

CONTRATOS DE JUEGO Y APUESTA ("CONCURSO DEL 5 Y 6")

Naturaleza y efectos jurídicos. — La igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes, es regla inherente a su naturaleza aleatoria. — Responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones. — Modificación excepcional de las reglas generales al respecto. — Elementos constitutivos del caso fortuito. — Inspectores de Juegos. — Alcances de sus decisiones en asuntos jurídicos. — Historia y examen de las cláusulas del reglamento del "Concurso del 5 y 6". — La cláusula 6ª no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del "5 y 6" se debe a hecho culposos imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

1. El Código Civil se refiere al juego y a la apuesta como actos, no de simple diversión o esparcimiento, sino de especulación lucrativa; les asigna la naturaleza de contratos aleatorios y consagra el principio general de que estas convenciones no producen acción ni excepción, o sea que quien gana no puede exigir el pago y quien pierde no está obligado a pagar, y si lo hace tiene derecho de repetir lo pagado. Cuando no se limitan a la mera distracción, la ley considera el juego y la apuesta como actos contrarios a las buenas costumbres y los priva de eficacia jurídica por causa ilícita. Con todo, el mismo Código Civil consagra en el artículo 2286 una excepción a este principio general. Consiste la excepción en que los juegos de fuerza o destreza corporal sí producen obligaciones civiles y dan acción para exigir el pago, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía.

La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales. Los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil y, según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del ju-

gador o jugadores. La misma disposición anuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro al blanco, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquellos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluir que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sea los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

Conviene anotar que, si bien el artículo 2286 citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluidas de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitas y lícitas, según que el juego o hecho que las motiva dependa principalmente o no del azar o de la suerte y que, por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres,

conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene asimismo a las apuestas que no dependen de la casualidad. Así, se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuesta.

Conforme al mismo artículo 2286, las apuestas y los juegos lícitos producen obligaciones civiles cuando no contravienen a las leyes de Policía, esto es, cuando su funcionamiento se ajusta a las condiciones señaladas por los reglamentos de Policía. La eficacia jurídica de estos contratos está sujeta a la doble condición de no depender de la suerte o el azar y de funcionar con arreglo a las normas de Policía. La ley les reconoce a estos juegos y apuestas la calidad de contratos y defiere a los ordenamientos de Policía la regulación, no de su régimen jurídico, sino de las circunstancias en que pueden ser establecidos y funcionar. Esta deferencia a las leyes de Policía no priva al juego y a la apuesta de su naturaleza de contratos, ni por sí sola les imprime licitud y fuerza obligatoria, ni los convierte en meras órdenes o reglamentos de Policía; por el contrario, les refuerza su eficacia jurídica como tales contratos.

Además de los requisitos necesarios a toda convención y de la presencia del principio de la buena fe, los contratos de juego y de apuesta se hallan sometidos a una regla que es inherente a su naturaleza aleatoria, y que consiste en la igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes. Ninguno de éstos puede quedar o ser colocado en posición de desventaja respecto de los otros, y es ilícito todo acto o convenio que aumente los riesgos de ganancia o pérdida en perjuicio de una parte y en ventaja de la otra. Esta regla quedaría rota si, en el concurso del 5 y 6, y con fundamento en la cláusula sexta del reglamento, se desconociese valor a los formularios que no llegaron a las urnas respectivas por dolo o culpa de la empresa, y se exonera a ésta de la obligación de cubrir la ganancia obtenida por uno de estos formularios y aun de la responsabilidad consiguiente. Como tal desventaja sería inaceptable, no puede menos de concluirse que esa cláusula sexta no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe a hecho culposo imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

2. Las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obli-

gaciones, establecidas por los artículos 1604, inciso 2º, y 1616 del Código Civil, pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla y aun para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita. Estas modificaciones excepcionales se producen unas veces por vía legal y otras por vía convencional, como lo expresa el último inciso del mentado artículo 1604 del Código Civil.

En principio el caso fortuito libera de responsabilidad al deudor, como se ha dicho, pero las partes pueden estipular lo contrario, y en tal evento debe cumplirse lo pactado, aunque sobrevenga un caso de fuerza mayor. Así lo dispone el artículo 1732 del Código Civil. También la ley modifica este principio en ciertas situaciones, como ocurre con el comodatario, quien se hace responsable del caso fortuito en los supuestos previstos por el artículo 2203 del mismo estatuto.

El artículo 1522, *ibidem*, prohíbe condonar el dolo futuro, y el 1523 estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Los contratantes no pueden pactar que el deudor no será responsable por el incumplimiento doloso de sus obligaciones, porque esta estipulación quedaría afectada de nulidad absoluta, no sólo por objeto ilícito, sino también por constituir una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del obligado (C. C., 1535). Y lo que se dice del dolo es también aplicable a la culpa lata por estar equiparada a aquél (C. C., 63). Según esto, la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave no puede ser atenuada ni descartada por vía contractual. Así lo expresó la Corte en casación de 9 de diciembre de 1936 (XLIV-1918, 405), aunque vale anotar que no todos los doctrinantes comparten este concepto en cuanto concierne a la responsabilidad por culpa grave.

En relación con la responsabilidad del deudor por culpa leve o levisima que consagra el referido artículo 1604, ella es también susceptible de sufrir variaciones por disposición especial de la ley o por convenio expreso de las partes, como lo dispone el inciso último de esta misma disposición. Así, por ejemplo, el mandatario y el depositario en algunos casos responden de la culpa leve, según los artículos 2155 y 2247 del Código Civil, no obstante que sus gestiones se dirigen a beneficiar a sus respectivos acreedores. De igual modo, y salvo disposición prohibitiva en contrario, las partes contratantes disfrutan de la facultad de agravar, limitar y aun

eliminar esta responsabilidad del deudor mediante estipulación expresa consignada en la convención respectiva. Del ejercicio de este derecho provienen las cláusulas exonerativas de responsabilidad que no es raro hallar en algunos contratos, especialmente en los calificados de adhesión.

En esta materia cabe recordar asimismo que, como el dolo y el caso fortuito no se presumen, sino que deben ser comprobados (C. C. 1516 y 1604), el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se haya dicho que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa (LXXX, 2155, 688), presunción legal que el deudor puede destruir acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.

3. Cuatro son los elementos constitutivos del caso fortuito, a saber: la inimputabilidad, la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la imposibilidad absoluta de cumplimiento. Consiste el primer factor, según los artículos 1604 y 1738 del Código Civil, en que el hecho o suceso que se invoca como caso fortuito no se haya producido por culpa del deudor o de las personas por quienes éste fuere responsable. La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto. La irresistibilidad consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios o defensas empleados por el deudor para eludirlo. La imposibilidad radica en que tal hecho coloque al mismo deudor en situación absoluta de no poder cumplir la obligación respectiva (LXXV, 2129, 252).

4. El Inspector de Juegos es un funcionario de Policía, y sus decisiones desatan cuestiones de hecho, pero no de derecho, y no adquieren en asuntos jurídicos la modalidad de la cosa juzgada material.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

El señor Efraím del C. González, obrando por ministerio de apoderado, demandó ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá a la entidad llamada “Hipódromo de Techo S. A.”, para que,

en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

“*Primera.* Que la boleta especial para el concurso 5 y 6, número 315175 - Triplicado - Serie C. G., sellada en el expendio número 40, autorizado por el ‘Hipódromo de Techo S. A.’, y que funciona o funcionaba en el edificio de los Almacenes Sears, correspondiente a la reunión hípica del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), y cuyo sello dice lo siguiente: ‘Hipotecho - Fontibón. - Número 40 - 28 - 8 - 88 - 0099’, por la suma de diez y seis pesos (\$ 16.00), jugada por mi poderdante, señor Efraím del C. González, reúne los requisitos exigidos por el reglamento, en cuanto se refiere a las obligaciones impuestas a las personas que participan en el concurso del 5 y 6.

