnización en especie. En otras palabras, según el demandante, la

disposición acusada “sacó del mercado” a las aseguradoras, en beneficio de determinadas entidades, por cuanto, en adelante, no podrán ofertar los seguros exequiales indemnizables en dinero. No comparte la Corte las anteriores afirmaciones, por las siguientes razones.

Como se explicó, el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, “Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”, dispuso expresamente lo siguiente:

Significa lo anterior que, realmente fue la norma transcrita la que determinó que las aseguradoras no podían ofertar seguros exequiales indemnizables en especie, disposición que fue declarada exequible por la Corte en sentencia C- 940 de 2003. En efecto, en el citado fallo, el juez constitucional señaló las diferencias existentes entre el seguro exequial y los servicios funerarios, en los siguientes términos:

“Para la Corte, en los servicios funerarios no existe “prima”, pues en ellos la ley habla de cuotas fijadas con antelación cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Concepto este que difiere de la noción de prima pues el elemento de prepago ubica al contrato en una categoría diversa al puro contrato de seguros; adicionalmente la obligación que surge como contraprestación al pago de las “cuotas” consiste en la prestación de un servicio en especie y no en el pago de una indemnización, como es lo propio del contrato de seguros.

En vista de lo anterior, la Corte estima que aun en el caso en el que los servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 se contratan con una empresa comercial no perteneciente al sector cooperativo (la ley no restringe esta posibilidad luego debe entenderse abierta a los particulares), existen suficientes razones para que el legislador disponga que se trata de una relación jurídica que no constituye contrato de seguros, y que en vista de eso permita que otras personas distintas de las compañías aseguradoras lo lleven a cabo.

Así las cosas, cuando el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 establece que las aseguradoras no pueden prestar los servicios funerarios y que los seguros exequiales serían indemnizables únicamente en dinero, lo único que hizo fue precisar algunos aspectos esenciales que ya se encontraban presentes en el artículo 111 de la Ley 795 de 2003.

En este orden de ideas, no son de recibo los argumentos del demandante, en el sentido que el legislador habría venido a excluir del mercado a un determinado agente económico, como lo son las aseguradoras, por la sencilla razón de que lo único que se hizo la ley fue organizar el mercado de las honras fúnebres, es decir, un fin constitucionalmente válido en los términos del artículo 333 Superior, en el sentido de que las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, prestarían directamente los servicios exequiales, en tanto que las aseguradoras asumían el riesgo económico del pago del sepelio. En otras palabras, en adelante, no existe duda alguna acerca de que las aseguradoras no pueden prestar los servicios funerarios, ni directa ni indirectamente, en tanto que las entidades autorizadas por la ley para prestar aquéllos no pueden vender seguros exequiales.

Aunado a lo anterior, como se señaló, la intervención que realiza el legislador en la economía propende, en últimas, por la satisfacción del interés general. En el presente caso, la preservación de aquél se evidencia en la adopción de medidas encaminadas a evitar que se configure un esquema de integración vertical, el cual, tal y como se explicó en detalle en sentencia C-1041 de 2007, lejos de abaratar los costos para los consumidores y mejorar la calidad en la prestación del servicio, termina por generar los resultados opuestos.

Así las cosas, el cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 333 Superior no está llamado a prosperar.

7.3.1. Contenidos y alcances del principio-derecho a la igualdad entre empresarios.

De manera constante, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la igualdad cumple un triple papel en el ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto se trata de un valor, un principio y un derecho fundamental. Al respecto, a manera de síntesis, la Corte en sentencia C- 1125 de 2008 consideró lo siguiente:

“Este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el

texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente39.

Otro aspecto de la igualdad que debe ser señalado en esta breve introducción es que carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional.

En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación40. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre.

El control de constitucionalidad en estos casos no se reduce, entonces, a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación internormativa que debe ser abordada utilizando

herramientas metodológicas especiales tales como el test de igualdad, empleado por la jurisprudencia de esta Corporación41.

Ello a su vez determina que en numerosas oportunidades el resultado de control no sea la declaratoria de inexequibilidad de la disposición examinada, razón por las cuales los tribunales constitucionales han debido recurrir a distintas modalidades de sentencias con la finalidad de reparar la discriminación normativa42.

Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuado va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional."

