Sentencia C-940/03

PROYECTO DE LEY-Aprobación en cuatro debates reglamentarios/PROYECTO DE LEY-Modificaciones que hacen parte del régimen previsto en primeros debates/PROYECTO DE LEY-Posibilidad de modificaciones, adiciones y supresiones por las Comisiones Constitucionales en segundo debate/PROYECTO DE LEY-Posibilidad de modificaciones, adiciones y supresiones por las Comisiones Constitucionales en donde se surte en primer debate

COMISION ACCIDENTAL-Objeto e integración

COMISION CONSTITUCIONAL Y PLENARIA-Posibilidad de agregar al proyecto de ley nuevos artículos no considerados en la otra Cámara

COMISION CONSTITUCIONAL Y PLENARIA-Límites a la facultad de modificar o adicionar el proyecto de ley

PROCESO LEGISLATIVO-Principios/PRINCIPIO DE CONSECUTIVIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE IDENTIDAD-Flexibilización/PRINCIPIO DE IDENTIDAD-Alcance

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Alcance/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Interpretación

PROCESO LEGISLATIVO-Relación de los principios

DEBATE PARLAMENTARIO-Inexistencia de vicios de forma

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inexistencia de vicios de forma

ACTIVIDAD FINANCIERA-Alcance/ACTIVIDAD FINANCIERA-Control y vigilancia

COOPERATIVA Y SOCIEDAD MERCANTIL-Control y vigilancia/ACTIVIDAD FINANCIERA-Distribución de competencias entre ley marco y decreto gubernamental

ACTIVIDAD FINANCIERA-Distribución de competencias

ACTIVIDAD FINANCIERA-Reperto de competencias obedece al carácter técnico administrativo común de las actividades

NORMA CONSTITUCIONAL-Concepto no definido

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSATIL Y ASEGURADORA-Concepto jurídico indeterminado

CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO-Subordinación del legislador a la Constitución

CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO-Precisión del legislador depende de la precisión de las referencias de la misma Constitución

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DEFINICIONES LEGISLATIVAS-Intensidad

NORMA CONSTITUCIONAL-Definición de concepto por ley

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Facultad de precisar concepto

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

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Principios y valores a los que está sujeta actividad aseguradora

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Criterio formal de definición/ACTIVIDAD ASEGURADORA-Criterio orgánico de definición/ACTIVIDAD ASEGURADORA-Criterio material de definición

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Conlleva manejo, aprovechamiento e inversión de recursos

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Sujeta a la intervención, vigilancia y control estatal mediante reparto de competencias a través de leyes marco

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Referentes no constitucionales tanto jurídicos como económicos y técnicos que ofrecen una noción comúnmente aceptada

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Doctrina jurídica/ACTIVIDAD ASEGURADORA-Mutualidad

ACTIVIDAD ASEGURADORA-Bases técnico matemáticas se encuentran en la estadística

CONTRATO DE SERVICIO FUNERARIO-Concepto/SERVICIO FUNERARIO-Concepto

SERVICIO FUNERARIO-Antecedentes legislativos

CONTRATO DE SERVICIO FUNERARIO-Alcance

CONTRATO DE SERVICIO FUNERARIO-Involucra un factor asegurativo

SERVICIO FUNERARIO-Factor asegurativo

COOPERATIVA-Cuando prestan servicios de seguros deben especializarse en esa actividad

SERVICIOS DE PREVISION Y SOLIDARIDAD-Servicios funerarios

SERVICIO FUNERARIO-Requieren de una base técnica que los asimila a seguros

CONTRATO DE SERVICIO FUNERARIO-Si involucra un factor de aseguramiento

CONTRATO DE SEGURO-Elementos esenciales

CONTRATO DE SEGURO-Definición acogida por la Corte Constitucional

CONTRATO DE SEGURO-Carácter bilateral y oneroso

CONTRATO DE SEGURO FUNERARIO-Diferencia con el contrato de servicios funerarios

COOPERATIVA-Prestación de los servicios funerarios constituye una práctica autogestionaria

solidaria, ausente de ánimo de lucro

ENTIDADES DEL SECTOR SOLIDARIO-Prestación de los servicios funerarios no constituye contratos de seguro

EMPRESA FUNERARIA-Prestación de servicios funerarios no constituyen contrato de seguros

SERVICIO FUNERARIO-Inexistencia de prima, pago de cuotas fijadas

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.

SERVICIO FUNERARIO-No constituye contrato de seguros

SERVICIO FUNERARIO-Prestación del servicio por personas distintas a las compañías de seguros/SERVICIO FUNERARIO-No es un contrato aleatorio

SERVICIO FUNERARIO-Ejercicio no constituye captación masiva de recursos de manos del público por las entidades financieras

SERVICIO FUNERARIO-Expresión “cualquiera sea su modalidad de contratación y pago” se refiere a las diversas formas en que pueden contratarse

COMPAÑIA DE SEGUROS-Posibilidad de celebrar contratos de seguros exequiales u ofrecer amparos funerarios

SERVICIO FUNERARIO-Quienes lo prestan deben sujetarse a la vigilancia y control que les corresponda según su naturaleza jurídica

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda

Referencia: expediente D-4527

Actor: Jorge Arango Mejía

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, quince (15) de octubre de dos mil tres (2003)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge Arango Mejía, haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40-6 y 95-7 de la Constitución Política, demandó la inexecutable de los artículos 110 y 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, por considerarlos contrarios a los artículos 157 numerales 2° y 3°, 158, 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las normas demandadas como inconstitucionales:

“LEY 795 DE 2003

“14/01/2003

“por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema “Financiero y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia,

“Decreta”

“Artículo 110. Las entidades que en desarrollo de la parte final del inciso segundo del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 presten directamente servicios de previsión, asistencia y solidaridad podrán crear una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines, la cual no estará sujeta a lo previsto en los artículos 33 inciso primero, 50 y 92 inciso segundo de la Ley 79 de 1988 en los términos que establezca el Gobierno Nacional. Los asociados de la cooperativa que le dio origen a la cooperativa así constituida, podrán utilizar los servicios de la nueva cooperativa, así como los asociados de otras cooperativas que participen en su conformación. En este último caso, las decisiones se adoptarán según lo previsto en el artículo 96 de la Ley 79 de 1988.

“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.

“Parágrafo 1°. 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 2°. 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.”

III. LA DEMANDA

El actor considera que el aparte demandado es inconstitucional por razones de fondo y de forma. Aduce que en el proceso de expedición de las normas que acusa se desconocieron los artículos 157, numerales 2° y 3°, y 58 de la Constitución Política, y que además, por su contenido, esas disposiciones resultan contrarias a los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Carta. El desconocimiento de cada una de estas norma superiores, la explica así:

1. Violación de los numerales 2° y 3° del artículos 157 de la Constitución

En lo que se refiere a la violación de los numerales 2° y 3° del artículo 157 de la Constitución, el demandante señala que estas normas indican que ningún proyecto será ley sin haber sido aprobado en primer debate en la comisión correspondiente de cada cámara y en segundo debate en la plenaria de la misma. Agrega que las comisiones accidentales previstas en el artículo 161 de la Carta, cuya función es preparar el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria cuando surjan diferencias en las cámaras respecto de un proyecto, no pueden reemplazar a las comisiones constitucionales permanentes y menos a las plenarias; por eso, continua, cuando un tema nuevo que no guarda relación material con el resto del articulado surge durante el debate en una de las cámaras, pero ese tema no fue considerado ni mencionado en la comisión permanente ni en la plenaria de la otra, por donde se inició el trámite, tal asunto no puede ser objeto de la actividad de la comisión de conciliación, pues se desconocería el requisito de los cuatro debates exigido por el artículo 157 superior. Citando extensamente jurisprudencia de esta Corporación relativa a los principios de consecutividad e identidad que presiden el trámite aprobatorio de las leyes¹, concluye que de ella se deriva que “el argumento de que lo acordado por las comisiones accidentales y ratificado por las plenarias en la repetición del segundo debate (artículo 161 de la C.P), sanea el trámite defectuoso y purga el vicio consistente en la falta del primer debate, no es aceptable.”

Enseguida la demanda entra a explicar cuál fue el trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 795 de 2003, destacando lo siguiente: (i) que en el proyecto de ley 106 de 2001 Cámara, presentado por el ministro de Hacienda y que posteriormente vino a ser la Ley 795 de 2003, no aparecen los artículos 110 y 111 sobre cooperativas de servicios funerarios que hacen parte de la citada ley, ni ninguno otro con contenido semejante; (ii) que tampoco figuran en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, ni en el texto aprobado por la Comisión Tercera Constitucional Permanente de esa misma Corporación, en donde esos temas ni siquiera se mencionaron; (iii) que en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes aparecen los artículos 111 a 123 “que, en general, versan sobre las cooperativas de ahorro y crédito o financieras, pero para nada se mencionan los servicios funerarios ni las actividades de cooperativas o personas jurídicas o naturales relacionadas con tal seguro o servicio” y que en el texto aprobado por la plenaria de esa corporación legislativa no aparecen los actuales artículos 110 y 111 de la Ley 795, ni textos semejantes, siendo claro que “durante el trámite correspondiente a los debates primero y segundo, en la Comisión Tercera de la Cámara y el la Plenaria de esta misma Corporación, no se debatieron,

y por lo tanto no se aprobaron, los artículos 110 y 111 de la Ley 795". Por lo tanto, "los llamados servicios funerarios ni siquiera fueron mencionados durante el trámite que se cumplió en la Cámara."

Continuando con el relato de la manera en que se surtió el trámite de la Ley 795 de 2003 y particularmente de los artículos de la misma que acusa, el demandante prosigue examinando el proceso legislativo que se dio en el Senado de la República. Al respecto indica: (i) que en la ponencia para primer debate en la comisión tercera de esa corporación, aparecen los artículos 111 y 112, "semejantes a los artículos 110 y 111 de la Ley 795", y que "allí se mencionan los servicios funerarios definidos en el parágrafo de la segunda de tales normas"; (ii) que en el texto aprobado por dicha comisión "aparecen un artículo semejante al 110 de la Ley 795, distinguido con el número 111, y otro, distinguido con el 112, que mencionan los "servicios de tipo exequial" y advierte que el "contrato de prestación de servicios exequiales" no constituye actividad aseguradora.

Seguidamente el demandante afirma que del trámite descrito claramente se ve que los dos artículos aprobados por la Comisión del Senado fueron normas nuevas que no habían sido consideradas ni aprobadas por la Cámara en los debates primero y segundo. A su parecer, corrobora lo anterior el hecho de que, en la ponencia para segundo debate en el Senado, el ponente, al presentar estas normas, dijera: "Se introduce en el proyecto de ley una definición que reconoce que la prestación de servicios exequiales prepagados no constituye actividad aseguradora".² Por todo ello, estima que se desconocieron los numerales 2° y 3° del artículo 157 superior, toda vez que, para su aprobación, los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003 no habrían sido objeto de los cuatro debates exigidos por esas disposiciones constitucionales.

Adicionalmente a lo anterior, el demandante aduce que las normas que acusa desconocen el artículo 158 de la Carta, según el cual "(t)odo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión..."

Para explicar el alcance de esa disposición superior, la demanda se apoya en la cita de la jurisprudencia de esta Corporación vertida en la Sentencia C- 390 de 1996. Y con base en ella sostiene que como los artículos 111 y 112 que se aprobaron en la Comisión Tercera del Senado rompían la unidad temática, el presidente de esa célula legislativa debió rechazarlos; como no lo hizo, continúa el actor, "desconoció, por lo mismo, el debido proceso en la formación de las leyes". Agrega que, de esta manera, la comisión Tercera carecía de competencia para ocuparse de esos temas nuevos, porque el artículo 158 superior se lo prohibía, por lo cual, al estudiarlos y aprobarlos incurrió en un vicio no de forma sino de fondo, "pues no de otra manea puede considerarse la falta de competencia".

Tras explicar lo anterior, la demanda continua relatando el trámite que la Ley acusada surtió en el Congreso, señalando que, como el proyecto correspondiente había sido aprobado divergentemente en la Cámara y en el Senado, se imponía dar cumplimiento al lo dispuesto por el artículo 161 de la Constitución, e integrar las comisiones accidentales a que esta norma se refiere, para que ellas prepararan el texto que sería sometido a la decisión final de

las plenarios. No obstante, al parecer del actor, de la lectura del acta de la sesión correspondiente se deduce que en la repetición del segundo debate en el Senado no se leyó ni se consideró el texto definitivo acordado por las comisiones accidentales, pues lo único que se leyó y aprobó fue el informe preparado por estas comisiones, mas no el texto mismo de ley sujeto a aprobación. En tal virtud, estima que no hubo repetición del segundo debate en el Senado, puesto que no era posible debatir sobre normas que los senadores desconocían, dado que lo único que había estado a su disposición era el informe de la comisiones en el cual no figuraba el texto objeto de conciliación.

3. Violación de los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 24, y 335 de la Constitución.

A juicio del ciudadano demandante, los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003 quebrantan los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numeral 24 y 335 de la Constitución, “porque sustraen de la intervención y de la vigilancia del Estado una actividad económica que reúne todos los requisitos o elementos del contrato de seguros”.

Para explicar el cargo, el actor formula la siguiente pregunta: “¿puede el legislador determinar que un negocio que es un verdadero contrato de seguros, no lo es, y sustraerlo así de las reglamentaciones especiales de la actividad aseguradora, consagradas en la propia Constitución? Y para responder a ella hace el siguiente análisis:

“De conformidad con el artículo 335 de la Constitución, las actividades, financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforma a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias.

“En concordancia con esta norma, el literal d) del numeral 19 del artículo 150, faculta al Congreso para dictar las leyes que regulan la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

“Y el numeral 24 del artículo 189 señala como una de las atribuciones del Presidente de la República la de ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera, bursátil, aseguradora o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.”

En enseguida, citando jurisprudencia de esta Corporación³, la demanda aduce que “el negocio de los seguros implica una masiva captación de recursos del público, que explica y justifica la especial vigilancia del Estado que consagran los artículos 335 y concordantes”, por lo cual, en desarrollo de estas normas superiores, el numeral 3° del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) establece 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.

Continúa el libelo demostrando que el contrato de servicios funerarios o exequiales es un verdadero contrato de seguros y que solamente puede cumplirse con sujeción a las normas que regulan la actividad aseguradora. Para arribar a esa conclusión, explica que tal contrato de servicios funerarios reúne todos los elementos que caracterizan al contrato de seguros, cuales son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

Citando la definición de contrato de seguros dada por la h. Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 002 de 1994, y la doctrinal acogida por esta Corporación en la Sentencia C-269 de 1995, explica en qué consiste cada uno de sus elementos y entra a compararlos con los elementos del contrato de servicios funerarios en las diversas modalidades con que el mismo se ofrece en el mercado. Al respecto afirma que (i) en los seguros exequiales, lo mismo que en los contratos de seguros funerarios, existe un interés asegurable en la persona asegurada, que consiste en “trasladar a un tercero las consecuencias económicas negativas de la muerte de una persona (el propio contratante o sus parientes), con el fin de que sea ese tercero el que asuma esos gastos, bien directamente o bien contratando con otras entidades la prestación de tales servicios”; (ii) que en cuanto al riesgo asegurable “es evidente que la muerte, que causa los gastos de entierro, es un hecho cierto, pero que está expresamente considerado como un riesgo asegurable por el código de comercio y por todas las legislaciones del mundo” puesto que la incertidumbre respecto de la muerte no se refiere a la ocurrencia de ésta sino a la fecha en que llegará; (iii) que la prima es el precio del seguro, y que en los servicios funerarios dicha prima se denomina cuota periódica; agrega que el contrato de servicios funerarios, al igual de que el de seguros, se lleva a cabo con base en la ley de los grandes números y en la constitución de un fondo mutual para atender los riesgos asegurados; sin embargo, el legislador no exige la constitución de reservas ni la inversión de la mismas de manera determinada, lo que sí exige de manera general en los demás seguros. (iv) que la obligación condicional de asegurador también está presente en los contratos de servicios funerarios y consiste en el pago de una indemnización en especie.

Destaca luego que el hecho de que los servicios exequiales se presenten, en algunos casos, como un servicio prepagado, no cambia su naturaleza de actividad aseguradora, pues ya esta Corporación ha definido que dichos servicios prepagados corresponden a una actividad aseguradora.⁶ Agrega que la “actividad aseguradora que realizan las entidades que prestan los servicios funerarios, no es la prestación de los servicios como tal, una vez ocurrido el siniestro, sino la asunción de riesgos, a cambio de una prima, que las obliga a prestar los servicios una vez ocurre el siniestro.