“*Segunda.* Que, como consecuencia de la declaración anterior y teniendo en cuenta que mi mandante acertó con los seis caballos ganadores en el concurso del 5 y 6, correspondiente a la fecha veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), se condene a la sociedad anónima denominada ‘Hipódromo de Techo S. A.’, representada por su Gerente, señor Jenaro Rico, actualmente, a pagar a mi poderdante, señor Efraím del C. González, la cantidad de cuarenta y un mil ciento cincuenta y seis pesos con noventa centavos (\$ 41.156.90), suma ésta que fue pagada a cada uno de los concursantes que acertaron con los seis caballos ganadores en la fecha indicada. O aquella suma que dentro del juicio se demuestre, por intermedio de peritos. Dinero que le debe ser pagado a mi representado como tenedor de la boleta premiada que he determinado en el punto primero petitorio de esta demanda.

“*Tercera.* Que se condene a la sociedad anónima ‘Hipódromo de Techo S. A.’, a pagar los perjuicios ocasionados a mi mandante por el no pago oportuno del premio que aquí demando consistentes en el lucro cesante y daño emergente, cuyo monto demostraré durante la secuela del juicio. Y en caso de que ello no fuere posible, esta condena debe hacerse en abstracto, tal como lo preceptúa el artículo 553 del Código Judicial.

“*Cuarta.* Que se condene a la sociedad anónima ‘Hipódromo de Techo S. A.’, a pagar las costas que este juicio ocasionare”.

En respaldo de estas peticiones se expusieron varios hechos que pueden compendiarse así:

1. Entre las cuatro y cinco de la tarde del 27 de agosto de 1955 el señor Efraím del C. González se presentó en el expendio de formularios

número 40, que entonces funcionaba en el edificio de los Almacenes Sears, de esta ciudad; compró allí cuatro boletas, distinguidas con los números 315175, 315176, 315177 y 315178, y procedió a llenarlas; hecho esto, presentó esas boletas al sellador Alfonso Aguirre Serrano, con los valores de \$ 16.00, \$ 2.00, \$ 2.00 y \$ 2.00; las mismas boletas fueron selladas por este señor con la siguiente numeración, en su orden: 0099, 0101, 0102 y 0103; practicada esta operación, el sellador devolvió a González los triplicados de los formularios dichos.

2. "En el lleno de las expresadas boletas el señor González, mi poderdante, cumplió a cabalidad con el reglamento del concurso, que en forma completa y discriminada lo contiene al reverso de cada boleta, sin omitir requisito alguno, como se puede ver al observar detenidamente cada una de ellas, que en triplicado acompaño a la presente demanda".

3. El 29 de agosto de 1955 el señor González se presentó en las oficinas del 5 y 6 con el fin de cobrar el premio correspondiente, ya que en la boleta sellada con el número 0099 había acertado en la escogencia de los seis caballos ganadores, pero los empleados encargados de hacer el pago le manifestaron que esa boleta no podía ser pagada por haberse extraviado el original y el duplicado, y que esta circunstancia se había hecho constar en el acta que se asentó el 28 de agosto de 1955, y que suscribió el Inspector Distrital de Juegos. Posteriormente el doctor Sergio Toledo Rangel, como apoderado de González, acudió a las mismas oficinas con los señores Manuel G. Duarte y Manuel J. Ardila, con el fin de hacer el cobro del premio, pero allí se le negó también el pago con los argumentos ya expresados.

4. Más tarde el nombrado doctor Toledo y el nuevo mandatario de González, doctor Luis Alfredo Rey, se acercaron a las oficinas del Gerente del "Hipódromo de Techo S. A.", con el propósito de tratar personalmente el asunto del pago del premio, pero allí se les ordenó ir a las oficinas del 5 y 6, donde los atendió un señor que les enseñó el acta extendida el 28 de agosto, y les dijo que el formulario no se pagaba por hallarse en el evento que contempla el artículo 19 del reglamento.

5. El extravío del original y del duplicado del formulario en cuestión, no exonera a la sociedad "Hipódromo de Techo" de pagar el premio correspondiente, alegando el caso fortuito que prevé el citado artículo del reglamento.

6. El concurso hípico del 5 y 6 depende directamente del "Hipódromo de Techo S. A.", y por tanto esta sociedad se halla obligada a pagar el premio por el monto correspondiente a lo que cubrió a los otros concursantes que en la misma fecha acertaron a señalar los seis caballos ganadores.

La sociedad "Hipódromo de Techo" contestó la demanda, y en su respuesta aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a las peticiones formuladas, y expresó finalmente:

"Los hechos en que la empresa demandada apoya su defensa son los siguientes:

"*Primero.* El formulario número 315175, número de orden 0099, por valor de \$ 16.00, que se dice por el actor haber sido sellado en el expendio número 40 para entrar en concurso en la reunión trigésimacuarta, no llegó al Departamento del 5 y 6.

"*Segundo.* En presencia de la planilla presentada por el sellador número 40, en que incluía como recibido por él el formulario objeto de esta acción, y en consideración a que dicho formulario no apareció, no entró en juego de acuerdo con las normas que rigen el concurso.

"*Tercero.* La exclusión de tal formulario por falta de él fue necesariamente realizada antes de iniciarse la reunión oficial de carreras, y consta en acta levantada por el señor Inspector Distrital de Juegos.

"*Cuarto.* El señor Inspector Distrital de Juegos es la única autoridad competente para indicar cuáles formularios entran en juego y cuáles no.

"*Quinto.* Por los micrófonos del Hipódromo, antes de comenzar las carreras integrantes del concurso del 5 y 6, se avisó al público, de manera profusa, qué formularios habían sido anulados y cuáles no entraban en juego.

"*Sexto.* El formulario que determina la demanda se anunció en forma especialísima y singular por los micrófonos del Hipódromo que no entraba en juego por no haber llegado al Departamento del 5 y 6, no obstante anunciarse su remisión en una planilla.

"*Séptimo.* El Hipódromo no está obligado a pagar formularios que no hayan entrado en juego en razón de no haber sido recibidos en el Departamento del 5 y 6, con arreglo a los términos establecidos en el ordinal 19 del Reglamento del Concurso, que, a manera de cláusula de contrato de adhesión, aparece incorporada al reverso de cada ejemplar, con su duplicado y tri-

plicado para apostar en el Concurso del 5 y 6. El ordinal 19, antedicho, corresponde al artículo 353 del Reglamento de carreras que rige las relaciones de los apostadores con el Hipódromo.

“*Octavo.* El señor Alfonso Aguirre Serrano no ha sido ni es empleado del ‘Hipódromo de Techo’, y cuando sellaba formularios del 5 y 6, y en la época precisa de sellar el formulario objeto de este pleito, no era empleado de ‘Hipódromo de Techo S. A.’.

“*Noveno.* Desde el momento de expresarse en acta escrita por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, que un formulario no aparece al momento de sellarse las urnas y de determinarse qué formularios entran en juego, ‘Hipódromo de Techo’ no tiene obligación ninguna con el supuesto apostador, tenedor del formulario excluido.

