

Sentencia T-518/05

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO-Inexistencia

CONTRATO DE APUESTA-Momento en que se perfecciona/PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA-En explotación de apuestas permanentes

Del texto del artículo 49 del Decreto 33 de 1984 no se deduce, inequívocamente, que el contrato de apuesta se configure de manera definitiva con la entrega del formulario al concesionario por parte del vendedor. La norma establece una obligación a cargo del vendedor del chance, consistente en entregar el talonario al concesionario antes del sorteo respectivo, pero ningún elemento de la disposición indica, de manera expresa, sin asomo de duda, que el pago del premio dependa de ese hecho. Lo anterior porque de las normas pertinentes es posible concluir, de manera razonable, tal como lo hizo el Tribunal demandado, que el perfeccionamiento del contrato de apuestas no depende de que el vendedor entregue a tiempo el talonario a la concesionaria. Tal como se observa, del texto de la disposición citada se tiene que el aleas -el azar- al que se somete el apostador es el que depende del resultado de la lotería a la cual se acogió para elevar su apuesta, y que es a la ocurrencia de dicho resultado a la que se condiciona la entrega del premio. Si se atiende a esta definición, no resulta ser de la esencia del contrato de apuestas permanentes que el pago del premio se haga depender de un nuevo requisito, distinto al del resultado de la lotería. En este sentido, no tendría sentido que al aleas del resultado de la lotería se le adicionara uno más, con el que el jugador no cuenta, consistente en que el talonario se entregue a tiempo a la concesionaria. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el artículo 3º de la Ley 643 de 2001 dispone que uno de los principios que guían la explotación de las apuestas permanentes es el de transparencia, principio que en el literal b) de la norma pretende fomentar la ejecución de prácticas que sustraigan del azar los juegos de apuestas. Obsérvese además que de la naturaleza del contrato se entiende que el hecho condición del pago del premio es que el resultado de la lotería coincida con el número al que se le apuesta en el chance. Obligar al jugador a soportar un nuevo hecho condición, derivado de la responsabilidad del vendedor o colocador del chance, parece ser una carga no admitida por la índole jurídica de esta apuesta. Esta Sala encuentra que la conclusión a la que llegó el

Tribunal Superior de Manizales, al considerar que la no entrega del formulario del chance no exime de responsabilidad de pago al concesionario, no desconoció manifiestamente la normativa sustantiva que desarrolla el contrato de apuestas permanentes, ni vulneró de manera abierta el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la Sala considera que la interpretación dada por el Tribunal Superior es razonable, pues desarrolla la lógica de la apuesta al impedir que el jugador asuma también la incertidumbre derivada de la posible irresponsabilidad del colocador.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN CONTRATO DE APUESTA

Especial consideración merece para la Sala el hecho de que el Tribunal haya hecho referencia al principio constitucional de buena fe como elemento integrante de su interpretación, pues la preeminencia que el fallo le concede a este principio constitucional refuerza la tesis de que el jugador no está llamado a soportar los efectos negativos de la conducta de los agentes de la operadora del juego.

VIA DE HECHO-Inexistencia

La Sala estima necesario reiterar la jurisprudencia pertinente según la cual, para que una interpretación judicial se considere constitutiva de vía de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad. La decisión judicial impugnada no es constitutiva de vía de hecho por la razón expuesta por el demandante.

VIA DE HECHO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Inexistencia por cuanto decisión de la Corte Suprema en tutela no constituía precedente, ni doctrina probable

La Corte Suprema de Justicia adoptó dos decisiones respecto de la aplicación de las normas de chance, interpretaciones que consideró razonables de acuerdo con el contexto normativo del juego: la primera, en la acción de tutela que culminó con la sentencia del 22 de mayo de 1993 y la segunda, que terminó con la sentencia que ahora se analiza. En ambas la Corte estimó que las interpretaciones asumidas por los jueces de instancia habían sido razonables, por lo que no puede predicarse la existencia de un verdadero precedente en la materia. De lo anterior se tiene que el Tribunal de Manizales no estaba obligado a seguir la tesis de la Corte

Suprema de Justicia a que hace referencia el accionante por no constituir doctrina probable, no ser un precedente constitucional en la materia y ser un asunto jurídico sobre el cual pueden recaer dos interpretaciones compatibles con la Constitución. Por este aspecto, entonces, el Tribunal no incurrió en vía de hecho alguna.

CONTRATO DE CONCESION-Decisión de instancia no fue adoptada sólo con base en normas de este contrato

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO-Carece de fuerza vinculante

La cita del concepto del Ministerio Público no puede interpretarse como una declaración de obediencia frente a un pronunciamiento que carece de fuerza vinculante. Para la Sala, el hecho de que el Tribunal haya citado el concepto de la Procuraduría, con el fin de darle fuerza argumentativa a su disertación, no refleja cosa distinta a la coincidencia doctrinal que existió entre el despacho judicial y la oficina de la Procuraduría, en favorecimiento de la capacidad de convicción de la tesis que pretende exponerse. Para la Sala, el Tribunal utilizó el concepto de la Procuraduría como un apoyo persuasivo del fallo, pero, en manera alguna, como fundamento jurídico de su providencia o como fuente formal de la misma.