De todo lo anterior concluye la demanda que los llamados servicios funerarios o exequiales son verdaderos contratos de seguros y que “su verdadera naturaleza no cambia porque una ley, con el propósito de sustraerlos a la intervención del Estado y a la vigilancia del gobierno, afirme que no son contrato de seguros.”

Finalmente, en una serie de consideraciones finales sobre el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, el demandante hace ver que en el proyecto de artículo que fue aprobado por la Comisión Tercera del Senado (artículo 112 en ese proyecto) se establecían una serie de requisitos para la prestación de los servicios exequiales (entre estos se decía que solamente podría prestar esta clase de servicios las sociedades comerciales y las entidades

cooperativas o mutuales cuyo objeto fuera exclusivamente ese; además, estarían sometidos a inspección oficial, necesitaban acreditar cierto patrimonio mínimo, etc.), y se daba un plazo de un año a las empresas que actualmente ofrecen servicios funerarios para cumplir esos requisitos. Sin embargo, agrega el actor, “en el trámite apresurado y negligente del segundo debate en el Senado, y luego en el trámite irregular para dar aparente cumplimiento al artículo 161 de la constitución, desaparecieron los requisitos”. No obstante lo anterior, “el parágrafo se conservó COMO SI EN LA NORMA FINALMENTE APROBADA SE EXIGIERAN LOS REQUISITOS, Y EL PLAZO PARA CUMPLIRLOS SE ELEVÓ A DOS (2) AÑOS.”

IV. INTERVENCIONES

Siguiendo el orden cronológico en que fueron presentadas, se resumen enseguida las intervenciones dentro del presente proceso:

En representación de la Federación Nacional de Comerciantes -FENALCO- intervino su presidente, el ciudadano Sabas Pretelt de la Vega, quien solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del artículo 111 de la Ley 795 de 2003. En sustento de su solicitud adujo que la disposición mencionada o sólo de adecua a la Constitución, sino que su contenido “permite a las funerarias del país continuar adelantando la prestación del servicios funerarios mediante planes exequiales, cuya labor legítima e idóneamente han venido realizando durante más de 50 años, y evita que prosperen interpretaciones tendientes a considerar que una actividad que en la práctica es inherente a la actividad de las empresas funerarias, se sustraiga de las mismas para considerarse de exclusiva contratación por parte de las compañías aseguradoras.”

En relación concreta con los cargos formulados en la demanda, la intervención manifiesta lo siguiente.

a. En cuanto a los vicios de procedimiento en que se habría incurrido en la aprobación del artículo 11 de la Ley 795 de 2003, el gremio interviniente expresa no compartir la interpretación que el demandante hace de los textos superiores y de la normas legales que regulan la materia. Al respecto indica que “si bien el artículo 157 de la Carta Política establece como requisitos ordinarios para que un proyecto se convierta en ley que el mismo haya “...sido aprobado en primer debate en la comisión permanente de cada Cámara y “haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate”, el artículo 160 inciso 2° constitucional, consagra como excepción al trámite ordinario, la posibilidad de que durante el segundo debate cada Cámara pueda introducirle al articulado sometido a su conocimiento, “...las modificaciones , adiciones y supresiones que juzgue necesarias.” En tales casos, agrega la intervención, las discrepancias que puedan surgir entre lo aprobado en cada una de la Cámaras, debe zanjarse acudiendo a lo dispuesto por el artículo 161 constitucional. Por lo anterior, un entendimiento armónico de los mandatos constitucionales citados llevaría a concluir que “mal podría entenderse que los artículos objeto de discrepancia cuyo texto es conciliado por la Comisión accidental, y cuya vocación natural es precisamente su no correspondencia con lo dispuesto originalmente en el debate de la comisión y la plenaria de alguna de las dos Cámaras legislativas, no cumplen los requisitos de los numerales 2 y 3 del artículo 157 constitucional por “faltarles dos debates: el de la Comisión Permanente y el de la plenaria” como lo pretende el demandante. Siguiendo con la anterior argumentación, y

citando ampliamente jurisprudencia de esta Corporación, la intervención expresa que las discrepancias que dan lugar a conciliación incluyen dentro de tal concepto los artículos nuevos, esto es, los que son aprobados por una de las plenarios y no se incorporan en el texto de la otra Cámara legislativa.

Expresado lo anterior, la intervención entra a examinar cada uno de los pasos del trámite que surtió el artículo 111 de la Ley 795 de el Congreso, para demostrar que dicho proceso se ajustó en todo a las normas constitucionales y legales que regulan la materia. Al respecto indica que (i) efectivamente existía una discrepancia como presupuesto constitucional para el trámite legislativo de excepción relativo a las comisiones de conciliación, puesto que el texto del actual artículo 111 fue introducido durante el debate en el Senado y no aparece en el trámite surtido en la Cámara de Representantes. (ii) La comisión de conciliación, para finiquitar la divergencia, acogió la modificación aprobada por la plenaria del Senado. (iii) Las plenarios de Cámara y Senado aprobaron como texto definitivo del proyecto, en relación con las divergencias objeto de conciliación, el correspondiente a las modificaciones aprobadas por la plenaria del Senado. (iv) El artículo demandado se refiere a la materia objeto del proyecto de ley, toda vez que su texto no es extraño a la materia y contenido del proyecto.

Ahora bien, el gremio intervinente es enfático en descartar la acusación formulada en la demanda según la cual lo aprobado en las plenarios fue únicamente el informe de conciliación mas no el texto conciliado. Considera que esta aseveración es un “despropósito”, por cuanto “lo que se presenta y solicita en el informe es el adoptar “el texto definitivo” del proyecto, el cual, naturalmente se anexa al informe de conciliación y cuando las plenarios imparten tal aprobación se cae de su peso que lo hacen sobre el articulado allí referenciado.” Sobre el asunto añade que encuentra “paradójico” que se diga que el texto conciliado no fue conocido por la plenaria del Senado, cuando la propuesta de la comisión de conciliación fue justamente acoger el texto que había sido aprobado por el mismo Senado en sesión plenaria durante el segundo debate.

Resalta también la intervención, que el hecho de que un artículo sea nuevo, no quiere decir que la materia sobre la que versa sea también nueva. Al respecto, indica que uno de los núcleos temáticos que se evidencian en el proyecto de ley del cual hizo parte el actual artículo 111 es la “materia aseguradora”, con la cual se relaciona directamente la norma impugnada. Por tal razón, no estima desconocido el artículo 158 superior relativo al principio de unidad de materia, ya que la correlación del artículo 111 con el Proyecto de ley salta a la vista. En efecto, afirma, la materia aseguradora fue objeto de análisis y debate durante todo el tránsito legislativo del proyecto, pues desde el inicio y durante todo el trámite se propusieron y examinaron como materias algunos “ajustes a las normas del sector asegurador” que se consideraban necesarios. Ahora bien, de la lectura del artículo cuestionado claramente se colige su innegable alusión al tema asegurador, ya que establece un lineamiento relacionado con el ámbito de operación de las compañías de seguros.

Ahora bien, si se tienen en cuenta, dice la intervención, que las aseguradoras tienen un accionar restringido no sólo por el objeto social que les atribuye la ley, sino por las operaciones específicas que les sean autorizadas por el Estado, se concluye que es al legislador a quien en primera instancia corresponde delimitar su ámbito de operación, cometido que se realiza no sólo señalando de manera expresa y taxativa las operaciones

específicas para las cuales se encuentran autorizadas, sino también aquellas que no hacen parte de la esfera de su capacidad legal. En este sentido, continua, el artículo 111 no hace otra cosa que precisar el campo de la competencia de las aseguradoras, al indicar que cuando los servicios funerarios incorporen su prestación en especie no constituyen actividad aseguradora y, por lo mismo, no caen dentro de las operaciones que de manera privativa están autorizadas a las referidas entidades. Dicho lo anterior, se pregunta el interviniente en qué otro tipo de ley podría haberse incluido una ley que delimita el alcance de la actividad aseguradora, si no fuera dentro de aquella en la que dictan normas referentes a ella y se regula la intervención del gobierno en la misma. Recuerda entonces que el proyecto de ley 106 de 2001 Cámara, 279 de 2002 Senado, que vino a ser la Ley 795 de 2003, “corresponde al ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución al Congreso de la República en relación con las actividades financieras y aseguradoras referidas, y en desarrollo de las cuales está facultado para delimitar su alcance, dictar normas generales y disposiciones relacionadas con la intervención del gobierno en el tema.” En el caso concreto del artículo 111 esas facultades se utilizaron para precisar un campo “que no constituye actividad aseguradora” y que, por lo tanto, queda librado a la libre iniciativa privada que ampara el artículo 333 de la Carta Política. Lo anterior no implica que se esté disponiendo sobre la actividad de las empresas funerarias, sino sobre las empresas aseguradoras y su límite de acción.

Concluye este aparte de la intervención indicando que “parece contradictorio que el demandante en la primera parte de la demanda, aludiendo a los vicios de trámite del artículo, insistentemente señale que no se presenta unidad de materia con el proyecto de ley que ajusta el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pero en el cargo subsiguiente alegue la inconstitucionalidad de la norma basándose en que el contrato de servicios funerarios sí es actividad aseguradora.”

b. En un segundo acápite, la intervención de la Federación Nacional de Comerciantes entra a examinar los cargos de fondo aducidos en la demanda en contra del artículo 111 de la Ley 795 de 2003. Este cargo, se recuerda, consiste básicamente en afirmar que el Congreso carecía de competencia para “determinar que un negocio que es un verdadero contrato de seguros, no lo es, y sustraerlo así de las reglamentaciones especiales de la actividad aseguradora, consagradas en la propia Constitución.”

En esta parte inicialmente la intervención afirma que los planes preexequiales han sido ofrecidos en Colombia por las empresas funerarias por más de cincuenta años, como una modalidad de contrato de prestación de servicios y con la aquiescencia del Estado, por lo que la precisión realizada por el legislador en el artículo 111 “no implica la modificación de la naturaleza de la prestación de servicios funerarios a que alude la norma, en el sentido de que antes constituyera seguro y con ocasión de la Ley 795 haya perdido tal carácter.” Agrega que incluso podría afirmarse que la prestación de servicios bajo esta modalidad se convirtió en una costumbre social con validez jurídica, ante la inexistencia de legislación positiva sobre el tema.

No obstante, continua la intervención, “fue a partir de los últimos dos años, que surgió el interés de las compañías aseguradoras de hacer suya esta actividad, y considerando que para lograr este cometido contrario al devenir de la costumbre tal servicio debía

necesariamente entenderse enmarcado dentro del carácter de seguro, buscaron que se interpretara que tales planes exequiales constituían “contrato de seguro”. Así, las aseguradoras “solicitaron a la Superintendencia Bancaria que declarara que tal actividad lo era y por tanto que sólo a ellas era permitido realizarlos; ante lo cual las funerarias del país y nuestra Federación, solicitamos a la superintendencia desestimar tal petición habida cuenta de las particularidades de los servicios prestados por las funerarias.”

c. Se adentra luego la intervención en una serie de consideraciones que pretenden demostrar que “no existe una obligación constitucional de considerar como actividad aseguradora toda aquella que implique la asunción de un riesgo o confiera tranquilidad frente a la realización de una prestación futura”. Para ello se recuerda que según la Constitución las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los dineros captados del público es de interés público y que, de acuerdo con la ley, requieren autorización estatal previa para su ejercicio, precisando que corresponde al Congreso dictar la regulación sobre las mismas, a la cual debe someterse la intervención del Gobierno sobre la materia. (C.P artículos 335, 150 numeral 19 y 189 numeral 24.) Sin embargo, sostiene que en esas normas superiores “no establecen de manera directa el contenido y alcance material de las actividades previstas por las normas referidas, dejando que fuera, por expresa atribución, el legislador quien lo determine.

Agrega entonces el gremio interviniente que son muchas las actividades cuya prestación implica la asunción de un riesgo y que no por ello implican actividad aseguradora, citando al respecto algunos ejemplos en los cuales “se pagan bajas cuotas mensuales por la tranquilidad de recibir un servicio cuando éste se requiera, en las más variadas índoles de campos; verbigracia, por contar con un servicio de grúa en caso de fallas de un vehículo, de reparación de computadores y equipos tecnológicos o incluso su reposición, de atención de pleitos en caso de que se presenten. El valor de estos pagos se realiza con independencia del costo mismo del servicio a que haya lugar, y sin lugar a su restitución en caso de que no se presente la situación que daría origen a su prestación...” De esta manera, estima que es claro que no todas las actividades que comparten el resultado buscado por el contrato de seguro necesariamente deben ser abordadas a través del mismo, y que lo que se deduce de los mandatos constitucionales es que la actividad aseguradora considerada de interés público y que requiere de autorización estatal para su ejercicio es aquella que determine como tal la ley, no estando el legislador obligado a señalar como tal toda aquella actividad que implique la tranquilidad sobre la realización de una prestación futura a la asunción de un riesgo en su sentido general.” Precisamente, en el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, el legislador clarificó que la prestación de servicios funerarios no constituye actividad aseguradora.

d. Continúa la intervención contradiciendo los argumentos de la demanda, y para ello entra a sostener que en los contratos de servicios funerarios no se configuran los elementos del contrato de seguros. A ese efecto recuerda que el artículo 1.045 del Código de Comercio establece los elementos esenciales del contrato de seguro, estableciendo expresamente que en defecto de cualquiera de estos elementos el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

En lo que tienen que ver con el “interés asegurable”, se asevera que dicho elemento del

contrato de seguros no está presente en el de servicios funerarios, por cuanto: (i) “la muerte no se concibe como un hecho que amenaza y que se quiere evitar; por el contrario, la misma se presupone como elemento propio del contrato de servicios funerarios”; (ii) no existe ninguna relación económica amenazada por la causación de la muerte, pues la misma no apareja como consecuencia la obligación legal de realizar el ritual fúnebre para el particular contratante; lo anterior por cuanto no existe norma legal que atribuya este deber a los particulares⁷ y en cambio el mismo si corresponde al Estado, como se deduce del hecho de que el sistema de seguridad social en pensiones regulado por la Ley 100 de 1993 es el obligado a asumir los gastos de entierro para los afiliados y pensionados del régimen contributivo (Ley 100 de 1993, arts. 51 y 86) y de que, así mismo, el sistema general de riesgos profesionales tiene igual obligación de cubrir los gastos fúnebres de sus afiliados. Agrega que tratándose de la muerte de personas que fallecen a causa de riesgos catastróficos o de accidentes de tránsito no amparados por el SOAT, independientemente de que se trate de afiliados al sistema de seguridad social, el Estado debe asumir los gastos de entierro con cargo al FOSYGA. Adicionalmente, en el caso de personas de bajos recursos que no tengan afiliación al sistema y que fallezcan por causas diferentes a los riesgos catastróficos y accidentes, el Código de Régimen Municipal establece que los municipios deben asumir los gastos de entierro. En virtud de lo anterior, “ante la inexistencia de relación económica amenazada por no surgir con la muerte el deber de realizar los gastos relativos a las pompas fúnebres, carecería el contratante de “interés asegurable”; (iii) el valor de los servicios fúnebres no se traslada a un tercero en el sentido del seguro, sino que es asumido directamente por el contratante del servicio de manera previa a su realización, al pagar la cuota mensual que acuerdan las partes como contraprestación; el objeto del contrato es la prestación del ritual fúnebre, y la cuota periódica es la obligación pecuniaria correlativa, que se cancela anticipadamente; lo cual no se desvirtúa por el hecho de que el costo de los servicios funerarios sea superior o inferior al valor de las cuotas canceladas al momento de la muerte, asunto que en virtud de la autonomía de la voluntad la partes pueden libremente convenir, y que forma parte del alea del negocio.

En relación con el “riesgo asegurable”, la intervención del gremio de los comerciantes asevera que los contratos de servicios funerarios “no amparan la muerte”; simplemente, este hecho da origen a las prestaciones en especie a cargo de la empresa funeraria, puesto las mismas presuponen “la existencia de un difunto.” Prueba de que la muerte no opera en calidad de riesgo en este tipo de contratos, es que para su celebración no existe la obligación de declarar “el estado del riesgo” a que alude el artículo 1.058 del Código de Comercio. Además, como la muerte no apareja la obligación de realizar honras fúnebres, desde esta perspectiva no existe tampoco un riesgo asegurable.

