

T. 818



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B)

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 2300123310001999035501 (21128)
Actor: LA PREVISORA S.A.
Demandados: MUNICIPIO DE TIERRALTA (CÓRDOBA)
Asunto: Asuntos contractuales (apelación sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor, LA PREVISORA S.A., contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 7 de diciembre de 2000, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. La sentencia apelada será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones

El 12 de abril de 1999, la PREVISORA S.A., por intermedio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra el Municipio de Tierralta (Córdoba), de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- "1. Que el municipio de Tierralta (Córdoba), incumplió el Contrato de Seguro Estudiantil contenido en la Póliza No. 022948 de junio 24 de 1998 y de las condiciones en ellas contenidas, suscrito con la Previsora; al no pagar oportunamente el valor de su prima;
- 2. Que como consecuencia de ese incumplimiento, se condene al Municipio de Tierralta (Córdoba) a pagar a la Previsora S.A. la suma de treinta y dos millones ciento setenta y siete mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$32.177.450, 00);



3. Que se condene al Municipio de Tierralta (Córdoba) a pagar a la Previsora S.A., los intereses moratorios, que se generen desde el momento que se hizo exigible la obligación y
4. Que se le condene al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.”

2. Fundamentos de hecho

Los hechos narrados en la demanda por el actor son, en resumen, los siguientes:

1. Que el alcalde del municipio de Tierralta (Córdoba) mediante oficio de marzo 2 de 1998, solicitó a la PREVISORA S.A. la expedición de una póliza de seguro estudiantil para amparar a 25.000 niños, de acuerdo al convenio pactado con la Agencia Myriam Valencia G. y Cía. Ltda.
2. Que el alcalde en comunicación de 29 de mayo del mismo año certificó que para el efecto se había dispuesto una adición presupuestal de treinta y cinco millones de pesos (\$35.000.000, oo), por lo cual dicho contrato se manejaría en forma de pago semestral a partir del 1 de junio de 1998 sobre 14.884 niños.
3. Que con el cumplimiento de los requisitos exigidos, la PREVISORA S.A. procedió a expedir la póliza No. 022948 de junio 24 de 1998, con vigencia hasta el 31 de diciembre de ese año, cuyos beneficiarios fueron 16.344 estudiantes de distintas escuelas y colegios del municipio de Tierralta (Córdoba). Se cubrieron los siguientes amparos: muerte accidental, desmembración e invalidez (valor asegurado por estudiante, \$1.200.000,oo); gastos médicos por accidente (valor asegurado por estudiante \$300.000,oo) y gastos funerarios (valor asegurado por estudiante \$300.000,oo). El valor de la prima de este contrato fue de \$32.177.450,oo para pagarlo en las condiciones acordadas.



Radicación No. 2300123310001999035501 (21128)

4. Que la Previsora entregó a su intermediario Myriam Valencia Gutiérrez y Cía. Ltda. la póliza, los carnets y la respectiva cuenta de cobro, para que esta a su vez los entregara al Municipio.

5. Que ante la falta de pago, se iniciaron las gestiones tendientes a obtenerlo y frente a la negativa, se presentó nuevamente cuenta de cobro el 29 de diciembre de 1999. Al respecto, el alcalde informó que sólo tenía de presupuesto la suma de \$10.000.000, oo. En respuesta se inició una acción jurídica y se solicitó una inspección judicial, la cual tuvo lugar el 24 de febrero de 1998, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, con los resultados que en ella consta.

Que de esa inspección se colige que en el libro de Registro Presupuestal de 1998, aparece el Código No. 20101-2024, con el nombre Seguro Estudiantil, Decreto 200 de septiembre 22, contracrédito \$10.000.000,oo; también se encontró decreto modificatorio del presupuesto general del municipio fechado en marzo de ese mismo año, destinando para ese mismo fin la suma de \$10.000.000,oo, además que la cuenta no había seguido su curso: “no nos explicamos como (sic) el señor Alcalde, procedió a certificar determinado valor de disponibilidad presupuestal, cuando en realidad no lo tenía, siendo que dicha certificación tiene fecha de mayo 29 de 1998 y el decreto modificatorio del presupuesto es de marzo del mismo año”.