“*Décimo.* El señor Efraím del C. González, al sellar el formulario materia de la acción, aceptó expresamente lo que al respaldo del formulario reza: ‘Al sellar este formulario el apostador acepta de hecho las presentes cláusulas’, y, por consiguiente, aceptó el ordinal 17 que aparece al respaldo del formulario, y que textualmente dispone: ‘Al sellar el presente formulario los apostadores se someten sin apelación a este reglamento y al que rige las carreras de caballos, las disposiciones de las autoridades hípicas y especialmente a las decisiones de los señores Comisarios, únicos jueces de las carreras, y a cualquiera otra disposición del reglamento general que no esté en contradicción con el presente reglamento’.

“Sería de incalculables alcances, por su peligrosidad, disponer que el simple hecho de que un sellador afirmase en planilla haber sellado un formulario de N. pesos de valor, y aun llegase a acompañar el precio de dicho formulario, sin agregar el original y el duplicado, constituye obligación para la empresa de pagarlo si resultare favorecido, pues bastaría que con la máquina de registro que posee cada sellador se numerase, sellando, un formulario en blanco para llenarlo luego de realizadas las carreras. Esto bastaría para que no pudiese existir juego ni hubiese seguridad de naturaleza alguna para los demás apostadores, ya que los más hábiles e inescrupulosos resultarían acertando el número de caballos que les placiese mediante el lleno de formularios después de las carreras”.

La primera instancia del litigio se surtió con la correspondiente recepción de pruebas, y con-

cluyó con la sentencia de 26 de agosto de 1958, en cuya parte resolutive se dispuso:

“*Primero.* Declárase que la boleta o formulario para el concurso del 5 y 6 que dio origen a este juicio, reúne los requisitos exigidos por el reglamento para el Concurso del 5 y 6 en el Hipódromo de Techo a los concursantes o jugadores.

“*Segundo.* Consiguientemente, condénase a la sociedad ‘Hipódromo de Techo S. A.’, domiciliada en esta ciudad y representada por su Gerente, a pagar al demandante Efraím del C. González, mayor de edad y de esta vecindad, la suma de treinta mil ochocientos sesenta y siete pesos con sesenta y nueve centavos, correspondiente al valor del premio que el apostador demandante ganó en el indicado concurso durante la reunión hípica que tuvo lugar en el hipódromo de propiedad de la sociedad el día veintiocho (28) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pago que deberá efectuarse tan pronto quede ejecutoriada esta providencia.

“*Tercero.* Condénase a la sociedad demandada a pagar en la debida oportunidad al demandante, señor González, los perjuicios causados por la demora en el pago del premio a que se refiere el anterior numeral.

“*Cuarto.* Condénase a la sociedad demandada al pago de las costas del presente juicio”.

La sentencia, acusada.

Ambas partes apelaron de la decisión de primer grado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso término a la segunda instancia mediante el fallo de cinco de abril de 1960, en el cual se resolvió:

“*Primero.* Confírmase los numerales primero y segundo de la sentencia apelada.

“*Segundo.* Revócase el numeral tercero de dicha sentencia, y en su lugar se niega la petición tercera de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la sociedad demandada.

“*Tercero.* Se reforma el numeral cuarto del mismo fallo en el sentido de condenar a la sociedad demandada en las costas de la primera instancia con deducción de una cuarta parte.

“*Cuarto.* Sin costas en la segunda instancia”.

La motivación de esta sentencia contiene varias consideraciones que conviene recordar.

En primer término estudia y encuentra establecidos en el juicio los presupuestos procesales, y considera a las partes legitimadas en causa.

por ser el demandante titular de la pretensión que hace valer y la sociedad demandada la entidad a cuyo cargo está cubrir la ganancia o premio de los formularios que aciertan.

El fallo entra luego en el análisis de la naturaleza jurídica del llamado "Concurso del 5 y 6", pone de presente las obligaciones, tanto de los apostadores a las carreras de caballos como de la sociedad "Hipódromo de Techo", y expresa: "De lo dicho anteriormente se concluye que los apostadores sólo se entienden con el 'Hipódromo de Techo S. A.', a través de sus selladores autorizados, quienes son para ellos los representantes de dicha sociedad para todos los efectos del Concurso del 5 y 6. Por consiguiente, en el momento en que un sellador autorizado pone el sello de control en un formulario que ha sido llenado en debida forma, recibe el valor de la apuesta, retiene el original y el duplicado y devuelve al apostador el triplicado, se perfeccionan dos contratos: uno de apuesta con los demás concursantes, por intermedio del 'Hipódromo de Techo S. A.', y otro de mandato o comisión con dicha sociedad a través del sellador por ella autorizado".

Expone las características del aludido contrato de apuesta, señala los factores que lo distinguen del contrato de juego, y afirma que es de apuesta la convención que celebran los concursantes del 5 y 6, por motivo de que ellos se prometen "recíprocamente una prestación para el caso de ser verdad la afirmación que hacen en sus formularios de que ganarán determinados caballos". Sostiene que, aunque el artículo 95 de la Ley 153 de 1887 estatuye que el juego y la apuesta no producen acción ni excepción, se trata ahora de uno de los casos excepcionales que prevé el artículo 2286 del Código Civil, o sea de un contrato que es plenamente válido y que por ello confiere al apostador ganancioso el derecho de exigir el pago a los otros concursantes. "Desde este punto de vista —dice la sentencia— no ofrece, por consiguiente, reparo alguno la pretensión del demandante para que se condene a la sociedad demandada a pagarle el valor del premio que le corresponde". Anota también que es de adhesión ese mismo contrato de apuesta que celebran los concursantes del 5 y 6 y que ofrece además los caracteres de oneroso, mutuario y aleatorio. Después de explicar estos caracteres expresa el fallo:

"Se tiene así que, dado el sistema de apuestas consagrado en el reglamento que rige el Concurso del 5 y 6, los concursantes no apuestan contra una cantidad fija ofrecida por el 'Hipódromo

de Techo S. A.', como sucede en las loterías, v. gr., sino que el premio que persiguen es el formado por el monto de sus propias apuestas. Por esta razón el Hipódromo no tiene la calidad de apostador frente a los concursantes, sino el de simple intermediario o *nuntius*, por cuyo conducto se perfecciona el contrato de apuesta de aquéllos entre sí. No podrían, por consiguiente, los apostadores gananciosos exigirle al Hipódromo el pago del premio en su condición de apostador perdidoso, puesto que al no tener dicha sociedad la calidad de parte en el contrato de apuesta carecería de legitimación para ser demandada en ese carácter.

"La oferta que hacen los apostadores al presentar sus formularios al sellador autorizado, queda aceptada por el Hipódromo en su condición de mandatario o *nuntius* de los demás concursantes y perfeccionado, por ende, el contrato de apuesta mutua, en el momento en que aquél pone el sello de control a los formularios llenados en debida forma, puesto que de aquí en adelante ninguna intervención tienen ya los apostadores, y sólo quedan pendientes las obligaciones que el reglamento impone al Hipódromo.

"Cualesquiera que sean las relaciones existentes entre el Hipódromo y los selladores autorizados por él, lo cierto es que para los concursantes y para el público en general, ellos representan al Hipódromo para los efectos del Concurso del 5 y 6, y de aquí que entiendan los apostadores que al entregar a dichos selladores sus formularios para que les pongan el sello de control, al consignarles el valor de sus apuestas y al recibir el triplicado, es el propio Hipódromo quien sella el formulario, quien recibe el valor de la apuesta y quien devuelve al concursante el triplicado como prueba de que se perfeccionó el contrato respectivo".