Reiterando los mismos argumentos, la intervención sostiene que “la prima del seguro”, entendida como la contrapartida por la asunción del riesgo no se presenta en los contratos de servicios funerarios, toda vez que, de un lado, la muerte no es un riesgo sino una fecha cuya llegada hace exigible la obligación de prestar el servicio, y de otro, el valor de los servicios fúnebres no se traslada aun tercero, sino que es asumido anticipadamente por el contratante del servicio al pagar las cuotas mensuales acordadas.

En cuanto a la obligación condicional del asegurador, FENALCO arguye que la misma no se da, por cuanto la obligación de la empresa funeraria no es condicional sino a plazo.

Acudiendo a las normas generales del Código Civil relativas a obligaciones condicionales y a término, recuerda que la condición es un hecho futuro e incierto, cosa que la muerte no es, y que el plazo o término, en cambio, es un hecho cierto que necesariamente ha de suceder, como la muerte de una persona. El plazo, de otro lado, puede ser cierto o incierto. En este orden de ideas, es claro que en los contratos de servicios funerarios la obligación de hacer por parte de la empresa funeraria es a plazo indeterminado, "que viene dado por la fecha de la muerte de la persona beneficiaria del servicio".

Destaca luego el interviniente que el objeto de la obligación en los contratos de servicios funerarios es el servicio de pompas fúnebres y no el pago de una "indemnización", como ocurre en los contratos de seguros de daños, pues "no giran entorno del eventual perjuicio que pueda sufrir el contratante", en cuanto la muerte no se considera como un riesgo, según antes dijo, ni el contratante está en presencia de un daño que sea de su cargo reparar, ya que los gastos fúnebres no constituyen para él un perjuicio. Por tal razón no se establece un monto máximo del valor asegurado ni hay subrogación de la empresa funeraria en los derechos que pueda tener el contratante frente al tercero que ocasiona la muerte. Tampoco hay lugar a pago de "suma asegurada" como objeto de la obligación en los seguros de personas, pues en los servicios funerarios la obligación de la empresa funeraria no es el pago de sumas de dinero, sino la prestación de un servicio póstumo. Así, la obligación del asegurador es de dinero, al paso que la obligación de la empresa funeraria es de especie.

Finalmente, profundizando sobre las diferencias que se presentan entre el contrato de seguros y el de servicios funerarios, la intervención señala que mientras en el contrato de seguro la prestación asegurada debe cumplirse dentro del mes siguiente a la fecha de acreditación del derecho, en los contratos funerarios la obligación de prestar el servicio es inmediata.

e. Finalmente, a manera de conclusión, el gremio interviniente afirma que existen razones de peso que permiten inferir que el contrato de servicios funerarios difiere del contrato de seguros, por lo cual la exclusión hecha en el artículo 11 de la Ley 795 de 2003 no es caprichosa cuando señala que no constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios. Agrega, que no sobra mencionar que "tampoco hay lugar en estos casos a manejo de recursos de captación por no encuadrarse en la definición legal sobre la materia, que en este caso se encuentra contenida en el artículo 1 del decreto 1981/88 y que se excluye evidentemente por cuanto las cuotas recibidas del contratante por parte de las empresas funerarias tienen como contraprestación la obligación de realizar el servicio funerario cuando éste se requiera. 8"

En tal virtud, a juicio de FENALCO, no hay un fundamento constitucional serio para impedir que el sector funerario preste los servicios que viene prestando y de la forma jurídica en que lo viene haciendo y, en cambio, la limitación consistente en estimar que su actividad es aseguradora aparejaría un detrimento injustificado para el sector, detrimento que, por el contrario, desconocería los postulados constitucionales de equidad y la libre iniciativa privada contenidos en los artículos 333 y 13 superiores. "Al atribuirle la exclusividad en la realización de contrato de servicios funerarios a las compañías de seguros,... se estaría impidiendo al empresario del sector funerario desarrollar una actividad que ha sido inherente al giro ordinario de su negocio, causando un descomunal perjuicio cuya ausencia de justificación es

notoria”

Finalmente menciona que las consecuencias prácticas de excluir a las empresas funerarias de la celebración de los contratos exequiales serían francamente negativa pues esta actividad genera 150.000 empleos directos, atiende un promedio de 32.500 servicios mensuales y de él se benefician 6´000.000 millones de personas.

2. Intervención de la Federación Nacional de Aseguradores Colombianos FASECOLDA

Oportunamente intervino dentro del proceso la Federación Nacional de Aseguradores Colombianos -FASECOLDA-, a través de su representante legal, el ciudadano Manuel Guillermo Rueda Serrano.

Siguiendo el mismo orden de la demanda, la intervención del gremio asegurador se refiere a cada una de las acusaciones de la siguiente manera:

a. En cuanto a la vulneración de los numerales 2 y 3 del artículo 157 de la Constitución Política ocasionada por la falta de los cuatro debates reglamentarios exigidos para la aprobación de las leyes, el interviniente manifiesta compartir las acusaciones formuladas en la demanda. A su parecer, los artículos demandados contemplan aspectos que no fueron discutidos en lo más mínimo en la Cámara de Representantes y que sólo vinieron a aparecer en el Senado de la República, por lo cual solicita a la Corte que los declare inexecutable.

b. En cuanto al cargo por violación del artículo 158 superior, aduce que siguiendo la jurisprudencia vertida por esta Corporación puede afirmarse que “los proyectos de ley deben concretarse y circunscribirse a los puntos definidos por el mismo Congreso como objeto de cada iniciativa, con lo cual se brinda seguridad jurídica y un adecuado marco para la aplicación de las mismas.” Esto hace que, si bien se pueden introducir modificaciones o adiciones a los proyectos de ley , ellas deben hacer referencia a la materia que se viene discutiendo, es decir, no pueden ser extrañas al objeto del proyecto. En el caso de las normas demandadas, “no es fácil entender por qué en una ley que regula la actividad financiera y aseguradora se incluye un artículo que, precisamente, señala que una determinada actividad “no es aseguradora”, si precisamente lo que la ley regula son las actividades aseguradoras y no aquellas que supuestamente no lo son.” Agrega que a pesar de que estima que los contratos de servicios funerarios son verdaderos contratos de seguros, considera que existe una violación clara del artículo 158 superior, al pretender regular una actividad no aseguradora en una ley del sector financiero y asegurador, pues “no se ve como dentro del Estatuto Orgánico del sistema Financiero encaje una norma como la demandada (artículo 111) que regula los servicios funerarios y equivocadamente ... dispone que éstos no constituyen una actividad aseguradora”.

c. En relación con los cargos de inconstitucionalidad material esgrimidos en la demanda, según los cuales los contratos de servicios funerarios constituyen actividad aseguradora y en tal virtud deben ser objeto de la intervención y vigilancia del Estado, FASECOLDA arguye que dichos contratos “coinciden materialmente con los contratos de seguros”, sin que sea necesario realizar un análisis complementario del efectuado por el demandante, en la medida en que allí se deja claro ese punto. Además, sostiene que del texto mismo de dichos contratos, de los cuales anexa algunas copias a manera de ejemplo, se deriva su

concordancia material con el contrato de seguros. En tal virtud, las personas que se dedican a prestar dichos servicios deben quedar sometidas a la vigilancia estatal por tratarse de una actividad de interés general. Vigilancia que se lleva a cabo por intermedio de la Superintendencia Bancaria, según la regulación estricta contenida principalmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las demás normas que expida el Gobierno Nacional en desarrollo de la función de regulación de la actividad financiera y aseguradora que le fue concedida por la Ley 35 de 1993 (Ley Marco del Sector Financiero y Asegurador).

Algunos aspectos de esta regulación, continua la intervención, exigen a las compañías de seguros el contar con un capital mínimo de constitución que debe acreditarse permanentemente, cuya cuantía asciende a cinco mil ochocientos millones de pesos, si no realizan operaciones de reaseguro, y de veintitrés mil quinientos treinta y ocho millones de pesos, si realizan dichas operaciones. Como complemento de este capital mínimo, deben acreditar un capital técnico por cada ramo de seguros que tengan autorizado, que es fijado por el Gobierno Nacional. Deben, además, cumplir con un margen de solvencia y se encuentran obligadas a constituir unas reservas técnicas que están sujetas a un régimen de inversiones legalmente regulado.

Ahora bien, es tal claro el interés público que reviste la actividad aseguradora que la legislación nacional, al igual que la de otros países, contempla normas que prohíben a personas no autorizadas ejercer la actividad aseguradora, lo anterior con un claro propósito de protección no sólo a los inversionistas, sino principalmente a los consumidores. Desde esta perspectiva, continua la intervención del gremio asegurador, “carecería de sentido y resultaría contrario a nuestra Carta Política que el legislador, como lo hizo en el artículo 111 demandado, autorice a personas sin ningún tipo de requisito ni vigilancia estatal para realizar una actividad que en nuestra opinión es aseguradora.” Dicha norma “dicha norma pone en riesgo el interés público protegido por la Constitución Nacional en perjuicio de los usuarios, actuales y potenciales, de los susodichos servicios funerarios.”

Con fundamento en la anteriores consideraciones, FASECOLDA solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

3. Intervención de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE.

En su condición de representante legal de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE, intervino oportunamente dentro del proceso el ciudadano Alejandro Venegas Franco, quien solicitó a esta Corporación declarar la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

En primer lugar la intervención se refiere al cargo esgrimido por desconocimiento de los numerales 2 y 3 del artículo 157 de la Constitución, para señalar que, conforme a la descripción hecha por el actor en la demanda, “se infiere la súbita incorporación, en la etapa final de la discusión en el Congreso de la República, de las disposiciones de las cuales se pretende la declaración de inconstitucionalidad”, lo cual resulta contrario a las normas superiores que buscan impedir “la aparición repentina de disposiciones que no sean resultado de un proceso reflexivo”.

En cuanto al desconocimiento del artículo 158 superior, a juicio de ACOLDESE “la unidad

temática de la Ley 795 se agravia con las disposiciones de las cuales se solicita su inconstitucionalidad...” , pues el artículo 110 “al permitir la prestación de servicios de previsión y solidaridad lo hace para excluirlos de la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero y, por el contrario, circunscribirlos a la legislación cooperativa”, y el 111 “hace lo propio respecto de la actividad aseguradora, que es de interés público constitucional”.

Respecto de los cargos materiales aducidos en la demanda, ACOLDESE recuerda que el artículo 150 numeral 19 literal d) establece que al Congreso de la República le corresponde regular en una “modalidad general” la actividad aseguradora. Ahora bien, el catalogar como no aseguradora una actividad de asunción masiva de riesgos, no constituye una regulación de carácter general, “sino el específico ejercicio de una intervención singular... ausente de la vocación genérica que la Constitución le atribuye a la capacidad legislativa del Congreso de la República en la regulación para intervenir en la actividad aseguradora.” Agrega que el “ejercicio específico de la regulación para intervenir o de la intervención para regular, según se analice, se asocia con la capacidad de intervención adscrita la Presidente de la República conforme al artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política.

De lo anterior se deriva que cuando la ley acusada establece que los servicios exequiales son ajenos a la actividad aseguradora, suspende la intervención estatal en dicha actividad, con lo cual el Congreso de la República está ejerciendo una facultad ajena a su competencia.

Adicionalmente, a juicio de ACOLDESE en el contrato de servicio de asistencia exequial concurren los elementos esenciales del contrato de seguro, y por ello se identifica con aquel. Tras referirse de manera particular al riesgo asegurable, al interés asegurable, a la prima y a la obligación condicional del contratista, explicando por qué dichos elementos del contrato de seguros están presente en el de servicios exequiales, se recuerda que la actividad aseguradora es de interés público, cuestión que justifica la intervención que ejerce el Gobierno conforme al artículo 189 de la Constitución, y que permite exigir múltiples requerimientos legales para su desarrollo, unos relacionados con las condiciones de acceso al ejercicio de la actividad, y otros con la misma relación contractual que se establece con los usuarios. Al no exigirse esos requisitos a las entidades que prestan el servicio de asistencia exequial, se generará una afectación del interés general.

4. Intervención de los ciudadanos Eduardo Hofmann Pinilla, Sonia Jaramillo Sarmiento y Rafael Alberto Ariza Vesga.

En intervención oportunamente allegada al proceso, los ciudadanos Eduardo Hofmann Pinilla, Sonia Jaramillo Sarmiento y Rafael Alberto Ariza Vesga coadyuvan la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

En primer lugar los intervinientes expresan que la declaración del artículo 111 según la cual “no constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios cualquier 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”, tiene el efecto de excluir al sector asegurador del ejercicio de las operaciones de previsión exequial que hasta ahora han sido consideradas como un ramo de las compañías de seguros, según lo indica el artículo 2° del

Decreto 1367 de 1988, “debido al objeto social exclusivo que impone a las aseguradoras el artículo 38, numeral 3 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero.”

Enseguida se refieren los citados ciudadanos a la naturaleza jurídica del seguro de exequias, expresando que el texto del artículo 111 “contiene un evidente despropósito conceptual al negar la naturaleza netamente asegurativa de las operaciones de previsión exequial, mediante las cuales se ofrece al público el suministro de los servicios funerarios cuando resulten necesarios en caso de fallecimiento de una persona afiliada, como contraprestación de pagos anticipados, que se realizan de manera periódica, o incluso mediante el pago de una suma única.” Ese servicio, dicen, es denominado indistintamente en el mercado asegurador nacional como “seguro exequial”, “seguro de sepelio”, “seguro de decesos” o “seguro de enterramiento” y en el derecho comparado es considerado “como una modalidad de los seguros de personas, que participa especialmente de la esencia jurídica del seguro de vida.” Explican que esto es así porque ese seguro “supone necesariamente la estructura jurídica, técnica, financiera y operativa requerida para la configuración de toda modalidad de seguro de vida”. Al respecto citan el concepto vertido en ese sentido por la Superintendencia de Seguros Argentina en 1998, y agregan que el mencionado contrato reúne todos los elementos esenciales del contrato de seguros. En este punto hacen ver que “atribuir condiciones que en sí mismas resultan accidentales, como la prestación del servicio en especie, es decir, sin reconocer un valor monetario, o la previsión del pago de una suma única, no desvirtúan dicha condición eminentemente asegurativa, en la cual se le da mayor trascendencia a la captación masiva de recursos del público, mediante el ofrecimiento de contraprestaciones de carácter aleatorio en su prestación efectiva”.

En este punto, exponen que “la compra anticipada” del servicio con un pago único no desvirtúa el carácter asegurativo de la operación, cosa que es común en los seguros de vida y que la legislación también permite al asegurador la opción de pagar la indemnización en especie en ciertos casos. Aseveran que “una característica de los mercados modernos de seguros es el desarrollo significativo de las modalidades de seguros de servicio, incluyendo las áreas de asistencia.”

Entra también la intervención de este grupo de ciudadanos a explicar por qué se hace necesaria la intervención y control estatal en el desarrollo del seguro de exequias, para lo cual recuerdan que esas operaciones determinan la captación masiva de recursos del público, por lo que generan la necesidad de aplicar abundantes cautelas y seguridades y la vigilancia llevada a cabo por la Superintendencia Bancaria. Empero, prosiguen, en abierta contraposición con lo anotado los textos aprobados por el Congreso implicarían “la absurda consecuencia de excluir al sector asegurador de una operación que precisamente corresponde a su propia naturaleza, y a las estrictas condiciones de regulación estatal para la protección del interés público.” Y más aun, esta legislación resulta impropia en cuanto no existen exigencias patrimoniales mínimas para las entidades que se dedicarían a la prestación de los servicios funerarios, ni las previsiones técnicas y financieras que sí rigen para el sector asegurador, lo que coloca al público consumidor en un evidente riesgo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, los citados intervinientes solicitan a la Corte declarar la inexecutable del artículo 111 de la Ley 795 de 2003.