6. La PREVISORA S.A. “confiando en la seriedad del negocio realizado” atendió dos reclamos presentados, los cuales fueron pagados a sus respectivos beneficiarios.

3. Actuación procesal

Una vez notificada la demanda, la parte accionada guardó silencio. Por auto de 23 de septiembre de 1999, se abrió el proceso a prueba y se decretaron las



documentales que se acompañaron con la demanda y las demás solicitadas por la parte demandante.

Aunque por auto de 20 de mayo de 2000, se fijó audiencia de conciliación, esta finalmente no se realizó y por proveído de 27 de junio siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. En esta etapa, la parte demandante reiteró lo expresado en su escrito de demanda y agregó que todos los medios de prueba que obran en el proceso acreditan el cumplimiento de su parte. Tanto el Ministerio Público como el accionado se abstuvieron de pronunciarse.

4. La sentencia impugnada

El Tribunal *a quo* denegó las pretensiones al estimar que la prueba traída al proceso de la póliza no es idónea, “toda vez que ella fue tomada de fotocopia”. Agregó que aunque se valorara esta fotocopia no se resolvería favorablemente en su totalidad la pretensión del demandante, toda vez que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley 45/90, la mora en el pago de la prima de la póliza, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados.

Precisó que el artículo 81 citado le concede al tomador de una póliza un término de 30 días para cancelar su valor, si no lo hace —como en este caso— por ministerio de la ley “el contrato quedó resuelto y el asegurador sólo tendrá derecho a que se le cancele el pago de la prima correspondiente a un mes y los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato”.

5. El recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia, en el que esgrimió que “si La Previsora S.A. hubiese tenido el original de la póliza en su



poder o por lo menos acceso a ella, no habría elegido el proceso ordinario (acción contractual), sino por el contrario, la vía ejecutiva, más expedita, para sus intereses". Anotó que de lo dispuesto por el artículo 1046 del Código de Comercio no se infiere que para probar el contrato se "exija necesariamente el aporte de la póliza en original".

6. Actuación en segunda instancia

El recurso de apelación presentado fue admitido en auto de 30 de agosto de 2001. Mediante providencia de 28 de septiembre de 2001, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público con el fin de que rindiera concepto, si a bien lo tenían.

Las partes guardaron silencio. El Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia apelada, al estimar que si bien con la expedición de la Ley 389 de 1997 el contrato de seguro dejó de ser solemne para ser consensual y que tratándose de los efectos probatorios el artículo 1046 del C.Co. establece que con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar el original de la póliza al tomador, no es menos cierto que en cuanto a relaciones asegurativas estatales el principio de consensualidad no aplica, por virtud de la exigencia contenida en los artículos 39 y 40 de la Ley 80, según la cual los contratos deben constar por escrito.

Estimó que en este caso debió cumplirse con la exigencia del escrito contractual y sin él no puede accederse a las súplicas de la demanda. Agregó que aún en gracia de discusión de aceptarse la fotocopia aportada al expediente, el escrito carece de firma del tomador "por lo [cual] no habría rastro de la manifestación de su voluntad de aceptación. A esto se suma la ausencia de expresión de aceptación de la existencia de un contrato de seguros por parte del alcalde municipal (...) en su versión testimonial a folios 71 y 72 del expediente".



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia del Tribunal *a quo* en cuanto negó las pretensiones de la demanda, para lo cual examinará los siguientes aspectos: i) competencia; ii) objetivo de la acción y motivo de la apelación; iii) prueba del contrato estatal; iv) el caso concreto.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la apelación dentro de este proceso, en virtud de lo dispuesto por los artículos 129 del Código Contencioso Administrativo y 13 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003).