En este orden de ideas, como lo ha sostenido el juez constitucional en numerosas ocasiones, un tratamiento legislativo diferente no comporta, per se, una violación al principio de igualdad, a condición de que sea objetivo y razonable43. De tal suerte que, en el caso concreto, se deberá examinar si (i) se trata de supuestos fácticos comparables; (ii) si el fin perseguido con el establecimiento del trato diferente persigue la consecución de un fin constitucionalmente legítimo; y (iii) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir, una racionalidad entre ellos.

Ahora bien, en asuntos económicos, la Corte siempre ha encontrado un claro vínculo entre el ejercicio de la libertad de empresa y la igualdad de trato entre quienes concurren como empresarios en un determinado mercado.

Así, en sentencia C- 352 de 1998, con ocasión del examen de constitucionalidad de la ley mediante la cual se creó la Empresa Colombiana de Gas, Erogas, estimó que el legislador no había desconocido el derecho a la igualdad de los demás empresarios competidores ni la libertad de empresa, por cuanto:

"no se sitúa a la Empresa Colombiana de Gas en situación de privilegio con respecto a los

demás transportadores del mismo producto, ni en una supuesta “posición dominante del mercado”, sino a un mismo nivel, sometida a las mismas normas reguladoras -no dictadas por ella, sino por un ente distinto-, y en idénticas posibilidades de competir con los demás empresarios dedicados a la misma actividad que a ella le fue asignada por el legislador como objeto social”.

Posteriormente, en sentencia C- 870 de 2003, al examinar una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra algunos artículos de la Ley 546 de 1999, referente al sistema de financiación de vivienda, puso de presente la estrecha relación existente entre el derecho a la igualdad y la libertad de empresa, en los siguientes términos:

“La libertad económica y el derecho a la igualdad.

Luego, en sentencia C- 992 de 2006, la Corte examinó un caso en el cual un grupo de ciudadanos alegaban vulneración del derecho a la igualdad y la libre competencia, por cuanto consideraban que la normatividad acusada conducía a que la empresa SATENA recibiera ciertas donaciones de entidades públicas y prestara el servicio aéreo con aviones militares. Esta Corporación rechazó los cargos indicando lo siguiente:

“Sobre este último punto ha advertido la Corte que el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se busca favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa como el que se evidencia mediante las empresas industriales y comerciales-, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los agentes económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas -créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc.-, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica. Cabe reiterar que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con miras a

alcanzar determinados objetivos económicos de interés general.

En suma, el legislador puede establecer un tratamiento diferente entre diversos empresarios que concurren en un mismo mercado, a condición de que con tal tratamiento diferente se persiga la consecución de fines constitucionalmente admisibles y se trate de una medida racional.

7.3.2. Resolución del caso concreto.

El ciudadano Roberto Junguito Bonnet, asegura que la norma demandada viola el artículo 13 de la Constitución porque divide, sin justificación objetiva alguna, en dos clases, a las empresas que concurren materialmente ante los mismos usuarios a ofrecerles vías de acceso diversas a servicios funerarios, y esta clasificación es efectuada para perjudicar a unas empresas – las de la única clase compuesta por las aseguradoras- y privilegiar a otras – las de la clase compuesta por todas las demás empresas -, lo cual constituye un trato diverso que es manifiestamente irrazonable. No comparte la Corte las anteriores consideraciones, por las siguientes razones.

Como se ha explicado, el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, "Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones", dispuso expresamente lo siguiente:

"ARTÍCULO 111. No constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas, adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.

El examen de constitucionalidad de la anterior disposición le permitió a la Corte, mediante sentencia C- 940 de 2003, además de establecer numerosas diferencias entre los seguros exequiales y los servicios funerarios, referirse al derecho a la igualdad entre empresarios y los casos en los cuales aquélla resultaría vulnerada:

"Ahora bien, al definir la actividad aseguradora el legislador también está sujeto a algunos principios y valores superiores, que aunque no constituyen referencias expresas y directas a dicha actividad, limitan su libertad de configuración; por ejemplo, no podría estimar que dos

actividades que por su contenido material son idénticas, y que comprometen de manera igual el interés general presente en la actividad de intermediación financiera, queden sujetas a un régimen jurídico distinto que implique sólo en un caso la exclusión de la intervención, vigilancia y control estatales, pues con este proceder desconocería los principios de igualdad y de prevalencia del interés general sobre el particular que emanan de las normas superiores, y el papel de conductor de la economía que igualmente se le atribuye en la Constitución. (C.P art. 334).