Acerca del contrato de mandato o de comisión que los concursantes celebran con el Hipódromo a través de los selladores de formularios, dice el fallo que esa convención es distinta de la de apuesta que se ha descrito, y que en virtud de ella la sociedad demandada recauda y se hace depositaria del valor de todas las apuestas hechas por dichos concursantes, y se obliga a distribuir los dividendos entre los apostadores que aciertan en la designación de los caballos ganadores, y agrega: "Con fundamento en dicho contrato, que al igual que el de apuesta, es de adhesión, el apostador ganancioso tiene derecho a exigir directamente del 'Hipódromo de Techo S. A.', el valor del dividendo correspondiente, desde luego que una de las obligaciones que pe-

rentoriamente le impone el reglamento a esa sociedad es la de pagar dicho dividendo a los apostadores gananciosos que dentro de los diez días siguientes a la reunión hípica presenten en debida forma el triplicado que se dejó en su poder.

“En casos como el presente, vale decir, cuando se ha depositado en manos de un tercero el valor de la apuesta, los doctrinantes han considerado que ese depósito equivale al pago y que, en consecuencia, el apostador ganancioso debe dirigirse directamente contra el tercero para exigir la entrega de las sumas o cosas apostadas, y no contra el apostador o los apostadores perdidosos.

“En tal evento la demanda para el pago del premio se dirige contra el ‘Hipódromo de Techo S. A.’, no en su calidad de apostador, sino en su carácter de mandatario, comisionista o depositario, obligado por el reglamento a pagar a los apostadores gananciosos el dividendo que les corresponde”.

Aplicando estas ideas al caso de autos, afirma el fallo que aparece demostrado que el señor Efraím del C. González hizo sellar el formulario de que se trata, que cumplió todas las demás exigencias del reglamento del Concurso del 5 y 6, que en ese formulario acertó con los seis caballos ganadores y que oportunamente se presentó a cobrar el respectivo dividendo, pero que el pago le fue negado. “De lo dicho se concluye —expresa la sentencia— que el demandante González cumplió cabalmente con todas las obligaciones que el reglamento del Concurso del 5 y 6 impone a los apostadores, y que por haber acertado seis caballos tiene derecho a que el ‘Hipódromo de Techo S. A.’, le pague el dividendo correspondiente”.

En capítulo especial examina el fallo los hechos y razones que la sociedad demandada alega en justificación de su negativa a pagar el premio o dividendo que el actor reclama. A este propósito la sentencia recuerda que se trata aquí de un contrato de adhesión, y cita una doctrina de la Corte en que se prohija la teoría de que en esta clase de convenciones hay dos tipos de cláusulas, unas esenciales y otras accesorias, de que en relación con las primeras es aplicable el principio de que todo contrato es una ley para las partes, y de que las accesorias sólo son oponibles al contratante que presta su adhesión en cuanto se encaminan a precisar el sentido o inteligencia de las esenciales, pero no cuando modifican disimuladamente el alcance de la convención. En seguida añade el sentenciador:

“De acuerdo con lo dicho resulta incuestionable que, tratándose del contrato de adhesión que celebran los concursantes del 5 y 6, son cláusulas esenciales las referentes a las obligaciones a cargo de los apostadores y a los derechos que tienen en frente del Hipódromo, y accesorias todas las demás, particularmente las atinentes a la marcha interna de la empresa, como es la que impone a los selladores la obligación de entregar en las oficinas respectivas el original y el duplicado de los formularios sellados, antes de una determinada hora. Estipulación semejante no es oponible a los apostadores, pues que el incumplimiento de la misma jamás puede atribuirse a culpa suya, sino a una deficiente organización de la empresa, a una mala elección o mala vigilancia de sus empleados, y en especial de sus selladores autorizados. Por consiguiente, el hecho de que por negligencia, descuido o inclusive dolo de los selladores o de los empleados del Hipódromo, no se depositen en las urnas del 5 y 6 el original y el duplicado recibidos por el sellador autorizado, y relacionados en la planilla, ese hecho no puede perjudicar al apostador que cumplió estrictamente con todas sus obligaciones, ni relevar al Hipódromo de la obligación de pagar a su dueño el dividendo correspondiente en caso de haber acertado los caballos ganadores.

“Es obvio que, cuando por fuerza mayor o caso fortuito, no llegan oportunamente los originales y duplicados de los formularios sellados a la administración del 5 y 6, como sería el accidente de transporte aéreo o terrestre previsto en el artículo 19 del reglamento, el Hipódromo queda exonerado de la obligación de pagar el premio que pudiese corresponder a tales formularios, de conformidad con principios generales de derecho. Pero para que quede libre de tal obligación debe inexcusablemente dar la prueba del hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, tal como lo ordena el artículo 1604 del Código Civil.

“En el caso *sub lite* no se probó que la no entrega del original y duplicado del formulario sellado en debida forma por el demandante, hubiera obedecido a fuerza o caso fortuito, y, en consecuencia, hay que concluir que la pérdida o no entrega del original y del duplicado mencionados se produjo por culpa del Hipódromo y, por ende, que no puede liberársele de la obligación de pagar al demandante el valor del dividendo por él reclamado”.

Por último, el fallo pone de relieve la inconsonancia que considera existir entre las cláusulas 6ª y 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6,

consistente en que, según el artículo 19, sólo el caso fortuito exonera al Hipódromo del pago del premio, mientras que, conforme al 6º, dicha empresa quedará liberada de cubrir ese premio en todos los casos en que el original y el duplicado de los formularios no lleguen oportunamente a las oficinas del 5 y 6, cualquiera que sea la causa de ello, incluso el dolo de los propios empleados de tal empresa. Esta antinomia debe resolverse, según el sentenciador, dándole aplicación prelativa al artículo 19, por ser posterior y porque consulta mejor los principios de la equidad y de la buena fe. “Síguese de lo dicho —termina diciendo la sentencia— que carecen de fundamento las razones en que la sociedad demandada apoya su defensa, y, consecuentemente, que está obligada a pagar al demandante el dividendo que le corresponde, o sea la cantidad de \$ 30.867.69”.

La impugnación.

La parte demandada recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal, y con fundamento en la primera de las causales que señala el artículo 520 del Código Judicial, formula contra ese fallo los tres cargos que la Corte pasa a examinar.

Primer cargo. Se hace consistir en el quebranto, por falta de aplicación, del artículo 2286 del Código Civil, y por aplicación indebida del artículo 1604, *ibidem*, “no sólo a través de la llamada violación directa, sino también como consecuencia de error de hecho en la interpretación del artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6”.

En desarrollo de este cargo afirma el impugnante que el reglamento aludido se halla establecido y autorizado por los funcionarios de Policía, y, que en consecuencia, los apostadores están sujetos a él, no por vía contractual, sino en obediencia a preceptos emanados de autoridad. Ese reglamento contiene los artículos 6º, 15, 17 y 19, que, en su orden, disponen: el primero, que carecen de valor los formularios que no tengan los sellos de control del Hipódromo con el número de orden correspondiente al sellador autorizado, o “si para el momento del escrutinio no están depositados en las urnas del 5 y 6 sus correspondientes originales y duplicados, considerándose apócrifos aquellos que carezcan de tales requisitos”; el segundo, que “no se considerarán válidos los formularios que no llenen los requisitos del presente reglamento”; el 17, que “al sellar el presente formulario los apostadores se someten sin apelación a este re-

glamento y al que rige las carreras de caballos”, y el 19, que “en los casos de accidente de transporte aéreo o terrestre u otra causa fortuita que impida llegar a poder de la Administración del ‘Hipódromo de Techo S. A.’, este formulario el día u hora señalados por el Departamento del 5 y 6 para su recepción, tal formulario no entrará en el juego, devolviéndose el monto de la apuesta y el valor del formulario a la presentación del triplicado correspondiente, sin que haya lugar a reclamación alguna por ningún otro concepto”.