Este proceso tiene vocación de doble instancia en atención a que la pretensión mayor de la demanda asciende a \$32.177.450,00 y la cuantía exigida para que el proceso de controversias contractuales fuese de dos instancias para la fecha de presentación de la demanda -12 de julio de 1998- era de \$18.850.000,00 circunstancia que no varió para la fecha de presentación del recurso de apelación, el 2 de abril de 2001, época para la cual la mayor cuantía era de \$26.390.000.

2. Fijación del litigio en esta instancia

En el recurso de apelación, el actor indicó que aportó fotocopia al carbón de la póliza que reposa en sus archivos, en atención a que el original está en poder del demandado como lo exige el artículo 1046 del Código de Comercio y en la oportunidad probatoria el accionado guardó silencio y no tachó de falso el documento.

Añadió que “en materia de seguro la costumbre, siempre ha indicado que normalmente la póliza casi nunca es firmada por el tomador, como sí ocurre con



la aseguradora; circunstancia que siempre ha limitado a las compañías de seguro para el cobro de la prima, teniendo como título ejecutivo, la misma póliza". Finalmente, apuntó que el demandado no actuó de buena fe porque en la etapa precontractual actuó engañosamente.

En tal virtud, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala estriba en establecer si de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente se demostró la existencia del contrato demandado y su incumplimiento.

3. Perfeccionamiento y prueba del contrato estatal

Las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, habida cuenta de que éste constituye requisito o formalidad constitutiva (*ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*), conforme a lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993¹. De ahí que para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica es preciso que obre en escrito y por ello no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, tal y como la ha indicado una y otra vez la jurisprudencia de la Sala.²

En efecto, el citado artículo 39 de la Ley 80 de 1993, al regular la forma del contrato estatal, prescribe que los contratos que celebren las entidades estatales "constarán por escrito" (*contrato litteris*), en contraposición a la libertad de forma del régimen del derecho común en el que la consensualidad es la regla general ("*solus consensus obligat*").

¹ Que retoman una constante del derecho colombiano contenida en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976 y 26 del Decreto ley 222 de 1983, con arreglo a la cual, por lo general, es preciso instrumentar el negocio jurídico estatal mediante escrito.

² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias 28 de enero de 1994, Exp. 9072; 11 de julio de 1996, Exp. 9692; 29 de enero de 1998 exp. 11099; de 4 de mayo de 1998; 5 de octubre de 2005 AP 1588; 29 de noviembre de 2006 exp. 16855; 2 de mayo de 2007 rad. 25000232600019950112301 (16211); 17 de mayo de 2007 AP 3932; 20 de septiembre de 2007 exp. 16.852 y 23 de marzo de 2011, exp.17.072; Auto del 27 de enero de 2000, Exp. 19935; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 26 de agosto de 1998.



Norma que hace referencia al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual, tal y como lo señaló la Corte Constitucional³ al hacer el examen de constitucionalidad del parágrafo del citado precepto⁴ que disponía que las formalidades plenas se determinaban en función de la cuantía (reglamentado por el artículo 25 Decreto 679/94⁵).

En consonancia con este mandato, el artículo 41 de la misma ley estableció con igual nitidez que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

En cuanto al alcance de estos dos mandatos legales, consultados sus antecedentes históricos para determinar la historia fidedigna de su establecimiento al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil (*voluntas legislatoris*), se tiene que el legislador tenía claro que el contrato estatal no sería consensual sino solemne y –por lo mismo– el escrito fue concebido como un requisito para su perfeccionamiento.

En efecto, en la exposición de motivos al Proyecto de ley 149 de 1992 presentado por el Gobierno, a la sazón la actual Ley 80, aparece claro no sólo este aserto sino también las razones de que se sirvió el legislador:

“Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el

³ Corte Constitucional, sentencia C 949 de 2001.

⁴ Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ Derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008.



perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia.⁶ (se destaca).