En este orden de ideas, al legislador le está vedado regular, de manera diferente, dos o más actividades económicas semejantes o comparables; por ejemplo, estableciendo únicamente el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control en relación sólo con una de ellas.

Así pues, en el caso concreto, fue el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 la disposición que estableció una clara diferencia entre la actividad aseguradora y aquella referente a la prestación de un servicio, como lo es el exequial. De allí que, la norma actualmente demandada se limitó a agregar algunos elementos complementarios a un régimen jurídico existente y considerado conforme con la Constitución. De tal suerte que, hoy por hoy, se trata de dos actividades económicas completamente diferenciadas, sometidas a distintas regulaciones legales y controles estatales, y por ende, no admiten comparación alguna.

En este orden de ideas, la Corte considera que el legislador no vulneró el derecho a la igualdad entre los empresarios, por la sencilla razón de que ejercen actividades económicas diferentes, y en consecuencia, son sometidos a un trato desigual.

La confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller44, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

La confianza legítima opera entonces para proteger al particular frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas respecto de una situación jurídica previamente existente. En tal sentido, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración45. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación46. De igual manera, la doctrina foránea considera que, en virtud del principio de la confianza legítima, la administración pública no le exigirá al ciudadano más de lo estrictamente necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso persiga47. No obstante, la jurisprudencia extranjera también ha considerado que el mencionado principio no es absoluto, que es necesario ponderar su vigencia con otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico, en especial, con la salvaguarda del interés general en materia económica48.

La jurisprudencia de la Corte ha sido además constante en señalar que el principio de la confianza legítima es una proyección de aquel de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá. En palabras de la Corte “Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política”49. Y que, este principio encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por el principio del interés general50.

Igualmente ha considerado, que “La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando solo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida”51.

De igual manera, cabe señalar que la Corte ha considerado que el principio de confianza legítima no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrados, sino

que irradia a la actividad judicial. En tal sentido, se consideró que “En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet”52.

Así mismo, la Corte ha insistido en que la garantía de la confianza legítima, de forma alguna se opone a que el Congreso de la República modifique las leyes existentes, lo cual iría en contra del principio democrático, y por lo tanto, tampoco implica petrificar el sistema jurídico53.

En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

7.4.2. Resolución del caso concreto.

El ciudadano Roberto Junguito Bonnet manifiesta que la norma acusada vulnera el principio de confianza legítima, por cuanto cambió abruptamente las reglas de juego en el ámbito de

los seguros de exequias y omitió establecer un período de transición. No comparte la Corte los anteriores planteamientos, por las siguientes razones.

Como se explicó, el principio constitucional de la confianza legítima le impide al legislador realizar cambios intempestivos, que desconozcan unas expectativas válidas que tenían los agentes del mercado; de allí que, si bien no resulta aceptable sostener que la legislación, en este caso económica, será permanente, si se impone la previsión de períodos de transición, a efectos de ajustar la administración de los empresarios a las nuevas realidades normativas.

Sin embargo, en el caso concreto, la Corte considera que no se cumplen los supuestos de la protección constitucional por cuanto, como se ha explicado, los cambios en la regulación de los seguros exequiales tuvieron lugar en el año 2003, mediante la expedición de la Ley 795, cuyo artículo 111 fue declarado exequible por la Corte en sentencia C- 940 de ese mismo año. Quiere ello decir que los elementos agregados a la regulación del tema de los seguros exequiales, fueron simplemente un complemento de una regulación existente, y por ende, no se está ante ningún cambio imprevisto.

Así las cosas, el cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de la confianza legítima no está llamado a prosperar.

7.5. Análisis del cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de unidad de materia.

El fundamento constitucional del principio de unidad de materia se halla en el artículo 158 Superior, el cual establece que “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”.