Teniendo las normas reguladoras del Concurso del 5 y 6 el carácter de reglamento de Policía, ellas deben ser obedecidas y cumplidas por la sociedad “Hipódromo de Techo” y por los apostadores, conforme a lo prescrito por el artículo 2286 del Código Civil, toda vez que este precepto les imprime obligatoriedad. La sentencia viola este artículo por falta de aplicación al considerar el reglamento mencionado, no como normas de Policía, sino como cláusulas de un contrato para el efecto de dirimir la controversia en el campo del puro derecho contractual.

El fallo asimila el caso de autos a la hipótesis regulada por el artículo 19 del reglamento para decidir que el Hipódromo no puede ser exonerado de pagar el premio por no haber comprobado el caso fortuito que impidió la llegada del original y del duplicado del formulario de González a las oficinas del 5 y 6. Sin embargo, el caso de autos no es el regulado por dicho artículo 19, sino el previsto por el 6º del reglamento, en concordancia con el 17, o sea el evento en que por cualquier circunstancia, incluso la culpa del Hipódromo, se produzca la pérdida o extravío del original y del duplicado de un formulario, y no lleguen éstos oportunamente a las oficinas referidas. En este supuesto no puede cubrirse el premio y sólo le queda “al apostador que probare dicha culpa la acción de indemnización de perjuicios, por incumplimiento del contrato, exclusivamente”. Como consecuencia de esto la sentencia infringe, por aplicación indebida, el artículo 1604 del Código Civil al estimar aplicable el artículo 19 del reglamento y exigir a la parte demandada la prueba del caso fortuito para liberarla de la obligación de pagar el premio. Como el caso de autos es el mismo que prevé el artículo 6º del reglamento, la sentencia incurre en error manifiesto de hecho al no estimarlo así y al juzgar que se trata de evento regulado por el artículo 19. Este error condujo al fallador a aplicar en forma indebida el citado artículo 1604 al requerir la prueba del caso for-

tuito en una hipótesis distinta de la que contempla este litigio.

Segundo cargo. Consiste en la “violación por falta de aplicación del artículo 1602 del Código Civil, primera parte, y por indebida aplicación de la segunda parte de dicha norma”.

En sustentación de este cargo sostiene la demanda de casación que la cláusula del artículo 6º del reglamento del Concurso del 5 y 6 no es de aquellas que, en los contratos de adhesión, impone la voluntad omnímoda de una de las partes, sino que ofrece un carácter típico de orden público, porque interesa a todos los apostadores y a la sociedad en general, ya que los precave de que aparezcan triplicados sin original y duplicado elaborados con posterioridad a la reunión de las carreras. Así las cosas, aun en el supuesto de que pudiera enfocarse el problema por su solo aspecto contractual, la sentencia no podía dejar de aplicar esa cláusula sexta, pero como sucede que dejó de lado tal estipulación, y la tuvo por inoponible al apostador demandante, violó con ello la primera parte del artículo 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, así como infringió también, por indebida aplicación, la segunda parte del mismo precepto “en cuanto invalidó prácticamente, al no hacer oponible al demandante, la misma cláusula”.

Tercer cargo. Se funda en la “violación de los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil, por falta de aplicación”.

Sobre este cargo expresa el recurrente que a la una y media de la tarde del 28 de agosto de 1955, día de la reunión hípica, el Jefe del Concurso y el Inspector Distrital de Juegos realizaron la confrontación o “chequeo” de los formularios sellados que podían participar en el concurso, que notaron entonces la ausencia del original y del duplicado del formulario del señor González y que, por tanto, lo excluyeron de dicho concurso. “No cabe entonces la menor duda —agrega la demanda— de que el formulario del señor Efraím del C. González, desde la una y treinta de la tarde del día de las carreras, quedó anulado y fuera del concurso, no por determinación unilateral del ‘Hipódromo de Techo S. A.’, a través del Jefe del Concurso, sino por orden de autoridad, cual es el Inspector de Juegos del Distrito”.

Con respaldo en esta premisa sostiene el recurso que, aun en la hipótesis de que las cláusulas del reglamento que autorizan la anulación de formularios no fueran oponibles a los apostadores por tratarse de un contrato de adhesión, resulta que en este evento la anulación del for-

mulario de González se produjo por orden del Inspector de Juegos, y que esto constituye un caso fortuito o de fuerza mayor que impide al Hipódromo pagar ese formulario, toda vez que la empresa debe sujetarse a los mandatos de dicha autoridad. La sentencia violó, por falta de aplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil al no declarar liberada a la sociedad del pago del formulario excluido, por causa de ese caso fortuito. Añade finalmente el recurso que, aunque el actor ha sostenido que la no llegada de su formulario, se debió a culpa del Hipódromo, esta culpa no ha sido demostrada ni ella se presume, fuera de que la anulación se produjo por aplicación de una cláusula del reglamento que el apostador González aceptó.

Consideraciones de la Corte.

I. La entidad o empresa denominada “Hipódromo de Techo” se halla organizada y funciona bajo la forma de una sociedad anónima comercial que se constituyó con el objeto de establecer y explotar el negocio de hipódromos y de carreras de caballos. Con este propósito dicha sociedad estableció el llamado Hipódromo de Techo en jurisdicción del Municipio de Fontibón, y organizó mediante reglamento varios sistemas de apuestas sobre las carreras de caballos que en ese campo se efectúan semanalmente. Entre estos sistemas de apuestas figura uno que se conoce con el nombre de “Concurso del 5 y 6”. Consiste este sistema fundamentalmente en la realización de seis carreras de caballos, en que cualquier persona puede apostar a la victoria de seis de los caballos participantes, y en la entrega o pago de una suma de dinero al apostador que acierte con cinco o seis de los caballos ganadores. Las apuestas se realizan mediante la adquisición onerosa de una boleta denominada formulario, que se expide en tres ejemplares iguales, y la designación en él de los caballos que, en concepto de cada apostador, han de salir victoriosos en esas justas hípicas. El formulario, una vez así elaborado, se entrega con el respectivo valor de la apuesta en uno de los expendios del mismo; el expendedor o sellador que lo recibe coloca en él un sello, con su número de orden mediante una máquina, retiene el original y el duplicado y el valor de la apuesta, y entrega el triplicado al apostador. El mismo sellador debe confeccionar una planilla reseñadora de los formularios que ha recibido y sellado, y entregar los originales y duplicados, con el monto de sus valores, en las oficinas del 5 y 6 antes de la hora se-

ñalada para iniciar las carreras. En esas oficinas se hace luego una confrontación o escrutinio de los mismos formularios, y se señalan los que pueden participar en las apuestas y los que por alguna irregularidad son excluidos de ese concurso. El monto total de las apuestas lo recibe la empresa, y de él destina el setenta por ciento para distribuirlo entre los apostadores gananciosos.