Estas normas en forma imperativa revistieron a la forma escrita, como se exterioriza esa declaración de voluntad de los co-contratantes, de un valor *ad essentialiam* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria, solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad⁷.

Lo cual resulta armónico con lo prescrito por el artículo 1760 del Código Civil⁸ con arreglo al cual la falta de instrumento público no puede suplirse con otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad y el artículo 232 del C.P.C. que establece que la prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

De ahí que la falta del documento que contiene el acto o contrato no puede suplirse con otra prueba y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones -efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman. O lo que es igual, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio

⁶ Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, pág. 12.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AP 1588 de 5 de octubre de 2005, CP Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ Aplicable por remisión expresa que hacen los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993.



probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que el contrato, el escrito y su prueba son inseparables, como recientemente indicó la Sala⁹

Y si bien actualmente, por virtud la Ley 389 de 1997 (que modificó los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio), el de seguro es un contrato consensual, dicha consensualidad de la legislación mercantil no aplica en los eventos en que sea celebrado por una entidad estatal. En efecto, al tenor de lo prescrito por el artículo 32 en concordancia con el artículo 2º de la Ley 80, se trata de un genuino contrato estatal, que deberá someterse a los preceptos de orden público antes referidos y que sólo se viene a regir por las normas del derecho común, en las materias que particularmente no hayan sido reguladas por dicho Estatuto de Contratación, según lo pregona el artículo 13 de la Ley 80.

Ahora bien, tratándose de copias de documentos públicos, si bien éstos pueden conforme al artículo 253 del C. de P. C. ser aducidos en original o copias, éstas sólo ostentan el mismo valor probatorio del original en los eventos previstos en el artículo 254 *eiusdem*, aplicable en los procesos ante la jurisdicción administrativa en virtud de lo prescrito por el artículo 168 del C.C.A.: (i) Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada; (ii) cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente y (iii) cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

Es importante advertir que la aludida exigencia de autenticación fue encontrada ajustada a la Carta por la Corte Constitucional, al estimar que se trata de una medida razonable, que no vulnera la presunción de buena fe (artículo 83 C.P.) y que tampoco atenta contra el derecho constitucional de acceso a la justicia (artículo 228 *ibid.*), ya que la exigencia de autenticación “no tiene otra finalidad

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 23 de marzo de 2011, exp.17.072.



que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos” y pretender que la primacía del derecho sustancial torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, según la *ratio decidendi* del fallo de constitucionalidad, “es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí”¹⁰.

De otra parte, si bien es cierto que el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991¹¹ (invocado por el actor en el recurso) previó que los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieran o no como destino servir de prueba, se reputarían auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, todo ello sin perjuicio de los documentos emanados de terceros, no es menos cierto que la Corte Constitucional en el mismo pronunciamiento antes referido dejó en claro que ese precepto alude a los ‘documentos’ y hay que entender que se trata de documentos originales ya que “[s]ería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad”¹².

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en cita un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales consiste en que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Y ello es así, según la Corte Constitucional, porque “la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias”¹³. Certeza que –agrega el Tribunal Constitucional– es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en

¹⁰ Corte Constitucional sentencia C-023 de 1998.

¹¹ Diario Oficial No. 40.177, del 25 de noviembre de 1991.

¹² Corte Constitucional sentencia C-023 de 1998.

¹³ Corte Constitucional sentencia C-023 de 1998.



últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

El artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, fue reproducido luego por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998 haciendo claridad de que hacía relación a los documentos privados, previsión luego incorporada por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003 como inciso 4 del numeral 5 del artículo 252 del C. de P. Civil y posteriormente, modificada por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, en los siguientes términos:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva” (se subraya).

De modo que, a partir de la vigencia de dicha ley (12 de julio de 2010)¹⁴ en los procesos se presumen auténticos los documentos privados (no públicos como son justamente los contentivos de contratos estatales) provenientes de las partes manuscritos, firmados o elaborados por ellas, con independencia de la forma en que se aduzcan (original, copia auténtica o simple).