5. Intervención del ciudadano José Gregorio Hernández Galindo.

Dice el ciudadano interviniente que la demanda parte del supuesto erróneo según el cual para el trámite de aprobación de las leyes sigue aplicándose de modo absoluto el llamado "principio de identidad", exigido en la Carta de 1886, que implica que los textos de los proyectos de ley deben ser exactamente iguales a lo largo de los cuatro debates parlamentarios. Ello, afirma, hoy en día no es así, pues en la Constitución de 1991 "si bien se conserva en principio de consecutividad del proyecto de ley, se ha relativizado por la Carta el antiguo principio de identidad". De esta manera. El mandato constitucional contenido en el artículo 157 superior, "exige la aprobación "del proyecto" en las comisiones y en las plenarios, pero en modo alguno que los temas de fondo tratados en el proyecto aparezcan plasmados y distribuidos con exactitud en los mismos artículos a lo largo de todos los debates". Por lo anterior, "es claro que la identidad que debe darse de uno a otro debate en un cierto asunto es de carácter sustancial y no textual" lo cual resulta todavía más obvio cuando se tiene en cuenta que el artículo 160 de la Constitución autoriza a las cámaras para introducir modificaciones y hacer supresiones y adiciones a lo aprobado en primer debate en las comisiones constitucionales permanentes.

Justamente, continua la intervención, la relativización del principio de identidad, y la permisión a las plenarios de las cámaras de introducir modificaciones adiciones o supresiones al texto aprobado en comisión, motivó la regulación contenida en el artículo 161 superior, mediante el cual se creó la figura de las comisiones accidentales o de conciliación, cuyo objeto es salvar las diferencias de contenido que presente los proyectos aprobados por cada una de las cámaras legislativas, y que les da a éstas una nueva oportunidad de pronunciarse, inclusive sobre textos nuevos, mediante la "repetición del segundo debate". Agrega, citando jurisprudencia relativa al punto, que el anterior ha sido el entendimiento que esta Corporación le ha dado al mencionado principio de identidad,⁹ y que el fallo que el actor cita en la demanda¹⁰ se refiere a un caso distinto del que aquí se presenta, pues en dicha oportunidad "hubo ausencia total de la materia tratada en los debates en comisión y plenaria", cosa que, a su parecer, no sucede en la presente oportunidad.

En efecto, continua, el tema relativo a qué constituye o no actividad aseguradora sí fue avocado por la Cámara de Representantes en el primero y segundo debates, por lo cual no fue propiamente un tema nuevo en la Comisión y la Plenaria del Senado. Dicho tema, agrega, "hacía parte de un complejo normativo mucho más amplio -el ajuste de normas legales sobre la actividad aseguradora- que se controvertió, discutió y votó en la Comisión y en la Plenaria de la Cámara." Menciona entonces la intervención, diversas normas del Estatuto Orgánico del sistema Financiero que se pretendió ajustar o adaptar para otorgar transparencia e información a los usuarios y para evitar vacíos dentro del sistema legal aplicable a las entidades financieras, "por lo que se hacía indispensable también estipular lo que, en sentir del propio legislador, no era actividad financiera en cualquiera de sus formas". En este orden e ideas, no era inconstitucional la inclusión por el Senado del artículo 111 dentro del conjunto de normas atinentes a la actividad aseguradora, lo cual venía a constituir precisamente una discrepancia entre las plenarios de la Cámara y del Senado, llamada a ser dirimida por las comisiones de conciliación y la repetición del segundo debate.

Las consideraciones anteriores, dice el interviniente, llevan también a descartar los cargos de

inconstitucionalidad esgrimidos en la demanda por la supuesta vulneración de los artículos 158 y 169 de la Constitución Política, edificados sobre la consideración de la inexistencia de la unidad de materia entre el contenido del actual artículo 111 y el resto de proyecto que devino en Ley 795 de 2003. Añade que el mencionado principio constitucional busca impedir que en los proyectos “se cuelguen” subrepticamente disposiciones ajenas al tema central, lo cual no sucede en esta oportunidad en la cual “el artículo 111 encaja espontáneamente dentro de la materia propia del proyecto”, pues precisa que los servicios funerarios no son actividad aseguradora.

En lo referente a la manera en que se surtió la repetición del segundo debate, el ciudadano interviniente opina que por el hecho de no parecer certificado que se haya dado lectura al texto definitivo sometido a consideración se hubiese presentado el desconocimiento real de los senadores sobre el tema tratado y acerca del texto final de la conciliación, lo cual resulta todavía más claro si se tiene en cuenta que tal texto definitivo aprobado fue precisamente el acogido el día anterior por la Plenaria del Senado.

Ahora bien, entrando a rebatir los cargos aducidos por razones de fondo, la intervención del doctor Hernández Galindo expresa que la demanda se construye sobre bases erróneas, cuales son el considerar que la prestación de servicios funerarios es una actividad económica de interés público de las previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujeta por ello a la vigilancia estatal al igual que la actividad financiera o aseguradora, o que dicha actividad puede ser catalogada como de intermediación financiera con recursos captados del público, o que la Constitución directamente califica los servicios funerarios como actividad aseguradora.

Destaca entonces que la Constitución no menciona en lo más mínimo los servicios funerarios ni los califica como actividad financiera, comercial, religiosa o de otra índole. Por ello, afirma, es al legislador a quien compete hacer la definición acerca de la naturaleza del servicio en referencia y señalar si debe ser objeto o no de la vigilancia estatal, toda vez que esta vigilancia “no se puede suponer ni hacer efectiva sin norma legal o constitucional que la contemple”. De otra parte, “del hecho de que la Constitución ordene al Estado intervenir en la actividad aseguradora, por mandato de la ley, no se deriva que una actividad que al actor se le hace semejante a la aseguradora pero que no ha sido calificada como tal por el legislador, quede forzosa y necesariamente incluida en el aludido precepto superior”. Por la misma razón, el carácter de interés público previsto en la Constitución para la actividad financiera, bursátil y aseguradora no se hace extensivo a servicios que el legislador no ha calificado como tales, ni tampoco puedan ser considerados como actividad de intermediación financiera o de captación de recursos del público las operaciones no definidos así legalmente.

Con fundamento en lo anterior, el ciudadano interviniente aboga porque se declare la exequibilidad de las normas impugnadas.

6. Intervención de la Superintendencia Bancaria

A nombre de la Superintendencia de la referencia intervino oportunamente el ciudadano José Yesid Benjumea Betancur, quien expuso ante la Corte lo siguiente:

En cuanto a los cargos aducidos por vicios formales en la aprobación de las normas legales acusadas, la Superintendencia Bancaria estima que su expedición se ajustó al debido proceso legislativo.

Tras exponer cómo la Constitución permite que durante el segundo debate se introduzcan a los proyectos de ley las modificaciones, adiciones y supresiones que se juzguen necesarias, lo cual conlleva que los proyectos aprobados en cada Cámara legislativa puedan resultar divergentes y deban ser sometidos al un mecanismo de conciliación a través de las comisiones previstas expresamente para ello en la Carta, la intervención manifiesta que “yerra el demandante al interpretar que la competencia de las Comisiones de Conciliación se limita a la composición de diferencias sobre asuntos previamente aprobados en el seno de una u otra Cámara, pues... con el propósito de conciliar las diferencias en torno a un proyecto de ley pueden adicionar incluso nuevos artículos, siempre que refieran al contexto, naturaleza y objetivos del Proyecto.”

Para la Superintendencia interviniente, si se acogiera la hermenéutica que hace la demanda en torno de las facultades de las comisiones de conciliación, “se debilitaría el sistema bicameral vigente”, pues el mismo obedece a la idea de que una cámara sirva de contrapeso y oportunidad de reflexión a la otra. Más bien, atendidos a una interpretación más acorde no sólo con la naturaleza de la función legislativa en un sistema bicameral, sino también con el texto de las normas, “el término “discrepancias” abarca también el hecho de que en el curso de los debates se hubiere introducido disposiciones nuevas, esto es, asuntos que no hubieren sido tratados previamente en el curso del trámite legislativo por parte de la respectiva comisión permanente o de la plenaria de una de las cámaras.”

En cuanto al cargo de inconstitucionalidad por desconocimiento del principio de unidad de materia, considera que los textos demandados “guardan estrecha relación con el objetivo general de la ley, que no es otro, en síntesis, que hacer algunas modificaciones al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y dictar otras.”

Entra luego la intervención oficial a referirse a los cargos de fondo que plantea la demanda. Al respecto estima que “el Congreso está habilitado para expedir leyes que amplíen o modifiquen el status quo de la actividad financiera y, en el caso particular, de las operaciones y negocios que la componen y contribuyen a su buen suceso, sin más limitaciones que las que la Constitución le impone, evento éste último que no se presenta en relación con la posibilidad de reformar el estatuto Orgánico del Sistema Financiero, negando el carácter de actividad aseguradora a aquellos eventos que no la desarrollan.” Agrega que “como quiera que los artículos 189, numeral 24, y 335 de la Constitución aluden de manera expresa a la actividad financiera, toda aquella otra actividad a la cual el legislador no le haya atribuido tal carácter o a la que, como en el presente caso, se la haya negado, escapa a las previsiones propias del negocio de seguros, de modo que no pueden recibir su mismo tratamiento.”

Continúa la intervención indicando que las normas acusadas no pretenden “sustraer una actividad aseguradora de la intervención y vigilancia del Estado, como erróneamente lo presenta el actor,

sino de mantener tales controles solamente frente a las actividades que constituyen seguro, calificativo que no se

predica de una actividad de prestación de servicios prepagados, como resultan ser los servicios exequiales.” Al parecer de la Superintendencia, el legislador por lo que propugna es porque las entidades que intervienen en el mercado asegurador “no se arroguen la potestad de desarrollar en exclusiva actividades o prestar servicios que bien pueden ofrecer sociedades comerciales comunes, en atención a lo ordinario, no especial, de dicha actividad.” A su parecer la actividad funeraria debe desarrollarse bajo la modalidad contractual de la prestación de servicios prepagados, cuya naturaleza difiere sustancialmente del contrato de seguro, y “mal haría el legislador, por su parte, en trocar la naturaleza de una actividad económica para que ella sólo pueda ser prestada por tal o cual sector, en detrimento de los demás que de ordinario lo prestan en el entendido de que se trata de una actividad contractual común, no reservada legalmente a un determinado sector o grupo.”

En consideración a lo expuesto, la superintendencia Bancaria solicita a la corte declarar la constitucionalidad plena de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

7. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Dentro de la oportunidad legal prevista, intervino dentro del proceso el ciudadano Carlos Andrés Guevara Correa, actuando en su condición de delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para responder al primer cargo de la demanda, relativo al desconocimiento del artículo 157 superior, el interviniente afirma que a su juicio “es claro que el trámite realizado en el Congreso de la República durante el debate de los dos artículos demandados, se ajusta a la Constitución” , pues “si bien es cierto que los artículos demandados no fueron considerados en primer debate en la Cámara de Representantes, si lo fueron en tercer y cuarto debates en el Senado, y finalmente aprobados después de surtir el trámite en la comisión accidental de conciliación.” Dicha comisión, agrega, “está instituida con el fin de que allí sean dirimidas las diferencias entre los textos aprobados en cada una de las cámaras del Congreso.”

En lo relacionado con el desconocimiento del artículo 158 de la Carta, relativo al principio de unidad de materia en el trámite legislativo, el Ministerio de Hacienda estima que el cargo tampoco debe proceder, pues el objeto de la Ley 795 de 2003 no fue otro que el de ajustar algunas disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y bajo esta consideración se estimó oportuno agregar las disposiciones demandadas relativas a servicios funerarios, para aclarar que dichos servicios no constituyen actividad aseguradora. Así mismo, “existe unidad de materia cuando en la Ley 795/2003 se hace relación a la actividad financiera realizada por las entidades de naturaleza cooperativa, las cuales están habilitadas para el efecto”.

En cuanto a los presuntos vicios de trámite, continua la intervención, es necesario percatarse de que, contrariamente a lo que afirma la demanda, sí se sometió a estudio de las plenarias un texto para aprobación, pues de las actas se deduce que el informe de la comisión de conciliación termina solicitando la aprobación del texto legal definitivo, que era el que había sido aprobado por la Plenaria del Senado. En cuanto al debate, que según la demanda no se dio, la necesidad del mismo debe ser interpretada como la oportunidad para producirlo, como en efecto ocurrió en el presente caso. Por todo lo anterior, el ministerio de la referencia estima improcedentes los cargos por vicios de forma que e aducen en la demanda.

Entrando a referirse a las acusaciones de inconstitucionalidad material, la intervención oficial estima que de la lectura del artículo 111 se deduce que “no hay autorización alguna para el ejercicio de actividad aseguradora por personas distintas a las hoy autorizadas por la ley, es decir, las compañías de seguros”. La actividad funeraria, señala, “no puede confundirse nunca con la actividad aseguradora, ya que su desarrollo debe presentarse bajo la modalidad contractual de la prestación de servicios prepagados, cuya naturaleza difiere del contrato de seguro”, pues una interpretación diversa llevaría a una conclusión que no resaltaría acorde con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución.

Por lo anterior, “al no preverse dentro de la ley 795 de 2003 autorización alguna para que la empresas prestadoras de servicios funerarios ejerzan la actividad aseguradora, resulta forzoso concluir que aquellos contratos denominados “previsionales” y que incorporan conceptos propios de la actividad aseguradora, no podrían ser adelantados por empresas diferentes a las compañías de seguros legalmente establecidas en el país, teniendo que ajustarse las empresas de servicios funerarios, al plazo contemplado en el párrafo segundo del citado artículo 111”.

8. Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Para defender la constitucionalidad de las normas acusadas, intervino oportunamente dentro del proceso la ciudadana Ana Victoria Rincón Cadena, obrando como apoderada de la Superintendencia de la referencia.

En lo relativo a los cargos de inconstitucionalidad formal aducidos en la demanda, la intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria manifiesta que teniéndose en cuenta que “es función de los Ministros la representación del Gobierno Nacional en el proceso de formación de las leyes”..., en lo atinente a los puntos 1° y 2° de la demanda, relacionados con presuntos vicios de trámite del proyecto respectivo, es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quien está llamado a pronunciarse la respeto.”

En cuanto a los cargos de inconstitucionalidad material, la intervención señala que “del texto de las normas se deriva que la actividad funeraria no puede en ningún caso confundirse con la actividad aseguradora y que su desarrollo debe presentarse bajo la modalidad contractual de la prestación de servicios prepagados a través de amparos o fondos mutuales cuya naturaleza difiere sustancialmente del contrato de seguros.” Afirma que esta distinción no es nueva, y que ya en concepto SES-OJ-0369-02 de marzo de 2002, esa Superintendencia, a petición de la Bancaria, había conceptualizado que de acuerdo con el desarrollo de la doctrina y los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, dichos servicios de previsión, asistencia y solidaridad, los pueden prestar las entidades solidarias supervigiladas, a través de “fondos mutuales” o “amparos mutuales”, los cuales difieren del contrato de seguros consagrado en la legislación comercial. Las diferencias entre ambos conceptos vienen dadas porque:

“1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos persona distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.

2. El seguro comercial presupone en contrato bilateral del cual emanan obligaciones y

derechos recíprocos; el amparo mutuo presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.

3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutuo ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutuo responderá hasta el monto total de dicho fondo.”

Tras explicar lo anterior, la Superintendencia de Economía solidaria expresa que “en el evento en que se esté en frente de una operación que incorpore los elementos esenciales propios de un contrato de seguro, como lo son el interés asegurable; el riesgo asegurable; la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador y que ésta sea realizada por una empresa diferente a una compañía aseguradora, se deberá desmontar la operación en un plazo que no supere los dos años tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 111 de la Ley 795 de 2003.”

Con fundamento en lo anterior, señala la Superintendencia intervinente, “es dable concluir que el Estado no está sustrayendo de la de la supervisión de la actividad solidaria, el control, como lo exige la Constitución, sino que la está ejerciendo por delegación a través de la Superintendencia de la Economía Solidaria, con ocasión de los fondos o amparos mutuales antes señalados, los cuales reiteramos, en concepto de esta superintendencia no constituyen contratos de seguros.”

Ahora bien, refiriéndose a las razones por las cuales fueron suprimidos aquellos párrafos referentes a requisitos para llevar a cabo la actividad de prestación de servicios funerarios, que estaban inicialmente contenidos en el proyecto que vino a ser la Ley 795 de 2003, la presente intervención explica que ello se debió 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.”