En el caso presente, el señor Efraím del C. González compró e hizo sellar oportunamente un formulario de apuesta para las carreras que se realizaron el 28 de agosto de 1955; el sellador lo reseñó en la planilla respectiva, pero sucedió que, al practicar la confrontación del caso en las oficinas del 5 y 6, no aparecieron allí el original y el duplicado de ese formulario, razón por la cual fue excluido del concurso, pero con la orden de restituir a González el valor de su apuesta. Efectuadas las carreras, éste observó que en su formulario había acertado con los seis caballos ganadores en cada una de ellas, y acudió puntualmente a solicitar el pago de la suma ganada. La empresa negó ese pago por las razones que son ya conocidas.

II. El recurrente sostiene que la sentencia viola por inaplicación el artículo 2286 del Código Civil, a causa de atribuirle al "Concurso del 5 y 6" la naturaleza de contrato y de no reconocer que es un simple reglamento establecido por las autoridades de Policía y de obligatorio cumplimiento, tanto por el Hipódromo de Techo como por los apostadores. Dicho precepto defiende a las normas de Policía la regulación y funcionamiento de ciertos juegos y apuestas, y se lo quebranta, según el impugnante, cuando las controversias surgidas con motivo de estos juegos y apuestas se deciden por vía contractual, y no con arreglo y sujeción a las disposiciones de Policía que los reglamentan.

El artículo 95 de la Ley 153 de 1887, reformatorio del 2283 del C. Civil, dispone que "el juego y apuesta no producen acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago. Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado".

Y el artículo 2286 del Código Civil prescribe que "sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 2283, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía. En caso de contravención descharará el Juez la demanda en el todo".

El Código Civil se refiere al juego y a la apuesta como actos, no de simple diversión o esparcimiento, sino de especulación lucrativa; les asigna la naturaleza de contratos aleatorios y consagra el principio general de que estas convenciones no producen acción ni excepción, o sea que quien gana no puede exigir el pago, y quien pierde no está obligado a pagar, y si lo hace tiene derecho de repetir lo pagado. Cuando no se limitan a la mera distracción, la ley considera el juego y la apuesta como actos contrarios a las buenas costumbres, y los priva de eficacia jurídica por causa ilícita. Con todo, el mismo Código Civil consagra en el artículo 2286 una excepción a este principio general. Consiste la excepción en que los juegos de fuerza o destreza corporal sí producen obligaciones civiles y dan acción para exigir el pago, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de Policía.

La ley no explica lo que debe entenderse por contratos de juego y de apuesta, pero sí los clasifica en dos grupos principales. Los juegos y apuestas de un grupo no producen acción ni excepción, porque son actos de carácter ilícito. Los juegos del otro grupo engendran obligaciones civiles y confieren acción para exigir el cumplimiento de la prestación estipulada. A este segundo grupo se refiere el artículo 2286 del Código Civil, y, según los términos de este precepto, tal grupo se halla integrado por aquellos juegos en que el factor determinante del éxito radica en la fuerza o destreza corporal del jugador o jugadores. La misma disposición enuncia varios de estos juegos lícitos, tales como el manejo de las armas o tiro al blanco, las carreras a pie, a caballo o en bicicleta, el balompié, el tenis, el polo, la natación y otros similares. Si los juegos lícitos son aquellos en que predomina la fuerza o la habilidad corporal, hay que concluir que el grupo de los ilícitos está compuesto por aquellos otros juegos en que prevalece la suerte o el azar, o sea los juegos en que la contingencia de la ganancia o pérdida depende principalmente, no de la acción del jugador o jugadores, sino de la casualidad. Esta clase de juegos, llamados de suerte y azar, es la que no produce obligaciones civiles ni naturales por estimársela contraria a las buenas costumbres. Esto en principio, porque suele suceder que, por excepción, la ley les reconoce efectos jurídicos a ciertos juegos de suerte y azar, como ocurre con las loterías de beneficencia.

Conviene anotar que si bien el artículo 2286, citado, se refiere a los juegos y no a las apuestas, no hay razón que autorice para pensar que éstas son ilícitas en todo caso y que fueron excluidas

de esta prescripción. Aunque el criterio para distinguir los juegos en lícitos e ilícitos no se aviene con la naturaleza de las apuestas, hay que admitir que éstas pueden clasificarse también en ilícitas y lícitas, según que el juego o hecho que las motiva dependa principalmente o no del azar o de la suerte y que, por tanto, sean o no contrarias a las buenas costumbres, conforme a los principios generales. Por manera que la regla consagrada por este precepto, en relación con los juegos de fuerza o destreza corporal, conviene asimismo a las apuestas que no dependen de la casualidad. Así se infiere además del origen y propósitos de las disposiciones que regulan en común los efectos jurídicos de estos contratos de juego y de apuesta.

Conforme al mismo artículo 2286, las apuestas y los juegos lícitos producen obligaciones civiles cuando no contravienen a las leyes de Policía, esto es, cuando su funcionamiento se ajusta a las condiciones señaladas por los reglamentos de Policía. La eficacia jurídica de estos contratos está sujeta a la doble condición de no depender de la suerte o el azar, y de funcionar con arreglo a las normas de Policía. La ley les reconoce a estos juegos y apuestas la calidad de contratos, y defiere a los ordenamientos de Policía la regulación, no de su régimen jurídico, sino de las circunstancias en que pueden ser establecidos y funcionar. Esta deferencia a las leyes de Policía no priva al juego y a la apuesta de su naturaleza de contratos, ni por sí sola les imprime licitud y fuerza obligatoria, ni los convierte en meras órdenes o reglamentos de Policía; por el contrario, les refuerza su eficacia jurídica como tales contratos.

La sentencia sostiene que en el "Concurso del 5 y 6" hay una combinación de dos contratos que se perfeccionan en el momento en que cada sellador autorizado recibe los formularios, los sella, retiene el original y el duplicado con el valor de la apuesta, y devuelve el triplicado al apostador. Las dos convenciones, una de apuesta y otra de mandato, están allí reglamentadas y se celebran en forma de contratos de adhesión. El de apuesta se concierta entre todos los concursantes o apostadores, y no entre éstos y la empresa Hipódromo de Techo, y ofrece los caracteres de oneroso, mutuario y aleatorio. El recurrente afirma a su vez que las cláusulas reguladoras del citado Concurso son un mero reglamento de Policía, que los concursantes se someten a ellas en esa calidad de normas de Policía, que así lo prescribe el artículo 2286 del Código Civil, y que la sentencia infringe este precepto por falta de aplicación al considerar dicho

Concurso como un contrato y no como el expresado reglamento de Policía.

Está dicho que la circunstancia de que la ley defiera a las normas de Policía la regulación del funcionamiento de los juegos y apuestas lícitos, no priva a estos contratos de su naturaleza de tales para convertirlos en meros actos o reglamentos de Policía. El artículo 2286, citado, somete estos contratos a los ordenamientos de Policía, no por desconocerles esa categoría de contratos, sino en salvaguardia de las buenas costumbres. De consiguiente, el fallo no viola este precepto, sino que por el contrario lo aplica correctamente al estimar que el Concurso del 5 y 6 constituye un contrato de apuesta mutua, y al reconocerle eficacia jurídica por funcionar precisamente con arreglo a las normas de Policía.

III. El demandante González hizo sellar su formulario y entregó el original y el duplicado del mismo con el respectivo valor de la apuesta; dichos original y duplicado fueron reseñados en la planilla del sellador, pero al momento del escrutinio no aparecieron en las oficinas del 5 y 6. Ellos se perdieron o extraviaron en poder de dicho sellador o de los empleados encargados de la confrontación.