A este respecto conviene no perder de vista que el artículo 39 de la Ley 153 de 1887, prescribe que los actos ó contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere.

Esta disposición se ocupa, pues, de la prueba de los actos y contratos ante cambios en la legislación, y al hacerlo prevé dos reglas: (i) la parte sustantiva o material de la prueba se rige por la ley vigente a la época de la celebración del acto o contrato (por ejemplo, el medio de prueba); y (ii) la parte adjetiva, esto es,

¹⁴ Según Diario Oficial No. 47.768 de esa fecha.



la concerniente a la ritualidad o forma en que debe rendirse está sometida a la ley que rige al momento de solicitarla, decretarla, practicarla o incorporarla al proceso dentro de las oportunidades procesales correspondientes.

En tal virtud, el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 no resulta aplicable al *sub examine*, en primer lugar, por cuanto versa sobre documentos privados y no sobre documentos públicos, como son los contratos estatales (art. 251 C. de P. Civil¹⁵); y en segundo lugar, porque su entrada en vigencia (12 de julio de 2010) es posterior a la solicitud, decreto y práctica de las pruebas documentales en este proceso (24 de febrero de 1999).

Por otra parte, siguiendo la citada decisión con efecto de cosa juzgada constitucional que por lo mismo es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y particulares (art. 243 superior, art. 45 LEAJ y art. 21 Decreto 2067 de 1991), la jurisprudencia de la Sala¹⁶ en forma reiterada ha sostenido que las copias que se aporten al proceso deben cumplir con las previsiones del citado artículo 254 del C. de P. Civil y *a fortiori* si con ellas se pretende acreditar obligaciones o el negocio jurídico en tanto fuente de éstas en particular del contrato estatal, en tanto dicho mandato –por su contenido– reviste el carácter de norma imperativa y por lo mismo no puede ser modificada por sus destinatarios (partes o jueces).

Y por ello se ha insistido en que si la parte actora no trae al proceso copia auténtica del contrato, no hay lugar a acceder a sus súplicas en tanto no se demuestran –por esa omisión– los hechos en que fundamentan, esto es, no se acredita la fuente de la controversia contractual y por lo mismo la primera carga probatoria que incumbe al actor es justamente demostrar la existencia del

¹⁵ Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 5355; auto de marzo 11 de 2004 exp. 26.182; sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16211; sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852; sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852; sentencia de 9 de mayo de 2011, exp. 17.864.



negocio jurídico, pues al acreditarlo se probarán las obligaciones que emanan de éste y cuyo incumplimiento se alega.

4. El caso concreto

Al descender las consideraciones precedentes al *sub lite*, se encuentra que no se acreditó el contrato de seguro educativo que se aduce celebraron el municipio de Tierra Alta y La Previsora S.A. con el medio idóneo, y como se expuso en el capítulo anterior de este proveído al ser aportado en copia simple (fl. 19 c. 1), esta sola circunstancia impide que sea válidamente apreciado por el juez.

Como ya se precisó de conformidad con el marco legal aplicable, la decisión de constitucionalidad con efectos de cosa juzgada absoluta ampliamente reseñada y la jurisprudencia reiterada de esta Sala no es posible admitir como prueba del contrato estatal el documento que aportó la parte actora, porque se encuentra en copia simple.