En lo que concierne a la clase de vínculo que debe existir entre la norma legal acusada por violar el principio de unidad y la ley de la cual aquélla hace parte, la Corte en sentencia C-778 de 2001 consideró que “Entonces, sólo deben rechazarse por violación de la unidad de materia, aquellas disposiciones respecto de las cuales no sea posible determinar razonable y objetivamente que existen vínculos de conexidad causal, teleológica, temática o sistemática con los fundamentos jurídicos o con la materia general que inspiró la iniciativa legislativa”.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha definido la metodología a seguir en el examen

de constitucionalidad por vulneración del principio de unidad de materia. Así, en primer término, es preciso determinar el alcance material o contenido temático de la ley parcialmente demandada y, en segundo lugar, verificar si la norma que ha sido cuestionada guarda con la materia de la ley alguna relación de conexidad causal, temática, sistemática o teleológica con la misma. Al respecto la Corte ha señalado:

"[R]esulta fundamental determinar el núcleo temático de una ley pues es ese núcleo el que permite inferir si una disposición cualquiera vulnera o no el principio de unidad de materia. En ese sentido resultan valiosos elementos como el contenido de la exposición de motivos en cuanto allí se exponen las razones por las cuales se promueve el ejercicio de la función legislativa y se determinan los espacios de las relaciones sociales que se pretenden interferir; el desarrollo y contenido de los debates surtidos en las comisiones y en las plenarias de las cámaras; las variaciones existentes entre los textos originales y los textos definitivos; la producción de efectos jurídicos en las distintas esferas de una misma materia; su inclusión o exclusión de la cobertura indicada en el título de la ley; etc. La valoración conjunta de todos esos elementos permite inferir si una norma constituye el desarrollo de la materia de la ley de que hace parte".56

Finalmente esta Corporación también ha señalado de manera reiterada que cuando formula una acusación por vulneración de la unidad de materia, corresponde al demandante demostrar (i) cual es el contenido material o temático de la ley concernida; (ii) cuáles son las disposiciones de dicha ley que no guardan relación de conexidad con dicha materia; (iii) las razones por las cuales considera que las normas señaladas no guardan relación con el tema de la ley y, por lo mismo, lesionan el artículo 158 de la Carta57. Sólo si el actor satisface esta carga podrá la Corte examinar los cargos formulados por la supuesta trasgresión del artículo 158 constitucional.

7.5.2. Resolución del caso concreto.

En el caso concreto, el ciudadano Roberto Junguito Bonnet asegura que la norma acusada desconoce el principio de unidad de materia, por cuanto carece de conexidad siquiera causal, teleológica, temática o sistemática con la materia principal de la ley 1328 de 2009. En sus palabras:

"De tal forma que el único vínculo del artículo 86 con los temas financieros son las

prohibiciones y exclusiones impuestas a las empresas aseguradoras, las cuales sí son entidades del sector financiero. No obstante, el proyecto de ley original no se refería a las empresas aseguradoras en general, sino exclusivamente a las compañías del exterior. Regulaba aspectos atinentes al régimen aplicable a las sucursales de bancos y entidades aseguradoras en el exterior (artículo 45ª del proyecto original), al régimen de responsabilidad de tales sucursales (artículo 45 B del proyecto original) y a la inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras por parte de las sucursales… Si bien estas normas fueron complementadas por otras en materia de seguros, todas se inscriben dentro del tema general de liberalización de los servicios financieros y las reglas que deben respetar las entidades aseguradoras del exterior. Estas normas se encuentran en el Título VII de la ley 1328 de 2009.

(…)

En realidad, el artículo 86 es el típico "mico" introducido en una plenaria para favorecer los intereses de ciertas empresas."

Como se puede advertir, la argumentación del ciudadano se encamina es a tratar de probar una vulneración al principio de consecutividad y no aquel de unidad de materia. En efecto, su planteamiento se orienta a mostrar un poco lo sucedido en los debates que tuvieron lugar en el Congreso de la República, más que a explicar las razones por las cuales un artículo que regula un aspecto de la actividad aseguradora, como es el referido a los seguros exequiales, podría ser considerado un cuerpo extraño en una normatividad cuyo temas centrales de regulación son, precisamente, las actividades financiera, de seguros y de mercado de valores.

En este orden de ideas, el cargo por violación al principio de unidad de materia no está llamado a prosperar.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Ausente con excusa

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

Ausetne en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sobre concepto jurídico indeterminado cf., entre otras, las sentencias C- 871 de 2002, C-371 de 2002, C-024 de 1994, C-530 de 1993.

2 Entendiendo por tal, según la definición doctrinaria comúnmente aceptada, la posibilidad de pérdida o desembolso, o el peligro que amenaza la vida o el patrimonio de las personas, sobre el cual no se tiene certeza de su ocurrencia.