9. Intervención del doctor Luis Carlos SÁCHICA Aponte.

En forma oportuna intervino dentro del proceso el ciudadano Luis Carlos SÁCHICA Aponte, con el fin de impugnar la demanda incoada en contra de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

En relación con los cargos de inconstitucionalidad material esgrimidos en la demanda, referentes a la violación de los artículos 150, numeral 19 literal d); 189, numeral 24 y 335, el doctor SÁCHICA Aponte manifiesta que: (i) La Constitución no regula en ninguna de sus normas el contrato de seguro. Lo único que hace es mencionar que la actividad aseguradora es de interés público y que está sometida a previa autorización estatal. Por ello, el Congreso no puede violar esa simple mención de la Constitución, “cuando enumera las actividades que considera partes del estatuto financiero. De modo que la afirmación del demandante es inexacta.” (ii) La demanda está desenfocada pues “no se da cuenta de que la regulación detallada de la actividad aseguradora no corresponde al Congreso, pues, siendo materia propia de leyes-cuadro, sólo debe dictar, en lo pertinente, “las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno” para, según el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución “regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y...”. Dicho lo anterior, el interviniente indica que el artículo 111 acusado solamente sienta los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno cuando regule la actividad aseguradora, señalando que no debe incorporarse en el correspondiente estatuto una actividad de servicios descritos con detalle en ese mismo artículo, que no guardan relación con el contrato de seguros. Por tal razón estima que no debe prosperar el cargo.

Respecto del cargo por vicios formales en la aprobación de las normas acusadas, que devendría de la inobservancia del artículo 158 superior, el ciudadano interviniente solicita tener en cuenta que esta acusación no tiene que ver con la omisión de requisitos constitucionales exigidos para la aprobación de los proyectos de ley, que son los señalados en el artículo 157 de la Constitución. Precisión que se estima importante, toda vez que, a juicio del interviniente, sólo por desconocimiento de esta última norma puede ser demandada una ley por vicios en su formación. Agrega que el artículo 158 no tiene incidencia determinante sobre el curso del proceso, y es sólo una norma que faculta al presidente de la comisión para encauzar las deliberaciones, atribución de ejercicio discrecional. Es decir, es él el que decide si una iniciativa se aviene o no con el contenido general del proyecto. No ejercerla tal facultad de encauzamiento “no es incurrir en omisión alguna y, menos, violar el trámite constitucional del proyecto.” En consecuencia, concluye, la falta de unidad de materia no es cuestión que impida que un proyecto de ley se convierta en ley.

Continúa la intervención exponiendo que el no ejercicio de la facultad discrecional a que se ha aludido, no justifica una demanda de inconstitucionalidad, ni la Corte debe pronunciarse al respecto. Congruentemente con lo anterior, solicita que esta Corporación “se abstenga de

fallar de fondo la cuestión antitécnicamente propuesta en la demanda, en el sentido de que se defina la naturaleza jurídica de los servicios exequiales previstos en el artículo 111 acusado, puesto que no es esta la instancia ni el momento para producir ese pronunciamiento.”... “De lo contrario estaríamos en una confusa situación en la que no se sabría si el citado artículo debe ser declarado inexecutable por su contenido o por vicios de formación. Una cosa es su trámite -viciado o no- y otra si su contenido normativo es constitucional. Lo primero alude exclusivamente al procedimiento. Lo otro a su contenido, en cuanto pertenezca o no a la materia de la ley, cuestión que puede afectar su validez material ya que, ...simplemente enumera ciertos servicio que no considera actividad de seguros sin contrariar norma constitucional alguna.”

Insiste la intervención en que para que la unidad de materia fuera un “requisito constitucional”, con efectos que viciaran la ley, el texto del artículo 158 superior tendría que estar incorporado en la enumeración del 157. Y, como no es así la variedad de materias en un proyecto no constituye, per se, un vicio de inconstitucionalidad.”

Pasa luego el ciudadano a referirse al cargo por violación del artículo 157 de la Carta. En este punto recuerda que la Corte ha avalado como constitucionales normas que no estaban previstas en el proyecto inicial puesto a consideración de la Cámara de Representantes, cuya inclusión fue propuesta en la plenaria del Senado de la República y luego adoptada por la plenaria de la cámara a aprobar el informe de la comisión accidental de conciliación.¹¹ Concluye que la tendencia jurisprudencial descrita permite concluir que el trámite de los artículos demandados fue regular y completo, por lo cual no debe accederse en este punto a los pedimentos de la demanda.

10. Intervención del ciudadano José Gilberto Martínez Guzmán.

Oportunamente intervino dentro del proceso el ciudadano José Gilberto Martínez Guzmán con el propósito de defender la constitucionalidad de las normas demandadas.

Tras hacer una recapitulación de los cargos aducidos por el demandante en contra de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, el ciudadano interviniente indica que para estudiar dichas acusaciones es necesario despejar ciertos interrogantes a la luz de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia constitucional. El primero de estos interrogantes es el relativo al acatamiento del artículo 157 superior en el trámite de aprobación de los artículos 110 y 111 acusados. Para responderlo, la intervención hace un recuento pormenorizado de todos los pasos que se surtieron en el Congreso durante el proceso legislativo que culminó con la aprobación de la Ley 795 de 2003, y concretamente de sus artículos 110 y 111. Muestra cómo el proyecto cumplió con el requisito de haber sido publicado antes de darle curso en la comisión respectiva, y como fue aprobado en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional permanente de la Cámara de Representantes y posteriormente publicado nuevamente en la Gaceta del Congreso antes de iniciar el trámite en la plenaria de dicha corporación legislativa, que lo aprobó durante los días 18 y 20 de junio de 2002, incluyendo varias modificaciones al articulado. Afirma que durante el trámite del segundo debate en la cámara, “APARECE UNA PROPOSICIÓN ADITIVA ... QUE TRATA SOBRE LOS MODELOS DE PÓLIZAS Y TARIFAS QUE REQUIEREN DE PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA COMO AUTORIZACIÓN INICIAL O PARA EXPLOTACIÓN DE UN NUEVO RAMO.” Tras

haber sido publicado, el proyecto surtió primer debate en la Comisión Tercera constitucional del Senado de la República, quien le impartió su aprobación, a excepción de algunos artículos y con inclusión de otros dos. Publicada la ponencia para segundo debate, este se surtió en la plenaria del Senado, cuando "APARECE UNA PROPOSICIÓN SUSTITUTIVA DE UN ARTÍCULO QUE YA HABÍA APARECIDO NO SOLO EN PRIMER DEBATE EN SENADO SINO QUE SE VENÍA TRATANDO EL TEMA DESDE EL MISMO MOMENTO DE LA INICIATIVA DEL GOBIERNO, Y QUE TIENE QUE VER CON QUE LOS SERVICIOS FUNERARIOS NO CONSTITUYEN ACTIVIDAD ASEGURADORA." La aprobación del proyecto en segundo debate se dio el día 18 de diciembre de 2002 y al día siguiente fue objeto de aprobación el informe de la Comisión de Conciliación, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, tras de lo cual la Ley fue publicada y sancionada.

Por todo lo anterior, estima el interviniente que queda demostrado que en el trámite de la ley acusada se cumplieron los lineamientos constitucionales exigidos para la aprobación de las leyes, a que hace referencia el artículo 157 superior.

Continuando con el examen de los cargos esgrimidos en la demanda por violación del artículo 158 de la Carta, la intervención entra a demostrar que las normas acusadas sí guardaban una relación consecencial con el núcleo temático del proyecto en el que fueron insertadas. Para estos efectos recuerda que el proyecto que devino en la Ley 795 de 2003 tuvo origen en una iniciativa gubernamental, y que en la exposición de motivos correspondiente el Ejecutivo aludió concretamente a la necesidad de ajustar las normas del sector asegurador y del cooperativo. Por lo cual, a juicio del ciudadano, no es cierto lo esgrimido por el demandante en el sentido de que el contenido material de las normas acusadas era ajeno al tema general del proyecto en curso, el cual desde su inicio sí estaba relacionado con seguros y cooperativas.

Entra luego la intervención a describir el trámite de aprobación de los actuales artículos 110 y 111 de la Ley 795, relatando cómo en el texto propuesto durante en el primer debate en el Senado se incluían dos normas (artículos 111 y 112 del proyecto), que no fueron aprobados tal y como fueron propuestos, pues a pesar de que quedó incólume la calificación no aseguradora de los contratos de servicios exequiales, del texto del artículo 112 del proyecto se omitieron los apartes relativos a cuáles entidades sometidas a vigilancia estatal podría llevar a cabo tal categoría de contratos (sociedades comerciales y entidades del sector cooperativo), y los requisitos técnicos a que debían someterse para ello. La explicación de este cambio, dice el interviniente, fue dada en la ponencia para segundo debate en el Senado, en donde se dijo que el cambio de redacción se hacía, "con el objeto de hacer claridad que el contrato de prestación de servicio exequiales es diferente al contrato de seguro exequial, el cual sólo puede ser desarrollado por las entidades aseguradoras." Todo esto demostraría, en sentir del ciudadano, que en esta etapa del trámite se dio importancia a los ajustes que al sector asegurador había anunciado el Gobierno desde la presentación del proyecto en la Cámara de Representantes, por lo cual tales temas no eran ajenas a la materia general del proyecto de ley.

Prosigue el interviniente examinado el trámite que se dio a las disposiciones demandadas en la comisión de conciliación. Tras transcribir el respectivo informe de la comisión, en donde se propone adoptar el texto legislativo adoptado en la plenaria del Senado, y señalar que dicho

informe fue aprobado por unanimidad en la plenaria de las dos corporaciones legislativas, la intervención concluye que también en este punto se cumplieron con las exigencias constitucionales y reglamentarias sobre aprobación de los proyectos de ley, cuando ellos han resultado disímiles en la Cámara y en el Senado.

Finalmente, para concluir la argumentación destinada a rebatir los cargos de inconstitucionalidad formal, el ciudadano recuerda que contrario a lo que sucedía en la Carta de 1886, en donde la unidad de materia era rígida, en la Constitución de 1991 se optó por relativizar o flexibilizar la unidad temática. Citando jurisprudencia de esta Corporación, concluye que es la misma Constitución la que autoriza a las Cámaras para introducir en el segundo debate modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos de ley, lo cual implica, obviamente, la posibilidad de divergencia entre lo aprobado en una y otra cámara, como sucedió en el caso de las normas acusadas, lo cual, sobre la base de la unidad temática ya demostrada, no implica vicio de inconstitucionalidad.

En un nuevo acápite de la intervención, el ciudadano Martínez Guzmán pretende demostrar que el contrato de servicios funerarios no se puede enmarcar dentro de la actividad aseguradora. Para ese efecto hace un estudio de cada uno de los elementos del contrato de seguros a que hace referencia el artículo 1045 del Código de Comercio, concluyendo que los mismos no se encuentran presentes en el de servicios funerarios. En cuanto al interés asegurable, objeto del contrato de seguros, estima que este elemento no existe en el contrato de servicios exequiales, por no haber una relación económica amenazada, ya que “de la muerte de una persona no surge el deber de realizar los gastos que demanda su última morada.” En los seguros de vida, agrega, al ocurrir la muerte surge para la asegurada la obligación de indemnizar. En los de servicios funerarios, la obligación que surge es la de prestar en especie un servicio.

En cuanto al riesgo asegurable, opina que tampoco se da en los servicios exequiales, por cuanto “los servicios que se contratan por anticipado en el contrato de servicios funerarios, son hechos ciertos que dependen del tiempo y de la obligación latente del prestador del servicio en especie”. Los seguros de vida, reitera, generan una obligación de dar, al paso que el contrato de servicios funerarios genera una obligación de hacer. Por ello, agrega, “para evitar que las compañías aseguradoras en ejercicio de las operaciones de la órbita de su competencia (actividad aseguradora), presten sus servicios en especie, la misma norma en el párrafo segundo, les dio un plazo de dos años para que se adecuen a lo allí reglado”.

Refiriéndose a la prima, entendida como contraprestación proporcional por la asunción del riesgo, sostiene que “en el contrato de prestación de servicios exequiales, se cobra una suma ínfima que se cancela anticipadamente, por la prestación del servicio, como quiera que se trata de la prestación de un servicio en especie... sin que juegue papel importante la proporcionalidad entre el precio que se paga anticipado por el servicio en especie que se podrá recibir.” Por eso, opina que “no es dable hablar en este caso de prima”.

Finalmente, en cuanto a la obligación condicional del asegurador opina que dado que en el contrato de servicios exequiales no hay un riesgo, tampoco hay obligaciones condicionales, esto es que dependen de hechos futuros e inciertos, sino que lo que se presenta es la compra anticipada de servicios en especie.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el interviniente solicita a la Corte desestimar los cargos del demandante contra los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Dentro del término procesal establecido, el señor Procurador de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, rindió el concepto de su competencia solicitando declarar la exequibilidad de los artículos acusados, salvo la expresión “cualquiera que sea su modalidad de contratación y pago” contenida en el artículo 111 de la ley 795 de 2003, que estima inconstitucional.

Dice la vista fiscal que los artículos 110 y 111 de la Ley acusada o vulneran el principio de consecutividad de las leyes ni la regla de la unidad de materia consagrados en los artículos 157, numerales 2 y 3 y 158 de la constitución Política. Para sustentar este aserto, sostiene que si bien es cierto que el primero de estos artículos exige que todo proyecto de ley surta cuatro debates reglamentarios, “ello no significa que el proyecto como tal deba en su texto y contenido ser el mismo durante todo el proceso legislativo, toda vez que ello se opondría a otras normas de la Carta, que hacen del debate legislativo un proceso discursivo en el que tanto las comisiones como las plenarias de cada célula legislativa tienen la facultad de introducir modificaciones a los proyectos sometidos a su consideración.” Modificaciones que pueden estar contenidas incluso en artículos nuevos. Situación esta que da lugar a la posibilidad de aprobación de textos divergentes en cada cámara, por lo cual se prevé la existencia de comisiones de conciliación a fin de resolver las discrepancias. El único límite que encuentra esta facultad de introducir modificaciones, prosigue la vista fiscal, es el se señala en el artículo 158 superior, según el cual tales modificaciones deben respetar de manera inequívoca la regla de la unida de materia.

Así las cosas, dice el Ministerio Público, el principio de consecutividad de las leyes, que se deriva de lo estipulado en los artículos 157 y 160 constitucionales, implica que el estudio del Congreso se haga sobre temas consecutivos más no idénticos. La función de las comisiones de conciliación responde a esta realidad, y su misión es zanjar las divergencias que presenten los textos aprobados, “con el fin de dar cumplimiento al requisito de los cuatro debates a que hace referencia el artículo 157”, dado que en esta comisión están representados los miembros de una y otra cámara quienes adoptan un texto unificado y lo someten luego a la aprobación de las respectivas plenarias.

En el caso presente, dice el señor Procurador, si bien es cierto que los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003 no fueron estudiados ni aprobados por la Cámara de Representantes, su posterior estudio por la comisión de conciliación y la aprobación posterior por las plenarias, subsanó la falta de debate por la Cámara de Representantes. En cuanto a lo manifestado por el demandante respecto a que la plenaria del Senado consideró el informe mas no el texto definitivo acordado por las comisiones accidentales, dice la vista fiscal que “cabe recordar que lo que presentan las comisiones accidentales a las Plenarias es un informe que contiene los diversos temas objeto de conciliación, como ocurrió en este caso”.

Continua el concepto indicando que con la inclusión de los actuales artículos 110 y 111 tampoco se vulneró el principio de unidad de materia a que alude el artículo 158 de la Carta, puesto que “estos encajan dentro del propósito de dicha ley, el cual es adaptar y ajustar el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que como tal necesariamente debía regular todos los aspectos relativos al sector y a su actividad”. Las normas acusadas pretenden establecer el alcance de la actividad aseguradora, por lo que su contenido armoniza con el general de la ley dentro de la cual se insertan.

Entra luego el señor Procurador a referirse a los cargos de inconstitucionalidad material aducidos en la demanda, y al respecto indica que el artículo 111 de la Ley 795 de 2003 estipuló que no constituían actividad aseguradora los servicios funerarios, mediante los cuales una persona, o grupo determinado de personas adquieren el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación, en razón a que, en su sentir, ello constituye un pago anticipado de dichos servicios. No obstante, estima que ello no significa que no se pueda contratar con una compañía de seguros autorizada un seguro de exequias.