Por manera que no se puede valorar, en términos del artículo 254 CPC, toda vez que ante la ausencia de prueba del contrato, no es posible para la Sala analizar y determinar el incumplimiento reclamado por el demandante, y menos aún, como ha indicado la Sala, deducir responsabilidad patrimonial de tipo contractual cuando no se demuestra la existencia del contrato; requisito imprescindible para que el juzgador acceda a las reclamaciones del actor, como que constituye el fundamento y razón de ser de las mismas.¹⁷

La Sala reitera que es fundamental y presupuesto *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones de incumplimiento del contrato que se acredite el mismo dentro del proceso, dado que, como fuente generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 5355.



materia, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a la ley, o si el mismo se cumplió o no se cumplió, o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos contractuales que se expidan con motivo del mismo estén acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables.¹⁸

No debe perderse de vista que con arreglo al artículo 1757 del Código Civil incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta, esto es, que quien invoque un negocio jurídico como fuente de obligaciones tiene la carga de probar su existencia con arreglo a lo preceptuado por la ley, si pretende hacerlo valer frente a su cocontratante.

En el *sub examine* el demandante incumplió con esta carga y al hacerlo también pasó por alto lo ordenado por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (*onus probandi incumbit actori*).

Preceptos que son desarrollo del principio de auto responsabilidad de las partes que impone al interesado una conducta procesal, que de no adelantarse deberá acarrear las consecuencias adversas que ella apareja. Regla que lleva consigo que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

Esta omisión constituye por sí sola razón para considerar que las pretensiones no están llamadas a prosperar en tanto no se acreditó la existencia del contrato que sustenta la causa de la acción y por lo mismo la Sala confirmará la decisión impugnada.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 16.852.



Ahora bien, el recurrente alegó que dada la obligación del asegurador de entregar en su original al tomador el documento contentivo del seguro, sólo queda en su poder una copia al carbón de la póliza, de conformidad con el artículo 1046 del CCo. y por ello “jamás podrá aportar al proceso el original de la póliza No. 1022948 y menos copia auténtica, la que no se pudo obtener como consta en el expediente”.

A este respecto, es cierto que el inciso 2° del artículo 1046 del CCo. (modificado por el artículo 3° de la Ley 389 de 1997¹⁹) establece que el asegurador, con fines exclusivamente probatorios, está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los 15 días siguientes a la celebración el documento contentivo del contrato de seguro (póliza).

Sin embargo, esta norma no puede ser interpretada —como lo pretende el recurrente— en el sentido de que únicamente el tomador conserva la póliza respectiva. Una interpretación en este sentido no sólo es contraria al texto de la norma, sino que no se acompasa con la debida diligencia que en sus negocios deben tener las aseguradoras y que la legislación promueve.

En efecto, el texto legal en cita en modo alguno está señalando que únicamente el tomador del seguro conserve un documento contentivo del respectivo contrato. Se trata tan sólo de una medida en favor de los consumidores de este tipo de servicios, que tiene por propósito justamente que éstos cuenten con el documento idóneo para poder reclamar el cumplimiento de la misma —cuando ello sea menester— y que por lo mismo presta a la vez mérito probatorio (como dice el precepto) y mérito ejecutivo, en los casos y condiciones previstas por el artículo 1050 *eiusdem*.

¹⁹ Disposición vigente para la época de los hechos que se estudian, en la medida en que según el actor la póliza No. 022948 fue expedida el 21 de junio de 1998, y la normativa en cita comenzó a aplicarse a partir del 25 de enero de 1998, con arreglo a lo prescrito por su artículo 8° que estableció que es ley derogaba todas las disposiciones que le sean contrarias y que sus artículos 1o., 2o. y 3o. entrarían a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación, la cual tuvo lugar el 24 de julio de 1997 (Diario Oficial No. 43.091).



Ello no significa, ni puede significar, que la aseguradora no tenga forma de guardar en sus archivos un documento que contenga el respectivo contrato. La legislación nacional, parte justamente en materia mercantil de la idea contraria.

En efecto, carece de sentido que mientras el artículo 1048 del estatuto mercantil establece que el tomador puede en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le dé copia debidamente autorizada de la solicitud de seguro y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo, o lo que es igual, que el asegurador deba conservar los “documentos que hacen parte de la póliza” y no deba conservar la póliza misma.