3 La anterior conclusión se ve reforzada cuando se evidencia que en el orden jurídico existen diversas instituciones encaminadas a enfrentar “riesgos” y que muchas de ellas no han sido consideradas nunca como actividad aseguradora y tampoco se identifican con el contrato de seguros. En efecto, la doctrina suele definir de manera general el riesgo como “la posibilidad de pérdida o desembolso”, o como el peligro que amenaza la vida o el patrimonio de las personas, sobre el cual no se tiene certeza de su ocurrencia. La forma de enfrentar el riesgo así entendido presenta diversas modalidades jurídicas de carácter preventivo o compensatorio. Tales son, Vg., las reservas contables que se obliga hacer a ciertas personas jurídicas, el desplazamiento del riesgo mediante cláusulas contractuales (como las que obligan a alguno de los contratantes a responder aun en el evento de fuerza mayor o caso fortuito), las medidas de asistencia social o de beneficencia pública, el contrato de seguros, etc.3 En todos estos casos está presente un riesgo que se trata de prevenir o de remediar, pero en algunos de ellos no existen en absoluto referencias sociales o jurídicas que permitan

calificarlos como actividad aseguradora.

4 J. Efrén Ossa Gómez. Tratado elemental de seguros. Ed. Bedout. Medellín. 1956. Pág. 15.

5 Respecto de las razones por las cuales dichos apartes fueron omitidos en el texto definitivo, no hay ninguna explicación en los antecedentes legislativos de los artículos acusados. La intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria expresa que ese recorte de la norma obedeció a que "la Superintendencia de Economía Solidaria en su gestión de supervisión y control y autorización de este tipo de actividades "prestación de servicios funerarios a través de fondos mutuales", cuenta con la facultad discrecional propia de las superintendencias para exigir lo que considere adecuado conforme a la ley a cada entidad solidaria, teniendo en cuenta su diversidad de tamaño, en volumen de operaciones, en número de asociados, que son usuarios y beneficiarios de los servicios funerarios…" Explica que dada la diferencia entre el contrato de servicios funerarios y el contrato de seguros, los requisitos generales que se exigen a las entidades aseguradoras pueden ser los mismos que los que se piden a las entidades de economía solidaria, por lo cual "es natural que sea una facultad discrecional de la Superintendencia de la Economía solidaria, precisamente estatuida para salvaguardar el interés público en relación con las entidades cooperativas del sector solidario."

6 Cf. Ley 389 art. 1°.

7 Intervención de la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO

8 Cfr. Corte Constitucional, Auto del 29 de julio de 1997, expediente D-1718.

9 Cfr. Sentencia C-131 de 1993

10 Sentencia C-1052 de 2001.

11 Sentencia C-1046 de 2001: "…es necesario distinguir, tal y como esta Corte lo ha hecho, entre las nociones de "disposición" y de "contenido normativo". Así, en general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que es posible distinguir entre, de una parte, los enunciados normativos o las disposiciones, esto es, los textos legales y, de otra parte, los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o

reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de las misma". También, en aplicación de la diferenciación entre disposición normativa y contenido normativo la Corte en la sentencia C-573 de 2004, rechazó la solicitud de inhibición de uno de los intervinientes en el proceso, que alegaba que la disposición normativa objeto de la revisión (un inciso del artículo 8º de la Ley 812 de 2003 Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario) configuraba la descripción de un programa sin efectos normativos, es decir sin contenido normativo. Frente a lo que la Corte dijo: "…la inclusión de un programa específico en el Plan de Desarrollo tiene al menos el siguiente efecto normativo concreto: permitir que en el presupuesto sean apropiadas las correspondientes partidas para desarrollar ese programa". De igual manera, a partir de la mencionada distinción en las sentencias C-207/03 y C-048/04 se ratificó lo dicho en la C-426/02, en el sentido de establecer que "[e]l hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto a que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores".

12 Entre muchas otras, ver sentencias C-333 de 1994; C-265 de 1995; C-445 de 1995; C-613 de 1996; C-197 de 1997; C-507 de 1997; C-584 de 1997; C-183 de 1998; C-318 de 1998; C-539 de 1999; C-112 de 2000; C-093 de 2001.

13 Ver, entre otras, las siguientes sentencias C-404 de 2001; C-505 de 2001; C-048 de 2001; C-579 de 2001; C-540 de 2001; C-199 de 2001.