Dice el señor procurador que el artículo 111 admite diversas interpretaciones, pero que no todas ellas se ajustan a la Constitución. Agrega que la interpretación que hace el demandante lleva a concluir que la disposición excluye de la actividad aseguradora un contrato como el de prestación de servicios funerarios, que por su naturaleza es un contrato de seguros, “en franco desconocimiento de la especial vigilancia que sobre esta actividad debe ejercer el Estado”. Sin embargo, el Ministerio Público estima que la norma admite otra interpretación en la que “no se hace necesaria la exclusión de todo el artículo del ordenamiento jurídico, atendiendo al principio de conservación de la norma y, en ese sentido, halla que lo único que debe declararse inexecutable, es la expresión “cualquiera que sea su modalidad de contratación y pago” contenida en el inciso primero del artículo 111 de la Ley 795 de 2003, a efectos que quede claro que existen dos modalidades de contrato en esta materia, así: La primera, sería el seguro exequial, que como tal hará parte de la actividad aseguradora, sometida en todo a la especial vigilancia del Estado. La segunda, un contrato de prestación de servicios con un pago anticipado, contrato éste que es el que entra a regular el legislador en el artículo 111, señalando todos y cada uno de sus elementos, en donde corresponderá al gobierno, en ejercicio de su facultad reglamentaria, expedir su correspondiente desarrollo.

Dice entonces la vista fiscal que el fallo que propone significaría lo siguiente: “que i) los servicios funerarios sí pueden ser objeto de contrato de seguro y que como tal harán parte de la actividad aseguradora con la correspondiente vigilancia por parte del Estado, y ii) que no constituirá actividad aseguradora los servicios funerarios que se acuerden a través del contrato de prestación de servicios que entró a definir el legislador 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.

Agrega el concepto del ministerio Público, que “es importante destacar que las entidades que ofrezcan al público seguros de exequias deben ser autorizadas y estar sometidas a la vigilancia, inspección y control del Estado, ya que así lo dispone la constitución en virtud de que desarrollan actividad aseguradora, y las que presten servicios funerarios, en desarrollo del pago anticipado de los mismos estarán sometidas a otra clase de control, pero no al mismo de la actividad aseguradora.” Estima que podría establecerse un paralelo entre los

contratos de medicina prepagada y los de prestación de servicios exequiales y el contrato de seguro de salud y hospitalización con el contrato de seguro exequial.

Por lo anterior, la vista fiscal solicita a la Corte declarar la exequibilidad de los artículos acusados, salvo la expresión “cualquiera que sea su modalidad de contratación y pago” contenida en el artículo 111 de la ley 795 de 2003, que estima debe ser declarada inconstitucional.

VI. Consideraciones de la Corte

1. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la demanda objeto de revisión, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4° de la Constitución Política, ya que los artículos acusados hacen parte de una ley de la República.

Examen de los cargos de inconstitucionalidad formal

2. La demanda propone dos cargos de inconstitucionalidad formal. En el primero de ellos el demandante aduce que la función de las comisiones accidentales de conciliación consiste en preparar el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria, cuando en las cámaras surjan diferencias respecto un proyecto; sin embargo, tales comisiones carecen de competencia cuando la divergencia se produce por la inclusión de normas nuevas durante el debate en una de las cámaras, referentes a temas que no guardan relación material con el resto del articulado y que no fueron considerados ni mencionados en la comisión permanente ni en la plenaria de la otra cámara, por donde se inició el trámite. A su juicio, los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, que fueron introducidos al proyecto correspondiente durante el primer debate en el Senado de la República sin haber sido considerados antes ni en la comisión permanente ni en la plenaria de la Cámara de Representantes, versan sobre un asunto nuevo que carece de unidad temática con el resto del proyecto que se venía tramitando, por lo cual no podían ser objeto de la actividad de la comisión accidental. Por lo anterior, los mencionados artículos habría sido aprobados si cumplir con el requisito de los cuatro debates parlamentarios a que se refiere el artículo 157 de la Constitución, y con infracción del canon 158 ibidem, que exige que los proyectos de ley se refieran a un mismo tema.

Pasa la Corte a examinar los anteriores cargos de inconstitucionalidad.

3. Señala el artículo 157 de la Constitución que ningún proyecto será ley de la República sin haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara, y posteriormente haber sido aprobado en la plenaria de cada corporación legislativa en segundo debate. Por lo anterior, es menester que cada proyecto surta estos cuatro debates reglamentarios. Sin embargo, el artículo 160 de la Constitución permite que, durante el segundo debate a los proyectos de ley, cada cámara le introduzca a los mismos las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. Posibilidad ésta que también es reconocida a las comisiones constitucionales en donde se surte el primer debate legislativo, como lo prescriben los artículos 160 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso, referentes a las proposiciones de adición.¹² La jurisprudencia se ha referido a esta facultad que se reconoce a las comisiones y a las plenarios de las cámaras congresionales, explicando cómo ella obedece a la filosofía que inspira los

regímenes democráticos y representativos, especialmente aquellos en donde se ha acogido el sistema bicameral, en donde la formación y determinación de la voluntad del legislador en cada fórmula legal concreta debe estar abierta a la confrontación de las diferentes corrientes de pensamiento que encuentran su espacio en las corporaciones públicas legislativas de representación popular. Por ello, las distintas normas que regulan el trámite de la adopción de la ley están dirigidas a permitir un proceso en el cual puedan intervenir todas las corrientes mencionadas, y en donde la opción regulativa finalmente adoptada sea fruto de una ponderada reflexión. Esta es la razón para la exigencia de cuatro debates, dos en las comisiones y dos en las plenarias, “lo cual permite, de un lado, que las propuestas sean estudiadas y debatidas con la especialidad y puntualidad que ello amerita, y de otro, que todo el universo de las opiniones representadas en el Congreso, tenga la oportunidad real de incidir en la adopción final de ley.”¹³

La posibilidad que otorgan a las comisiones y a las plenarias los artículos 160 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 160 de la Constitución, respectivamente, hace que si bien los cuatro debates sean exigidos para la aprobación de cualquier proyecto de ley, el texto del mismo no tenga que tener exactamente el mismo tenor literal durante todo su decurso en el Congreso; circunstancia que permite que, a la postre, los textos aprobados por una y otra cámara no necesariamente resulten idénticos, y que sea necesario acudir a un mecanismo para superar las divergencias. Este mecanismo es el previsto en el artículo 161 de la Carta, según el cual, cuando surjan discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas deben integrar comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, deben preparar el texto que se somete a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considera negado el proyecto.

La Ley 5ª de 1992 reconoce explícitamente que la divergencia que da lugar a la conformación de comisiones de conciliación puede provenir de la inclusión por una de las cámaras de “disposiciones nuevas”. En este sentido el artículo 186 de esa Ley prescribe lo siguiente:

“ARTICULO 186. Comisiones accidentales. Para efecto de lo previsto en el artículo 161 constitucional, corresponderá a los Presidentes de las Cámaras integrar las Comisiones accidentales que sean necesarias, con el fin de superar las discrepancias que surgieren respecto del articulado de un proyecto.

Las comisiones prepararán el texto que será sometido a consideración de las cámaras en el término que les fijen sus Presidentes.

Serán consideradas como discrepancias las aprobaciones de articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas.” (Subraya la Corte).

Es claro entonces que las comisiones y las plenarias pueden agregar al proyecto que se tramita nuevos artículos no considerados en la otra Cámara. Ahora bien, ¿qué tipo de modificaciones o adiciones cabe a las comisiones o a las cámaras introducir al proyecto? Es decir, ¿sobre qué materia pueden versar estas modificaciones? En este punto, no existe una libertad absoluta, pues sólo son de recibo aquellas que guarden unidad temática con la materia general del proyecto, como se deduce del tenor literal del artículo 158 superior, que prescribe que “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles

las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella.”

4. De las anteriores reglas constitucionales y legales referentes al trámite de las leyes, la jurisprudencia ha extraído que el proceso legislativo se rige por los principios de consecutividad, de identidad flexible y de unidad de materia. El primero exige que los proyectos de ley se tramiten en cuatro debates de manera sucesiva en las comisiones y en las plenarias de las cámaras legislativas, salvo las excepciones constitucionales o legales¹⁴. Por su parte, el principio de identidad flexible supone que el proyecto de ley que cursa en el Congreso sea el mismo durante los cuatro debates parlamentarios; esta identidad, sin embargo, adquiere en la Constitución de 1991 una connotación distinta a la que tenía en el régimen constitucional anterior. En efecto, la Corte ha hecho ver cómo si en la Carta de 1886 se exigía que el texto aprobado en cada uno de los debates fuera exactamente el mismo, por lo cual cualquier modificación aun menor implicaba repetir todo el trámite, hoy en día se ha abandonado el principio de identidad rígido, para permitir que las comisiones y las plenarias de las cámaras puedan introducir modificaciones al proyecto (CP art. 160), y que las discrepancias entre lo aprobado en una y otra Cámara no obliguen a repetir todo el trámite, sino que las comisiones accidentales preparen un texto unificado que supere las diferencias, texto que es entonces sometido a la aprobación de las plenarias.

Ahora bien a la par que por los anteriores principios, el proceso legislativo debe estar presidido también por el de unidad de materia. Este principio sirve para establecer si durante el trámite del proyecto se ha observado o no el principio de identidad. En efecto, como se dijo, el principio de identidad flexible permite a las comisiones y a las plenarias de cada cámara hacer modificaciones, adiciones o supresiones a los proyectos en curso, pero, en virtud del principio de unidad temática, esos cambios sólo pueden producirse si versan sobre la misma materia general del proyecto. Ahora bien, la Corte siempre ha interpretado de manera amplia la noción de materia, por lo cual retiradamente ha sostenido que la “interpretación del principio de unidad de materia no puede rebasar su finalidad y terminar por anular el principio democrático, significativamente de mayor entidad como valor fundante del Estado Colombiano”, por lo cual únicamente “aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexecutable si integran el cuerpo de la ley”.¹⁵

El juego de estos tres principios –consecutividad, identidad flexible y unidad de materia– durante el proceso legislativo, ha sido explicado así por la Corte:

“Conforme a lo anterior, la Carta de 1991 abandonó el principio de identidad rígido en el trámite de los proyectos, ya que éstos no deben tener exactamente el mismo tenor durante los cuatro debates, pues las comisiones y las plenarias pueden introducir modificaciones, y corresponde a las comisiones accidentales armonizar las discrepancias surgidas entre las cámaras. Sin embargo, el principio de identidad no ha desaparecido sino que se ha flexibilizado, pues la Carta establece con claridad que todo proyecto debe referirse a una misma materia. Por ello la Corte ha entendido que una interpretación sistemática de los artículos 158, 160 y 161 de la Constitución permiten concluir que las plenarias pueden introducir modificaciones a lo aprobado en la Comisión Permanente, pero “siempre que se

guarde relación con la materia propuesta y debatida”¹⁶. Igualmente, es claro que una comisión permanente puede introducir modificaciones a lo aprobado en la otra cámara, pero siempre y cuando conserve la identidad del proyecto. En ese mismo sentido, este principio de identidad flexible también limita la competencia de las comisiones accidentales, que pueden zanjar las discrepancias entre los textos divergentes aprobados en las cámaras, siempre y cuando entre ellos exista la correspondiente unidad temática.”¹⁷ (subrayado y resaltado fuera del original)

Recordado lo anterior, entra la Corte a verificar cuál fue el trámite que surtieron en el Congreso los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

5. El proceso que debió seguir la Ley 795 de 2003 y particularmente sus artículos 110 y 111, es que se le imprime a las leyes ordinarias, regido por los artículos 157 y siguientes de la Constitución, que consiste en: 1) ser publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; 2) surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarias de las cámaras luego de que se hayan efectuado las ponencias respectivas y respetando en cada caso, el quórum previsto por los artículos 145 y 146 de la Constitución; 3) observar los términos de ocho (8) días entre el primer y segundo debate en cada Cámara y quince (15) días entre la aprobación del proyecto en la primera de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 160 de la Constitución; 4) si hubieren surgido discrepancias en las cámaras respecto del texto definitivo del proyecto, haberse integrado comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, preparen el texto que posteriormente debe haber sido sometido a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. 5) Por último, haber obtenido la sanción gubernamental. Respecto del trámite que se le impartió al proyecto que devino en Ley 795 de 2003, la Corte observa lo siguiente:

- El día 26 de septiembre de 2001 el Gobierno Nacional, a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, presentó ante la Cámara el proyecto de ley radicado bajo el número 106 - Cámara- , por medio del cual “se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.” El proyecto, junto con su correspondiente exposición de motivos, fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 502 del veintiocho de septiembre de 2001, y repartido a la Comisión Tercera Constitucional de la Cámara de Representantes.

- La ponencia para primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes, fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 641 del 11 de diciembre de 2001.

- El proyecto fue aprobado en primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes el día 11 de diciembre de 2001, según consta en el acta correspondiente, que fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 64 del 26 de marzo de 2002.

- La ponencia para el segundo debate en la Cámara de Representantes, fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 171 del 17 de mayo de 2002.

- El proyecto fue aprobado en segundo debate en la Cámara de Representantes durante los días 18 y 20 de junio de 2002, y publicado en la Gaceta del Congreso N° 265 de 9 de julio de 2002.

- Posteriormente el proyecto fue enviado al Senado de la República, en donde fue radicado con el N° 279 de 2002. La ponencia para primer debate, junto con el articulado del proyecto, fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 464 de 2002. En esta nueva versión del proyecto de ley aparecen por primera vez los artículos 111 y 112 que corresponden, con variaciones¹⁸, a los actuales artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, ahora demandados.

- El proyecto, fue aprobado en primer debate por la Comisión Tercera Constitucional del Senado de la República el día 19 de noviembre de 2002, incluyendo los referidos artículos 111 y 112.

- La Ponencia para segundo debate, junto con el texto del proyecto en donde nuevamente figuran los mencionados artículos 111 y 112, fue publicada en la Gaceta del Congreso N° 569 de diciembre seis (6) de 2002.

-El proyecto fue aprobado durante la sesión plenaria del Senado de la República que tuvo lugar el día 18 de diciembre de 2002, según consta en el acta correspondiente, que parece publicada en la Gaceta del Congreso N° 45 del 5 de febrero de 2003. El artículo 112 del proyecto, correspondiente al 111 de la Ley, fue aprobado con variaciones respecto del texto inicialmente propuesto al Senado de la República y aprobado por su Comisión Tercera.

-En sesión extraordinaria del pleno del Senado de la República, llevada a cabo el día 19 de diciembre de 2002, fue aprobado el informe de conciliación, en donde se propuso que se acogiera el texto aprobado por esta misma Corporación en segundo debate. Dicho texto no aparece publicado junto al informe de conciliación, que se incluye dentro del acta correspondiente a la sesión de esa fecha, publicada en la Gaceta del Congreso N° 46 del 6 de febrero de 2003.

- En sesión extraordinaria llevada a cabo el 19 de diciembre de 2002, la plenaria de la Cámara de Representantes dio aprobación al informe de conciliación en donde, igualmente, se propuso adoptar como ley el texto del proyecto aprobado en el segundo debate en el Senado de la República (dicho texto no se publica junto con el informe de conciliación¹⁹). El acta correspondiente a la sesión del 19 de diciembre aparece publicada en la Gaceta del Congreso N° 83 del 6 de marzo de 2003.

- El proyecto obtuvo sanción presidencial el día 14 de enero de 2003, y el texto definitivo de la ley fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 27 del 31 de enero del mismo año.

6. Del anterior recuento la Corte extrae como conclusión que el proyecto como tal fue aprobado en cuatro debates surtidos dos en las comisiones y dos en las plenarios de cada una de las cámaras legislativas. Ahora, si bien es cierto que los actuales artículos 110 y 111 no figuraban desde el inicio en el proyecto presentado por el Gobierno a consideración del Congreso, y que ellos fueron introducidos cuando el trámite ya había sido concluido en la Cámara de Representantes y se iniciaba en el Senado de la República, debe recordarse que esta posibilidad, derivada del principio de identidad flexible, está expresamente reconocida por los artículos 160 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, Orgánica del Reglamento del Congreso²⁰, y por el artículo 160 de la Constitución²¹.