La sentencia expresa que esa pérdida o extravío del original y del duplicado del formulario no se debió a un caso fortuito y que, por tanto, la sociedad "Hipódromo de Techo" no puede ser exonerada de cubrir el valor de la ganancia hecha por González, conforme a lo prescrito por el artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6. Agrega el fallo que este mismo reglamento impone a los selladores el deber de entregar oportunamente los originales y duplicados en las oficinas del 5 y 6, y que el incumplimiento de esta obligación no puede perjudicar a los concursantes, sino que es imputable a la entidad demandada como culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando* respecto de dichos selladores.

El recurrente acusa la sentencia de violar el artículo 1604 del Código Civil a causa del error de hecho consistente en considerar que lo ocurrido con el formulario del demandante es el mismo caso que prevé el artículo 19 del reglamento del Concurso del 5 y 6 y no el regulado por la cláusula sexta, que en su parte pertinente dispone: "Los formularios del '5 y 6' no tendrán ningún valor si no llevan los sellos del control del 'Hipódromo de Techo S. A.', Fontibón, y el número de orden correspondiente al sellador autorizado, o si para el momento del escrutinio no están depositados en las urnas del '5 y 6' sus correspondientes originales y duplicados, consi-

derándose apócrifos aquellos que carezcan de tales requisitos". El recurso considera que esta cláusula, entendida en armonía con el artículo 17 del mismo reglamento, exonera a la empresa de pagar el dividendo reclamado por el actor, debido a que el original y el duplicado del formulario no aparecieron en las urnas del 5 y 6 al practicar el escrutinio, y ello aunque el extravió o pérdida se hubiera debido a culpa del Hipódromo. Añade que esta culpa sólo daría lugar a una indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Al no estimar que lo sucedido al formulario de González fue el caso previsto en la cláusula sexta del reglamento, la sentencia incurrió en un error manifiesto de hecho que la condujo a quebrantar, por indebida aplicación, el artículo 1604 del Código Civil.

En el campo contractual el incumplimiento de una obligación por parte del deudor puede obedecer a uno de estos tres hechos: a caso fortuito, a dolo o a culpa del propio obligado. Si la inejecución se debe a caso fortuito, el deudor queda exonerado de la obligación, menos cuando dicho caso fortuito se ha producido por culpa o durante la mora del mismo deudor. Así lo estatuye el inciso segundo del expresado artículo 1604 del Código Civil.

El artículo 1616, *ibidem*, dispone que el incumplimiento doloso hace responsable al deudor de todos los perjuicios que sean consecuencia inmediata o directa de él, y que la inejecución culposa lo obliga a resarcir sólo los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

El mismo artículo 1604, citado, preceptúa que el deudor no responde sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza son útiles al acreedor; de la leve en las convenciones que benefician recíprocamente las partes, y de la levísima en los contratos que sólo aprovechan al propio deudor.

Estas reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla, y aun para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita. Estas modificaciones excepcionales se producen unas veces por vía legal y otras por vía convencional, como lo expresa el inciso último del mentado artículo 1604 del Código Civil, al disponer que todo lo prescrito en éste "se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes".

En principio el caso fortuito libera de responsabilidad al deudor, como se ha dicho, pero

las partes pueden estipular lo contrario, y en tal evento debe cumplirse lo pactado, aunque sobrevenga un caso de fuerza mayor. Así lo dispone el artículo 1732 del Código Civil. También la ley modifica este principio en ciertas situaciones, como ocurre con el comodatario, quien se hace responsable del caso fortuito en los supuestos previstos por el artículo 2203 del mismo Código Civil.

El artículo 1522, *ibidem*, prohíbe condonar el dolo futuro, y el 1523 estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Los contratantes no pueden pactar que el deudor no será responsable por el incumplimiento doloso de sus obligaciones, porque esta estipulación quedaría afectada de nulidad absoluta, no sólo por objeto ilícito, sino también por constituir una condición potestativa dependiente de la mera voluntad del obligado (C. C., 1535). Y lo que se dice del dolo es también aplicable a la culpa lata por estar equiparada a aquél (C. C., 63). Según esto, la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave no puede ser atenuada ni descartada por vía contractual. Así lo expresó ya la Corte en casación de nueve de diciembre de 1936 (XLIV-1918, 405), aunque vale anotar que no todos los doctrinantes comparten este concepto en cuanto concierne a la responsabilidad por culpa grave.

En relación con la responsabilidad del deudor por culpa leve o levísima que consagra el referido artículo 1604, ella es también susceptible de sufrir variaciones por disposición especial de la ley o por convenio expreso de las partes, como lo dispone el transcrito inciso último de esta misma disposición. Así, por ejemplo, el mandatario y el depositario en algunos casos responden de la culpa leve, según los artículos 2155 y 2247 del Código Civil, no obstante que sus gestiones se dirigen a beneficiar a sus respectivos acreedores. De igual modo y salvo disposición prohibitiva en contrario, las partes contratantes disfrutan de la facultad de agravar, limitar y aun eliminar esta responsabilidad del deudor mediante estipulación expresa consignada en la convención respectiva. Del ejercicio de este derecho provienen las cláusulas exonerativas de responsabilidad que no es raro hallar en algunos contratos, especialmente en los calificados de adhesión.

En esta materia cabe recordar asimismo que, como el dolo y el caso fortuito no se presumen, sino que deben ser comprobados (C. C., 1516 y 1604), el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se haya dicho

que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa (LXXX-2155, 688), presunción legal que el deudor puede destruir acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito.

La sentencia expresa que el formulario del demandante no llegó a las oficinas del 5 y 6, no por razón de un caso fortuito, sino porque la empresa "Hipódromo de Techo" no cumplió el deber que le incumbía de llevarlo a esas oficinas y lo dejó perder o extraviar, incurriendo así en una culpa que no la exonera de pagar el dividendo o ganancia obtenida mediante dicho formulario. El recurrente afirma por su lado que la cláusula sexta del reglamento, entendida en armonía con el artículo 17 del mismo estatuto, exonera a la sociedad demandada del pago del formulario, y que la sentencia incurrió en error manifiesto de hecho al no ver que lo sucedido a ese formulario fue el caso previsto en tal cláusula, error que produjo el quebranto del artículo 1604 del Código Civil.

La sobredicha cláusula sexta, como se ha visto, prescribe en lo pertinente que no tendrán valor los formularios cuyos originales y duplicados respectivos no se encuentren depositados en las urnas del 5 y 6 al momento del escrutinio, y el artículo 17 preceptúa que al sellar sus formularios "los apostadores se someten sin apelación al presente reglamento y al que rige las carreras de caballos".

Es evidente que lo acaecido al formulario del señor González fue el caso que contempla la cláusula sexta del reglamento del Concurso del 5 y 6 y no la hipótesis del caso fortuito que prevé el artículo 19, *ibidem*. La sentencia no ignoró este hecho, sino que por el contrario lo reconoció y tuvo en cuenta para expresar que la circunstancia de no haber llegado el formulario a las oficinas del 5 y 6 obedeció a culpa imputable a la empresa, y que, así las cosas, no es posible exonerar a la misma sociedad de la obligación de cubrir el valor de ese formulario. Por manera que el fallo no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente, ni menos en la violación del artículo 1604 del Código Civil. Otra cosa bien distinta es que haya considerado inaplicable en esta ocurrencia la sanción que consagra esa cláusula sexta, por las razones que luego serán analizadas.