15 Más recientemente, la Corte en sentencia C- 392 de 2007 consideró que "Esta Corporación ha desarrollado una significativa línea jurisprudencial en el sentido que en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado". (negrillas agregadas).

16 Tal y como se afirmó en sentencia C-673 de 2001 "El principio democrático (art. 1 C.P.), el

principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional".

17 Tanto es así que, en el derecho comparado, la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de las leyes, presenta un carácter extremadamente excepcional, por cuanto "Una democracia no podría existir simplemente, si cualquier cambio en el orden económico tuviese que ser indemnizado a los beati possidentis instalados en la legislación anterior", en García de Enterría, E., La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español, Madrid, Edit. Civitas, 2005, p. 18.

18 Ver por ejemplo: C- 269 de 1999; C- 1041 de 2007.

19 Sentencia C-265 de 1994. En el mismo sentido sentencia C-445 de 1995.

20 Sentencia C-392 de 2007.

21 Al respecto ver "Motivación de la propuesta de adición del artículo 111 de la ley 795 de 2003", visible a folios 31 a 33 del cuaderno de intervenciones núm. 1.

22 Ibídem.

23 Gaceta del Congreso núm. 1019 del 9 de octubre de 2009.

24 Ibídem.

25 Sentencia C- 1141 de 2000.

26 Ibídem.

27 Sentencia C- 1041 de 2007.

28 Sentencia T- 760 de 2008.

29 Rojo, A., "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución

española”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 169, 1993, p.309.

30 De Juan Asenjo, La Constitución económica española, Madrid, 1984, p. 115.

31 Ver sentencias C- 616 de 2001 y C- 1041 de 2007.

32 Entre muchas otras, sentencias C- 524 de 1995; C- 815 de 2001; C- 870 de 2003 y C- 992 de 2006.

33 Sentencia C- 616 de 2001.

34 Sentencia C- 815 de 2001.

35 Sentencia C- 616 de 2001.

36 Sentencia C- 870 de 2003.

37 Sentencia T- 021 de 2005.

38 Sentencia C- 392 de 2007.

39 Por el ejemplo el artículo 42 el cual señala que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de sus integrantes, el artículo 53 que consagra entre los principios mínimos del estatuto del trabajo la igualdad de oportunidades de los trabajadores, el artículo 70 que impone al Estado colombiano e deber de asegurar la igualdad de oportunidades en el acceso a la cultura y reconoce la igualdad de las culturas que conviven en el país, el artículo 75 dispone la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro electromagnético y el artículo 209 consagra la igualdad como uno de los principios que orienta la función administrativa.

40 Cfr. Markus González Beilfuss. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

41 Ver sentencia C-093 de 2001.

42 Cfr. Markus González Beilfuss, op. cit., pág. 31 y s.s.

43 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-022 de 1996, C-093/01;

C-1108/01; C-1176/0; C-1191/01; C-043/03 y C-100/04.

45 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, asunto Holtbecker, en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima se definía como la situación en la cual se encuentra un ciudadano al cual la administración comunitaria, con su comportamiento, le había creado unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.

46 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de junio de 1977, asunto Merkur. en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 218. En esta sentencia el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima podía llegar a ser vulnerado por la Comunidad Europea debido a la supresión o modificación con efectos inmediatos, en ausencia de unas medidas transitorias adecuadas y sin que se estuviera ante la salvaguarda de un interés general perentorio.

47 Jesús González Pérez, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, Edit. Civitas, 1989, p. 60.

48 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 15 de julio de 1981, asunto Edeka en J. Boulouis y M. Chevallier, Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo, el TJCE consideró que " las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación en cuanto a los medios para la realización de su política económica; los operadores económicos no pueden justificar una posición de confianza legítima en el mantenimiento de una situación existente que puede ser modificada por esas instituciones en el marco de sus poderes de apreciación".

49 Corte Constitucional, sentencia C- 478 de 1998.

50 Sentencia T-617 de 1995.

51 Sentencia T-617 de 1995.

52 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001.

53 Sentencia C-007 de 2002.

54 Sentencias C-487 de 2002, C-077 de 2007, C-392 de 2007, C-852 de 2005, C-506 de 2006, C-214 de 2007, C-064 de 2005, entre otras.

55 Ver al respecto, sentencia C- 657 de 2000.

56 Sentencia C-501 de 2001.

57 Cfr. sentencia C-832 de 2006.