Así, la introducción de los artículos 111 y 112 durante el primer debate en el Senado²² y su conservación con modificaciones durante el segundo debate no contravenía la Constitución siempre y cuando se cumpliera con dos requisitos: i) de un lado, que la divergencia respecto del proyecto aprobado por la Cámara de Representantes, que se producía entre otras cosas por inclusión estas normas, fuera objeto del trámite de conciliación a que se refiere el artículo 161 de la Carta; este trámite, al permitir que las comisiones de conciliación prepararan conjuntamente un texto unificado y que luego la plenaria de cada Cámara conociera y aprobaran dicho texto definitivo, garantizaba el pleno acatamiento del principio de consecutividad; y ii), el segundo requisito implicaba que el asunto sobre la cual versaban los artículos introducidos correspondiera a la materia del proyecto que se venía tramitando, a fin de dar cumplimiento al principio de unidad temática.

En cuanto al primero de estos requisitos, la Corte encuentra que se cumplió a cabalidad, como surge del examen de los antecedentes legislativos del proyecto de ley, que anteriormente se ha hecho. En efecto, obran en el expediente las publicaciones del informe de la comisiones conjuntas de conciliación, con la constancia de haber sido aprobado en ambas cámaras. Informe que, como se dijo, propuso acoger íntegramente el proyecto aprobado en segundo debate en la Plenaria del Senado de la República.

En este punto debe recordarse que la demanda alega que en la repetición del segundo debate en el Senado no se leyó ni se consideró el texto definitivo acordado por las comisiones accidentales, pues lo único que se leyó y aprobó fue el informe preparado por estas comisiones, y no el texto mismo de ley sujeto a aprobación. En tal virtud, afirma que en realidad no hubo repetición del segundo debate en el Senado. Empero, la Corte detecta que el informe de conciliación presentado al Senado rezaba así: “Los suscritos conciliadores hemos llegado a un acuerdo para que se acojan las modificaciones con que fue aprobado en la Plenaria de Senado, en la sesión del 18 de diciembre de 2002, como texto de definitivo del Proyecto de Ley 106 de 2001 Cámara, 279 de 2002 Senado, “por el cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.... Por lo anteriormente expuesto, proponemos que tanto el honorable Senado de la República como la honorable Cámara de Representantes, apruebe adoptar el texto definitivo del Proyecto de ley 106 de 2001 Cámara, 279 de 2002 Senado.” (Resalta la Corte)

De lo transcrito se deduce que el informe de conciliación presentado a la plenaria del Senado el 19 de diciembre de 2002 proponía aprobar el texto adoptado por la misma plenaria del Senado el día anterior, esto es el 18 de diciembre. Tal informe de conciliación fue aprobado y con ello la propuesta que en él se presentaba. Debe entenderse entonces que, consecuentemente, el texto en sí mismo considerado, al cual se refería la propuesta, fue igualmente acogido. La conclusión contraria, a la que llega el demandante, se elabora sobre un entendimiento del texto del informe y del acto de su aprobación que naturalmente no tienen, cual es el de suponer que los senadores aprobaron el informe pero no su contenido, referente a adoptar como ley el texto aprobado por la Cámara alta. No sobra repetir y destacar que la plenaria del Senado conocía a cabalidad dicho texto por haberlo debatido y adoptado en la reunión plenaria del día inmediatamente anterior, por lo cual no es dable alegar, como lo hace la demanda, que los senadores no podían debatir sobre normas que desconocían, dado que lo único que había estado a su disposición era el informe de la comisiones en el cual no figuraba el texto objeto de conciliación.

En este punto la Corte entiende que dado que el informe de conciliación proponía al Senado acoger el texto aprobado el día anterior, se debe considerar cumplido el supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria que consiste en el conocimiento de lo debatido y aprobado por los legisladores.²³

7. Ahora bien, como el principio de identidad flexible opera sobre la base del acatamiento de la unidad de materia, es menester examinar también si el asunto del que versaban los artículos 111 y 11224, introducidos en el debate en el Senado, guardaba conexidad temática con el asunto del proyecto que se venía tramitando. Sólo si esto fuera así podían ser objeto de la actividad de la comisión accidental de conciliación. Al respecto la Corte observa lo siguiente:

La materia de que tratan los artículos 110 y 111 acusados toca con las condiciones en las cuales los organismos del sector cooperativo pueden prestar servicios de previsión y solidaridad (art. 110) y con la definición como no aseguradora de la prestación de servicios funerarios. En efecto, el alcance concreto del artículo 110 es modificar la parte final del artículo 72 de la Ley 79 de 198825, para permitir que las entidades cooperativas que actualmente prestan servicios de previsión y solidaridad (como los servicios funerarios), creen una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines, es decir una cooperativa de segundo grado. Por su parte el artículo 111 señala expresamente que no constituye actividad aseguradora la prestación de servicios funerarios “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.” Así pues, la materia de estas normas es una regulación de la actividad de las entidades cooperativas que prestan servicios de previsión y solidaridad, y el señalamiento de que cierta actividad de servicios no es considerada por el legislador como aseguradora.

De conformidad con lo que adujo el Gobierno Nacional en la exposición de motivos con que presentó el proyecto de Ley 106 Cámara, con el mismo se pretendía “consolidar las modificaciones al régimen financiero introducidas por la Ley 510 de 1999, efectuando un arreglo normativo derivado de las recientes experiencias en materia de manejo de entidades financieras en crisis”, a la par que “ajustar la legislación financiera a diversos pronunciamientos de la rama jurisdiccional.”²⁶ En esta misma presentación del proyecto, el Ejecutivo enumeró dentro de las principales propuestas contenidas en él la relativa a los “Ajustes del sector cooperativo”, y al revisar el articulado original de la iniciativa gubernamental se encuentran normas que definen el concepto de “cooperativas financieras” (art. 52 del proyecto inicial) y señalan a quién compete su inspección y vigilancia, así como otras que indican que al Gobierno Nacional corresponde señalar los capitales mínimos que éstas deberán acreditar, etc (art.8° del proyecto inicial).

De similar manera, el articulado de este proyecto inicial contiene normas directamente relacionadas con la actividad aseguradora, como aquella contenida en el artículo 27 relativa a las normas que resultan aplicables a las entidades aseguradoras y los corredores de seguros, entre otras entidades; o como el artículo 45, referente a las facultades de la Superintendencia Bancaria en relación con entidades en las que puedan concurrir “los presupuestos para que ellas consoliden sus operaciones con entidades financieras o aseguradoras, o si existen vínculos u operaciones que puedan representar un riesgo para las

últimas.”

Lo anterior pone en evidencia que de manera general el tema la regulación de la actividad aseguradora y cooperativa sí se incluía en el proyecto inicial con el cual se dio comienzo al trámite legislativo que culminó con la aprobación de la Ley 795 de 2003. Aunque se tratara de asuntos puntuales dentro de los cuales no se hacía referencia concreta al tema sobre el que versan sus actuales artículos 110 y 111, no es posible afirmar que dicho proyecto no tocara en manera alguna con dichas actividades cooperativas y aseguradora.

8. Ahora bien, la materia de la que versan las normas acusadas sí tienen una relación cercana con aquella que de manera general regula el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que la Ley 795 de 2003 entra a modificar. En efecto, dicho Estatuto establece las directrices generales para la actividad aseguradora en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria. Son destinatarias de su regulación las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros²⁷ (EOSF art. 38). En tal virtud, no resulta extraño que en una ley que pretende entre otros objetos modificar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se introduzcan presiones relativas a la calidad no aseguradora de cierta actividad, en este caso la prestación de servicios funerarios. En efecto, estima la Corte, la definición del punto sí cobra importancia de cara a la aplicación o no aplicación a dicha actividad de las normas generales que regulan la actividad aseguradora, contenidas precisamente en el mencionado Estatuto.

Debe recordarse, que el principio de unidad temática no puede ser interpretado sino a la luz de su finalidad constitucional. La jurisprudencia ha dicho que con el se pretenden alcanzar objetivos de seguridad jurídica sustancial, que se obtienen al dar a los ciudadanos normas legales que observen una coherencia material interna, de manera que, por referirse a un mismo tema o asunto, pueda fácilmente identificarse a sus destinatarios potenciales y ser fácilmente cumplidas. Las leyes que abarcaran un catálogo materialmente inconexo de regulaciones resultarían difícilmente observables, por razones de tipo práctico. Empero, la relación de conexidad no puede ser interpretada con tal rigidez que termine por “anular el principio democrático”, transformándose en una camisa de fuerza para el legislador. Por ello se ha estimado que “solamente aquellos apartes, segmentos o proposiciones de una ley respecto de los cuales, razonable y objetivamente, no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistémica con la materia dominante de la misma, deben rechazarse como inadmisibles si están incorporados en el proyecto o declararse inexequibles si integran el cuerpo de la ley.”²⁸

En el caso bajo examen las normas acusadas guardan una relación temática importante no sólo con la ley en que se insertan, sino con una de las materias que regula el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que esta ley pretende modificar. Si en tal Estatuto se establecen las directrices generales para el ejercicio de la actividad aseguradora en Colombia, no es extraño que en la ley que pretende modificarlo se señale que cierta actividad no lo es, de donde se deduce que no queda sujeta a sus normas. Es más, resulta oportuno, de cara a los objetivos que persigue el principio de unidad de materia, que dentro de la Ley 795 de 2003 se haga esta indicación, pues así se facilita saber quiénes son los destinatarios de la misma y del Estatuto que modifica. Al parecer de la Corporación, la seguridad jurídica que busca realizar el principio mencionado queda satisfecha con la

inclusión de los artículos acusados justamente aquí, es decir en el cuerpo de la Ley 795 de 2003.

Con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Corte no acogerá los cargos de inconstitucionalidad formal aducidos en la demanda en contra de los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

Examen de los cargos de inconstitucionalidad material

9. 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 las 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 prepago, 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 coadyudan 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.

10. 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.

El alcance de los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política

11. Los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Constitución Política prescriben que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público se consideran de interés público y que estarán sujetas a la intervención, vigilancia y control estatal. De igual manera, el numeral 24 del artículo 189 señala que al presidente de la República corresponderá ejercer el control y vigilancia de las cooperativas y sociedades mercantiles.

Para esta intervención, vigilancia y control de tales actividades, así como de las cooperativas y sociedades comerciales, la Constitución ha dispuesto un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, reparto según el cual aquel, por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios legislativos a los cuales debe sujetarse la actividad presidencial en estas materias.²⁹ A esta distribución de funciones se refiere particularmente el numeral 24 del artículo 189 superior, según el cual, al Presidente de la República corresponde “ejercer, de acuerdo con la ley” dichas inspección, vigilancia y control. Correlativamente, según el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta, el Congreso debe “dictar las normas generales”, y señalar en ellas “los objetivos y criterios” a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las referidas actividades.

Explicando cómo opera este sistema de distribución de competencias, la jurisprudencia ha dicho que “la diferencia entre lo que atañe al Congreso y al Gobierno, a la luz de los mencionados preceptos superiores (art. 150, numeral 19, literal d), y 335 C.P.), no está señalada a partir de una discriminación por materias. No. Se trata de los mismos asuntos -la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público-, pero la competencia está repartida entre el legislador y el Ejecutivo, según el momento en que obre cada uno respecto de los temas en cuestión: la fijación de políticas, orientaciones y criterios, en términos generales y abstractos, es del resorte exclusivo del Congreso; la concreción, en normas o medidas específicas, fundadas en la ley pero limitadas por el marco de la misma, está en cabeza del Gobierno...”³⁰ Ha hecho ver también la Corte, cómo este sistema de competencias compartidas impide al legislativo invadir la esfera de acción del ejecutivo y viceversa, de manera que “... si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos...”³¹

La explicación de este particular sistema de reparto de competencias para llevar a cabo la

intervención, vigilancia y control de las actividades a que se refieren los artículos 335 y concordantes de la Constitución radica en el carácter técnico administrativo común a tales actividades, que implican fenómenos económicos “que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.”³²

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

12. 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.³³

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:

“Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional:

“... Esta libertad de configuración del Legislador, así como la propia naturaleza de ciertos conceptos constitucionales, permiten precisar los alcances del control constitucional de las definiciones legislativas de las categorías constitucionales. En efecto, el control material de la Corte de estas definiciones legislativas busca preservar al mismo tiempo la supremacía de la Carta y la libertad política del Legislador. Por ello, el control constitucional en este campo es ante todo un control de límites, pues no puede la Corte aceptar definiciones legales que contraríen la estructura constitucional o vulneren principios y derechos reconocidos por la

Carta. Pero tampoco puede la Corte interpretar la Constitución de manera tal que desconozca el pluralismo político y la alternancia de diferentes políticas, pues la Carta es un marco de coincidencias básico, dentro del cual coexisten visiones políticas diversas.

“Ese control de límites varía su intensidad dependiendo de la propia complejidad y desarrollo de la construcción constitucional de un determinado concepto o institución. Así, si la determinación de los elementos estructurales de un concepto es más o menos completa, esto hace más estricto el control constitucional del acto normativo que desarrolla el mencionado concepto pues, en tales casos, el Constituyente ha limitado el ámbito de acción del legislador. Por el contrario, si la protección constitucional solamente se predica de ciertos elementos, los cuales no delimitan perfectamente la figura jurídica del caso, el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado. En efecto, en función del pluralismo político, la soberanía popular, el principio democrático y la cláusula general de competencia del Congreso (CP arts 1º, 3º, 8º y 150), se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.”³⁴ (Negrillas por fuera del original)³⁵

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.”

13. 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).

De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones de cara al problema jurídico que se plantea en la presente demanda: (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 riesgo³⁶ sea actividad aseguradora (criterio material de definición)³⁷; (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 a 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.

14. 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.”³⁸ 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.

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

a. El contrato de servicios funerarios

15. 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:

“Artículo 112. No constituye actividad aseguradora el contrato de prestación de servicios exequiales por virtud del cual una persona, o un grupo de personas, mediante el pago previo de las cuotas fijadas con antelación adquieren el derecho cierto de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, por un término indefinido.

Solamente las sociedades comerciales y las entidades de carácter cooperativo mutual que cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo podrán prestar la modalidad del servicio exequial aquí previsto, para lo cual observarán lo siguiente:

Su objeto social será exclusivamente la prestación de servicios exequiales y estarán sometidas al control estatal que la ley prevea para su especie asociativa.

Contarán con una infraestructura adecuada para atender sus compromisos.

Depositarán ante la entidad que ejerza su inspección y control los modelos de contrato, que no requerirán autorización estatal y serán redactados en forma clara y comprensible, destacando, en la primera página, los derechos de los usuarios y se sustentarán en estudios de carácter técnico.

El precio de los productos debe cubrir los costos de operaciones y ser equitativo para los usuarios.

Deberán acreditar, las sociedades comerciales, un capital social y las cooperativas y las asociaciones mutualistas un patrimonio no inferior a las siguientes cuantías en función del número de usuarios:

Quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes para las empresas que tengan un número inferior o igual a 250.000 usuarios.

Mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para las empresas que tengan un número superior a 250.000 y hasta 500.000 usuarios.

Mil quinientos salarios mensuales vigentes para las empresas que tengan un número superior a 500.000 usuarios.”

“Parágrafo 1°. Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entiende por servicio de tipo exequial 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 2°. 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.”³⁹

Sobre el texto transcrito se han resaltado los apartes que no fueron adoptados finalmente como texto del actual artículo 111.40 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 riesgos. 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 grados 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.

17. De otro lado, el alcance jurídico del artículo 110, también demandado en este proceso, contribuye a reforzar las anteriores conclusiones relativas a la presencia de un factor asegurativo en los servicios funerarios. El texto de esta norma, como se recuerda, es el siguiente:

“Artículo 110. Las entidades que en desarrollo de la parte final del inciso segundo del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 presten directamente servicios de previsión, asistencia y solidaridad podrán crear una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines, la cual no estará sujeta a lo previsto en los artículos 33 inciso primero⁴¹, 5042 y 92 inciso segundo⁴³ de la Ley 79 de 1988 en los términos que establezca el Gobierno Nacional. Los asociados de la cooperativa que le dio origen a la cooperativa así constituida, podrán utilizar los servicios de la nueva cooperativa, así como los asociados de otras cooperativas que participen en su conformación. En este último caso, las decisiones se adoptarán según lo previsto en el artículo 9644 de la Ley 79 de 1988.”