De otro lado, conviene tener en cuenta que de conformidad con el artículo 96 del EOSF los libros y papeles de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) deberán conservarse por un período no menor de cinco años (5) años, desde la fecha del respectivo asiento, sin perjuicio de los términos establecidos en normas especiales. Vencido este lapso, podrán ser destruidos siempre que, por cualquier medio técnico adecuado, se garantice su reproducción exacta²⁰.

Por manera que el alcance del citado artículo 1046 del CCo. no es otro que el de ser una norma en favor del consumidor y que en modo alguno entraña que sólo este último tenga acceso al documento original. Se trata de una previsión expresa de la ley para garantizarle a los usuarios la prueba del respectivo negocio jurídico, sin que ello signifique —como pretende el recurrente— que la aseguradora no pueda —o mejor deba— tener su propio original de la póliza, como lo indican las buenas prácticas comerciales, pues ella debe procurar tener dentro de sus archivos el medio idóneo para demostrar la celebración del respectivo contrato de seguro,

²⁰ En consonancia, con este mandato el artículo el artículo 60 del Código Comercio los libros y papeles del comerciante deben ser conservados cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquéllos o la fecha del último asiento, documento o comprobante. Y sólo una vez transcurrido este lapso, podrán ser destruidos por el comerciante, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta.



frente a eventuales conflictos, como este que se puso en conocimiento de la jurisdicción.

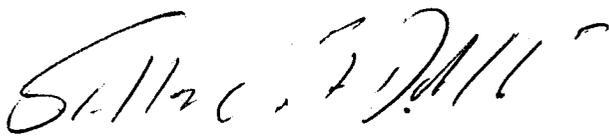
Por lo demás, la Sala destaca que -como lo subrayó la vista fiscal- a la situación descrita, debe agregársele la ausencia de expresión de aceptación de la existencia de un contrato de seguros por parte del alcalde del municipio accionado, en la declaración jurada del Alcalde del municipio accionado (fls. 71 y 72 c.1)²¹.

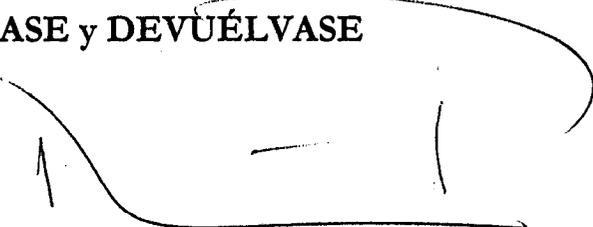
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

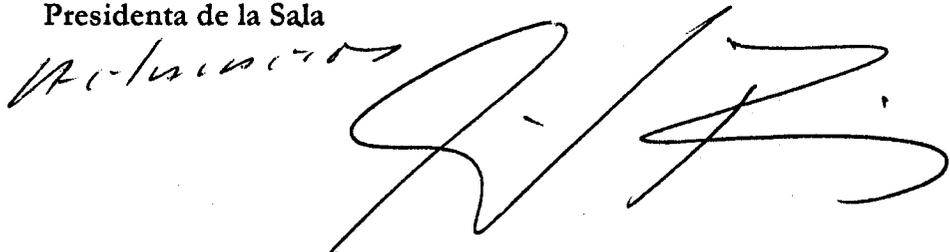
FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 7 de diciembre de 2000.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE CÚMPLASE y DEVUÉLVASE


STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala


RUTH STELLA CORREA PALACIO


DANILO ROJAS BETANCOURTH

²¹ Dijo el Alcalde que la comunicación dirigida a la aseguradora era tan sólo de naturaleza informativa "más no una aceptación autorizándolos adquirir un compromiso económico, simplemente se le está diciendo si existe o no la disponibilidad presupuestal, más no los está autorizando para adquirir ningún compromiso por la Alcaldía ni la Alcaldía con la casa aseguradora, por tal razón no se puede entender ni interpretar una comunicación con la firma de un contrato que es totalmente distinto".