IV. El artículo 1602 del Código Civil establece que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales".

El recurso acusa la sentencia de violar, por falta de aplicación, la primera parte de este precepto, y por indebida aplicación la segunda parte de la misma norma, por no reconocerle valor contractual a la mentada cláusula sexta del reglamento del Concurso del 5 y 6, y por declarar que es inoponible al demandante.

El fallo dice que en el Concurso del 5 y 6 existen dos contratos de adhesión: uno de apuesta mutua entre todos los concursantes, y otro de mandato entre éstos y la sociedad "Hipódromo de Techo". Anota que, conforme a doctrina acogida por la Corte, en los contratos de adhesión hay dos tipos de cláusulas: unas esenciales y otras accesorias, que las primeras se refieren a los derechos y obligaciones entre las partes, y que las segundas son las que regulan el funcionamiento mecánico de la empresa o negocio. Con respaldo en estas ideas, afirma que es de carácter accesorio la cláusula que impone a los selladores autorizados por la sociedad demandada la obligación de hacer llegar oportunamente a las oficinas del 5 y 6 los originales y duplicados de los formularios sellados por ellos, y que el incumplimiento de tal obligación no puede redundar en perjuicio del apostador que se ha sujetado estrictamente al reglamento, ni relevar a la misma sociedad del deber de pagar el dividendo ganado por dicho apostador.

La cláusula sexta priva de valor a los formularios cuyos originales y duplicados no se hallan depositados en las urnas del 5 y 6 al momento del escrutinio que se realiza antes de iniciar las carreras válidas para el concurso. Es esta una estipulación que forma parte del contrato de apuesta, y que obliga y es oponible a todos los concursantes, sin duda alguna. Acontece, sin embargo, que no son éstos sino los selladores quienes tienen la misión de hacer llegar los originales y duplicados dichos a las oficinas del 5 y 6. Estos selladores son auxiliares y obran a nombre de la empresa "Hipódromo de Techo S. A.", al recibir los formularios con sus apuestas y al sellarlos, de manera que la inejecución por ellos del acto de hacer llegar esos formularios a las oficinas dichas constituye una culpa imputable a la misma empresa. La referida cláusula sexta no tiene ni puede tener el alcance de privar a los apostadores de las posibilidades de ganancia cuando sus formularios no llegan a las urnas del 5 y 6 por culpa de la sociedad o de sus selladores, esto es, por el incumplimiento de la obligación de llevar allí tales formularios. Lo contrario implicaría reconocerle a la empresa la potestad de decidir a su arbitrio cuáles formularios participan en el Concurso y cuáles

otros no, con el solo hecho de hacerlos depositar o no en las urnas mencionadas. Como esta facultad sería inadmisibles por entrañar una condición potestativa dependiente de la mera voluntad de la empresa, fuerza es concluir que la sanción prescrita por la mentada cláusula sexta no puede tener aplicación cuando el no advenimiento de los formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe, no a caso fortuito, sino a negligencia o descuido imputable a la propia empresa. Lo cual vale decir que, en este punto concreto, sólo el caso fortuito liberaría a la sociedad del pago de un formulario, y que la cláusula sexta no puede entenderse sino en concordancia con el artículo 19 del mismo reglamento del Concurso del 5 y 6.

Además de los requisitos necesarios a toda convención y de la presencia del principio de la buena fe, los contratos de juego y de apuesta se hallan sometidos a una regla que es inherente a su naturaleza aleatoria, y que consiste en la igualdad de probabilidades o de riesgos entre los contratantes. Ninguno de éstos puede quedar o ser colocado en posición de desventaja respecto de los otros, y es ilícito todo acto o convenio que aumente los riesgos de ganancia o pérdida en perjuicio de una parte y en ventaja de la otra. Esta regla quedaría rota si, en el Concurso del 5 y 6 y con fundamento en la cláusula sexta, se desconociese valor a los formularios que no llegaron a las urnas respectivas por dolo o culpa de la empresa, y se exonerara a ésta de la obligación de cubrir la ganancia obtenida por uno de estos formularios y aun de la responsabilidad consiguiente. Como tal desventaja sería inaceptable, no puede menos de concluirse que esa cláusula sexta no es oponible a los apostadores cuando la no llegada de sus formularios a las oficinas del 5 y 6 se debe a hecho culposo imputable a la sociedad "Hipódromo de Techo".

Esta es la misma conclusión a que llegó la sentencia acusada, y con ella no ha incurrido en quebranto del artículo 1602 del Código Civil, porque, si bien la cláusula sexta del reglamento es obligatoria para todos los concursantes, no tiene el alcance de exonerar a la empresa "Hipódromo de Techo" de sus obligaciones ni de su responsabilidad respecto del concursante ganancioso, cuyo formulario no llegó a las urnas del 5 y 6 por negligencia o descuido cometido por la propia empresa.

V. Como el original y el duplicado del formulario del demandante González no llegaron a las oficinas del 5 y 6, el Jefe del Concurso y el Inspector Distrital de Juegos lo excluyeron de

participar en el mismo concurso. El recurrente sostiene que la anulación de tal formulario por orden del nombrado Inspector de Juegos constituyó para la sociedad demandada un caso fortuito que la exoneraba de pagar la suma ganada, y acusa la sentencia de infringir, por inaplicación, los artículos 1º de la Ley 95 de 1890 y 1604 del Código Civil, al no declarar liberada a la misma sociedad del pago del dividendo que cobra el actor, por razón de la pretendida fuerza mayor.

Cuatro son los elementos constitutivos del caso fortuito, a saber: la inimputabilidad, la imprevisibilidad, la irresistibilidad y la imposibilidad absoluta de cumplimiento. Consiste el primer factor, según los artículos 1604 y 1738 del Código Civil, en que el hecho o suceso que se invoca como caso fortuito no se haya producido por culpa del deudor o de las personas por quienes éste fuere responsable. La imprevisibilidad se funda en que el mismo suceso no haya podido ser racionalmente previsto. La irresistibilidad consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios o defensas empleados por el deudor para eludirlo. La imposibilidad radica en que tal hecho coloque al mismo deudor en situación absoluta de no poder cumplir la obligación respectiva. (LXXV-2129, 252).

En el caso presente la sobredicha decisión del Inspector de Juegos no reúne ninguno de estos elementos característicos del caso fortuito que libera al deudor de su obligación y de su responsabilidad. En efecto, esa resolución se produjo por culpa de la empresa, consistente en no haber hecho llegar el formulario a las urnas del 5 y 6. Lo cual significa que el supuesto hecho fortuito no ofrece el carácter de inimputable. Tampoco fue imprevisible ni irresistible para la empresa, porque ésta pudo prever y evitar esa misma decisión mediante el cumplimiento de su deber de hacer llegar el formulario del actor a las urnas mencionadas. Y mucho menos colocó esa providencia a la sociedad demandada en la imposibilidad absoluta de cubrir la ganancia obtenida por el demandante. Fuera de que el Inspector de Juegos es un funcionario de Policía, y sus decisiones desatan cuestiones de hecho, pero no de derecho, y no adquieren en asuntos jurídicos la modalidad de la cosa juzgada material.

Estas consideraciones demuestran que los cargos no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de cinco de abril de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario del señor Efraím del C. González contra la entidad denominada "Hipódromo de Techo S. A.".

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.