Como claramente se aprecia, el objetivo del artículo transcrito es adicionar con una nueva regulación “la parte final del inciso segundo del artículo 72 de la Ley 79 de 1988.” Por ello, para entender su verdadero sentido y alcance es menester conocer el texto de esta norma:

“Ley 79 de 1988. Artículo 72. Los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de seguros deberán ser especializados y cumplirán la actividad aseguradora principalmente en interés de sus propios asociados y de la comunidad vinculada a ellos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 de la presente Ley⁴⁵, cuando los servicios de previsión y solidaridad a que se refiere el artículo 6546 de la presente Ley requieran de una base técnica que los asimile a seguros, deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados en este ramo, o con otras entidades aseguradoras legalmente establecidas; las entidades que actualmente los presten podrán continuar haciéndolo a menos que, requeridas por el organismos correspondiente del Estado, no demuestren su competencia técnica y económica para hacerlo.”

Al parecer de la Corte, el artículo 72 de la Ley 79 de 1988, “por la cual se actualiza la legislación cooperativa”, dispone que las cooperativas que presten servicios de seguros deben especializarse en esa actividad, y que cuando desarrollen “servicios de previsión y solidaridad” que “requieran de una base técnica que los asimile a seguros” éstos deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados en este ramo, o con otras entidades aseguradoras. Sin embargo, la parte final del segundo inciso, que es justamente la que viene a ser adicionada por el artículo 110 demandado, afirma que las entidades que en el momento de la entrada en vigencia de la Ley 79 de 1988 vinieran prestando tales servicios de asistencia y solidaridad podrían seguir haciéndolo (sin necesidad de contratarlos con organismos o entidades especializadas en seguros, se entiende), a menos que no logran

demostrar ante los órganos de supervigilancia estatal su competencia técnica y económica. Ahora bien, la modificación que introduce el artículo 110 bajo examen a esta parte final del artículo 72 consiste en permitir a estas últimas entidades “crear una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines”, es decir una cooperativa de segundo grado.

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.⁴⁷

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

18. 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.”

Sobre la noción de contrato de seguro esta Corporación, con fundamento en la norma transcrita, ha acogido las siguientes definiciones:

“... Aun cuando el Código de Comercio vigente en el país desde 1.972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición expresa del contrato de seguro, lo cierto es que con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título hacen parte, y de modo particular en los artículos 1037,1045,1047,1054,1066,1072,1077 y 1082, bien puede decirse,

sin ahondar desde luego en mayores detalles técnicos para el caso impertinentes, que es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona –el asegurador– se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...).⁴⁸

A su turno, la doctrina colombiana ha diseñado la siguiente noción para ese tipo de contrato⁴⁹:

“Es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (art. 1036), en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (art. 1037, ord. 1º) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos (arts. 1037, ord. 2º y 1039), cuyos elementos esenciales son (art. 1045) el interés asegurable (arts. 1083 y 1137), el riesgo asegurable (art. 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (art. 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (art. 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (art.1080). (...)”⁵⁰

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. ⁵¹

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:

19. 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:

“1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos persona distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutua los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.

2. El seguro comercial presupone en contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutuo presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.

3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutuo ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutuo responderá hasta el monto total de dicho fondo.”⁵²

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:

20. 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 mutuo” podrían prestar

los servicios exequiales bajo la modalidad jurídica llamada servicios funerarios. Corrobora lo anterior el hecho de que en una de las intervenciones⁵³ se afirma 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.

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.

El contrato de servicios funerarios no implica la captación de recursos del público

21. Como un resumen de lo hasta aquí dicho se concluye que existen algunas diferencias entre el contrato de seguros que celebran las compañías de seguros y los servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 acusado. Se ha detectado también que, aunque la ley no precisa quiénes pueden celebrar esta última clase de contrato, en la práctica es desarrollado por las empresas de economía solidaria, que lo consideran una forma de servicio de asistencia y solidaridad, y por otro tipo de entes, como bien pueden ser las sociedades comerciales cuyo objeto es ser empresas funerarias.

Se ha dicho también que al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, para lo cual puede válidamente acudir a criterios negativos, indicando qué operaciones no la constituyen. Desde este punto de vista puede el Congreso, desechando el criterio material, decidir que no es aseguradora toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades, cuando aparecen otros elementos jurídicos que estima relevantes para otorgar un tratamiento legal diferente. Puede también decidir que sólo es aseguradora la

actividad que se desarrolla bajo la forma jurídica pura del contrato de seguros (criterio formal), o por parte de las compañías constituidas como compañías aseguradoras (criterio orgánico). Sin embargo, se ha hecho ver que cualquier actividad, llámese aseguradora o no, que implique el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control del Estado, en los términos de los artículos 335 y concertantes de la Constitución.

Por lo tanto es menester que la Corte estudie si los llamados servicios funerarios a que se refiere el artículo 111 acusado, que el legislador ha decidido catalogar como actividad no aseguradora, implican tal manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. A este respecto encuentra que la actividad de quienes prestan los llamados servicios funerarios no se encuadra dentro de aquella que, de conformidad con lo prescrito por el Decreto 3227 de 1982, constituye captación masiva de recursos de manos del público por parte de las entidades financieras. En efecto, el artículo 1° de esa disposición (modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988) dispone que se entiende que las entidades financieras⁵⁴ captan dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

Parágrafo 1°. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o

b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2°. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente

artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, 2º de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982.”

Al parecer de la Corte, la prestación de servicios funerarios consistentes en el conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres llevadas a cabo como contraprestación al pago de cuotas periódicas no se encuadra dentro de la descripción normativa transcrita referente a la captación masiva de recursos de manos del público.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte emprende el examen concreto de constitucionalidad que se le pide.

Examen concreto de constitucionalidad de las normas acusadas.

22. 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.

23. 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, consecuentemente 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.

24. Por último debe la Corte señalar que contra el alcance normativo del artículo 110 de la Ley 795 de 2003 no fueron aducidos en el presente proceso cargos de violación constitucional por razones de fondo. En efecto, como se dijo, el alcance de dicha disposición es modificar el aparte final del artículo 72 de la Ley 79 de 1988, para permitir que las entidades cooperativas que prestan directamente servicios de asistencia y solidaridad que operan sobre bases técnicas similares a las de los seguros puedan “crear una cooperativa que administre los productos relacionados con tales fines”, es decir una cooperativa de segundo grado.

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.

VII. DECISION

R E S U E L V E :

Primero: Declarar EXEQUIBLES los artículos 110 y 111 de la Ley 795 de 2003, respecto de los cargos examinados por vicios de forma.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el artículo 111 de la Ley 795 de 2003, respecto de los cargos examinados por vicios de fondo.

Tercero: INHIBIRSE de efectuar un pronunciamiento de fondo respecto de la constitucionalidad material del artículo 110 de la Ley 795 de 2003.

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

CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E)

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Jaime Araujo Rentería, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (E)

1 Cita en especial la sentencia C-702 de 1999.

2 Gaceta del Congreso N° 569 del 6 de diciembre de 2002)

4 Según esta definición, el contrato de seguros “es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona –el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘‘prima’’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘‘asegurado’’ los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de ‘‘daños’’ o de ‘‘indemnización efectiva’’, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 002 del 24 de enero de 1.994, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

5 Según esta definición doctrinal el contrato de seguros “Es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (art. 1036), en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (art. 1037, ord. 1º) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos (arts. 1037, ord. 2º y 1039), cuyos elementos esenciales son (art. 1045) el interés asegurable (arts. 1083 y 1137), el riesgo asegurable (art. 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (art. 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (art. 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (art.1080). (...) ” Ossa G., J. Efrén. Teoría General del Seguro - El Contrato. Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1.991, pág. 2.

6 Cita al respecto la Sentencia T-533 de 1996.

7 La intervención recuerda que la Corte en la sentencia T-162 de 1994 ha reconocido ese vacío legislativo

8 “Artículo 1º Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual

en uno cualquiera de los siguientes casos:

“1. Cuando su pasivo para con el público está compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

“Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

“2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un período de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

“Para determinar el período de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta.

“Parágrafo 1. En cualquiera de los casos señalados debe concurrir además una de las siguientes condiciones:

“a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobrepase el 50% del patrimonio líquido de aquella persona; o

“b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado

ofertas públicas o privadas a personas innominadas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un período de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

“Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982”.

9 Cita concretamente la sentencia C-376 de 1995, de la cual fue ponente el h. Magistrado Jorge Arango Mejía, aquí demandante.

10 Sentencia C-702 de 1999

11 Se refiere a las Sentencias C- 333 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, C- 376 de 1995, M.P Jorge Arango Mejía y C-035 de 2003, M.P Jaime Araujo Rentería.

12 LEY 5ª DE 1992. “ARTICULO 160. Presentación de enmiendas. Todo Congresista puede presentar enmiendas a los proyectos de ley que estuvieren en curso. Para ello se deberán observar las condiciones siguientes, además de las que establece este Reglamento:

1a. El autor o proponente de una modificación, adición o supresión podrá plantearla en la Comisión Constitucional respectiva, así no haga parte integrante de ella.

..2a. El plazo para su presentación es hasta el cierre de su discusión, y se hará mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión.

3a. Las enmiendas podrán ser a la totalidad del proyecto o a su articulado.

ARTICULO 161. Emniendas a la totalidad. Serán emniendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto, o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto.

ARTICULO 162. Enmiendas al articulado. Estas podrán ser de supresión, modificación o adición a algunos artículos o disposiciones del proyecto.

13 Sentencia C-760 de 2001. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Manuel José Cepeda.

14 Estas excepciones se refieren a la posibilidad de surtir debates en sesión conjunta. Cf. Ley 5ª de 1993, art. 183.

15 Sentencia C-025 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

16 Corte Constitucional, Sentencia C-922 de 2000. MP Antonio Barrera Carbonell.

18 Las variaciones se refieren a la redacción del artículo 112 del proyecto, hoy artículo 111 de la ley.

19 No obstante, en comunicación remitida a esta Corte y obrante en el expediente al folio 2 del cuaderno de pruebas de la Cámara de Representantes, el Secretario General de esa corporación legislativa indica que e acta de conciliación fue aprobada “junto con el articulado conciliado”

20 Ley 5ª de 1993. Artículo 160. Presentación de enmiendas. Todo Congresista puede presentar enmiendas a los proyectos de ley que estuvieren en curso. Para ello se deberán observar las condiciones siguientes, además de las que establece este Reglamento:

1a. El autor o proponente de una modificación, adición o supresión podrá plantearla en la Comisión Constitucional respectiva, así no haga parte integrante de ella.

..2a. El plazo para su presentación es hasta el cierre de su discusión, y se hará mediante escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión.

3a. Las enmiendas podrán ser a la totalidad del proyecto o a su articulado.

ARTICULO 161. Emniendas a la totalidad. Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto, o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto.

ARTICULO 162. Enmiendas al articulado. Estas podrán ser de supresión, modificación o adición a algunos artículos o disposiciones del proyecto.

21 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 160: “ Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días.

Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias.

22 Artículos que vinieron a ser los 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

23 Cf. Sobre el supuesto mínimo de racionalidad deliberativa y decisoria, Cf. Sentencia C-760 de 2001. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Manuel José Cepada Espinosa.

24 Artículos que vinieron a ser los 110 y 111 de la Ley 795 de 2003.

25 El artículo 72 de la Ley 79 de 1988 reza así: (Se subraya la parte que viene a ser modificada por el artículo 110 de la Ley 795 de 2003)

“Artículo 72. Los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de seguros deberán ser especializados y cumplirán la actividad aseguradora principalmente en interés de sus propios asociados y de la comunidad vinculada a ellos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 de la presente Ley²⁵, cuando los servicios de previsión y solidaridad a que se refiere el artículo 65²⁵ de la presente Ley requieran de una base técnica que los asimile a seguros, deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados en este ramo, o con otras entidades aseguradoras legalmente establecidas; las entidades que actualmente los presten podrán continuar haciéndolo a menos que, requeridas por el organismos correspondiente del Estado, no demuestren su competencia técnica y económica para hacerlo.”

26 Juan Manuel Santos. Exposición de motivos al proyecto de ley 106 Cámara,. Gaceta del congreso N° 502 del 28 de septiembre de 2001.

27 La actividad aseguradora de las cooperativas se rige por las normas que regulan esa actividad. Cf. Ley 79 de 1988, artículo 99.

28 Sentencia C-022 de 1993. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 Cf. Sentencia C-700 de 1999, C- 955 de 2000, entre otras.

30 Sentencia C-955 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galido

31 Sentencia C-196 de 1998.

32 Sentencia C-955 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galido

33 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.

34 Ibídem

35 Sentencia C- 404 de 2001 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

36 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.

37 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.³⁷ 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.

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

39 Nótese que el párrafo preveía la existencia de empresas que prestaran este tipo de servicios y que no llegaran a cumplir con los requisitos fijados en el artículo, y les daba un plazo para transformarse y cumplirlos. Entre estos requisitos estaba el de no ser sociedades comerciales o cooperativas y no cumplir con ciertos requerimientos de patrimonio o capital mínimo. Se hace ver que los requisitos no quedaron en el texto definitivo de la ley, pero el párrafo en comento sí.

40 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.”

41 Artículo 33. En las asambleas generales corresponderá a cada asociado un solo voto, salvo la excepción consagrada en el artículo 96 de la presente Ley.

Los asociados o delegados convocados no podrán delegar su representación en ningún caso y para ningún efecto.

42 Artículo 50. Ninguna persona natural podrá tener más del diez por ciento (10%) de los aportes sociales de una cooperativa y ninguna persona jurídica más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los mismos.

43 Artículo 92. Las cooperativas podrán asociarse entre sí para el mejor cumplimiento de sus fines económicos o sociales en organismos de segundo grado de carácter nacional o regional. Aquellos de índole económica serán especializados en determinado ramo o actividad. En los organismos de segundo grado podrán participar además, fondos de empleados, asociaciones mutualistas, denominadas sociedades mutuarías por la Ley 24 de 1981 y demás instituciones

sin ánimo de lucro que puedan contribuir o beneficiarse de las actividades que desarrollen estos organismos.

Los organismos de segundo grado de carácter nacional, requieren para constituirse un número mínimo de diez cooperativas. Los de carácter regional se constituirán con no menos de cinco cooperativas.

44 Artículo 96. los organismos cooperativos de segundo y tercer grado deberán establecer en los estatutos el régimen del voto y representación proporcional al número de asociados, al volumen de operaciones con la entidad, o a una combinación de estos factores, fijando un mínimo y un máximo que asegure la participación de sus miembros e impidan el predominio excluyente de algunos de ellos.

45 Artículo 56. Las cooperativas podrán crear por decisión de la asamblea general otras reservas y fondos con fines determinados.

46 Artículo 65. En todo caso, las cooperativas podrán comprender en su objeto social la prestación de servicios de previsión, asistencia y solidaridad para sus miembros.

47 La única referencia que existe en los antecedentes legislativos de los artículos acusados relativa a las razones por las cuales los mismos se introdujeron al proyecto es la explicación dada en la ponencia para primer debate en el Senado, en donde se dijo lo siguiente: “finalmente, mediante la presente ponencia se introduce una definición que permite determinar la prestación de servicios exequiales prepagados que no constituye actividad aseguradora.

En tal sentido precisa que no constituye actividad aseguradora el contrato de prestación de servicios exequiales por virtud del cual una persona, o un grupo determinado de personas, mediante el pago previo de las cuotas fijadas con antelación, adquiere el derecho cierto de recibir en especie unos servicios de tipo exequial por un término indefinido. Así mismo, la norma incorpora requisitos prudenciales que deben cumplir los interesados en realizar contratos de prestación de servicios.” (Gaceta del Congreso 464 del 1° de noviembre de 2002. Pág. 11.)

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 002 del 24 de enero de 1.994, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

49 Ossa G., J. Efrén. Teoría General del Seguro - El Contrato. Editorial Temis, Bogotá-Colombia 1.991, pág. 2.

50 Sentencia C-269 de 1999. M.P Martha SÁCHICA de Moncaleano.

51 Cf. Ley 389 art. 1°.

52 Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria, obrante en el expediente a folios 239 y siguientes.

53 Intervención de la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO

54 Se entiende por entidades financieras, para estos efectos, los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda, las compañías de seguros y de capitalización, las compañías de financiamiento comercial, las sociedades administradoras de fondos de inversión, y las demás sometidas, al control de la Superintendencia Bancaria, exceptuando los sociedades administradoras fondos de inversión, y las demás sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, exceptuando las sociedades urbanizadoras de que trata la Ley 66 de 1968.(Decreto legislativo 2920 de 1982, reglamentado por el Decreto 3227 de 1982, modificado por el Decreto 1981 de 1988.)