VIA DE HECHO POR DEFECTO PROCESAL-No hubo desconocimiento de la excepción de caso fortuito o fuerza mayor

EMPRESARIOS DE APUESTAS PERMANENTES-Funciones del registro en los libros diarios de ventas

El registro de los formularios en el libro diario de control de ventas es requisito fundamental para verificar la ocurrencia de circunstancias que, no siendo imputables al concesionario o al vendedor, impiden que un formulario específico ingrese al escrutinio del sorteo. Por el contrario, conductas imputables a la concesionaria o al vendedor que impidan, por culpa de cualquiera de ellos, que un formulario específico o un talonario de formularios ingresen a un escrutinio, comprometen al concesionario con el pago del premio, pues no constituyen causas justificativas de la exclusión del formulario del sorteo.

JUEGO DE CHANCE-Afirmar que el formulario no fue entregado a la Concesionaria antes del sorteo no puede ser razón para probar caso fortuito o fuerza mayor

La Sala no encuentra de recibo que se siga insistiendo en que la administración de justicia no adelantó las gestiones necesarias para conseguir un documento que, de existir, siempre estuvo al alcance de la demandante para ser exhibido o entregado a la justicia. Esta Corporación considera también que le asiste razón al Tribunal al sostener que la verificación de las colillas que no ingresaron al sorteo era irrelevante para determinar la responsabilidad de Susuerte S.A., aún más -agrega esta Sala- si se repara en el hecho de que el juez de primera instancia aceptó por vía de presunción que el original de la colilla ganadora no fue entregado por el vendedor. Pero, sobre todo, le asiste razón al Tribunal para adoptar su posición cuando estima que lo que la empresa debió exhibir no era la colilla de la apuesta -cuya inexistencia fue presumida por el juzgado- sino el registro en los libros diarios en el que constara que la misma no participó en el sorteo. En el caso concreto, los testimonios de los empleados de Susuerte que aparecen registrados en el expediente no pueden considerarse como elementos de convicción suficientes, pues en este punto, es claro que el legislador ha establecido una prueba solemne, consistente en el registro del formulario en los libros diarios. La Sala encuentra que la decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales es acertada en cuanto a la consideración de no haberse probado la existencia de la fuerza mayor o el caso fortuito en el caso sometido a estudio. Afirmar que un formulario de chance no fue entregado a la concesionaria antes del sorteo no puede ser razón suficiente para probar el caso fortuito o la fuerza mayor, pues esto abriría la puerta para que la simple negligencia o la culpa del vendedor eximieran de responsabilidad a la concesionaria, lo cual no tiene solidez jurídica alguna. Por esa razón, el cargo no prospera.

Referencia: expediente T-1037430

Peticionario: Susuerte S.A. y otros.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Drs. Marco Gerardo Monroy Cabra -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Álvaro Tafur Galvis, ha proferido la presente

SENTENCIA

en la revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de tutela adelantado por la Sociedad Susuerte S.A. y la Unión Temporal Susuerte González Correa, conformada por la Sociedad Susuerte S.A. y Olga Beatriz González Correa, en contra del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales y la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El apoderado judicial de la parte demandante formula así los hechos y cargos de la demanda:

Juan Carlos Marulanda Botero apostó al juego del chance la suma de \$50.000 para el sorteo del 11 de diciembre de 2001 de la Lotería Play 4 de los Estados Unidos de América, apuesta que quedó registrada en el talonario #3082083.

El número 7341, al que Marulanda Botero apostó, resultó ganador en el sorteo del 11 de diciembre de 2001 de dicha lotería.

En consecuencia, Marulanda Botero se acercó a cobrar su premio al operador, Unión Temporal Susuerte S.A. González Correa, conformada por Susuerte S.A. y Olga Beatriz González Correa, pero el pago no fue efectuado porque el colocador o vendedor del chance omitió entregar a la concesionaria, antes de que se celebrara el sorteo, el talonario en que constaba el boleto ganador, razón por la cual la última no pudo determinar si el mismo era válido o debió anularse.

Marulanda Botero instauró demanda ordinaria contra la Unión Temporal citada, libelo que concluyó con sentencia del Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales en la que se accedió a las pretensiones de la demanda y se condenó a la Unión Temporal Susuerte-González Correa a pagar a Marulanda la suma de \$247'500.000 pesos.

Inconforme con la decisión de instancia, la Unión Temporal Susuerte-González Correa interpuso recurso de apelación que fue resuelto desfavorablemente por la Sala Civil y de

Familia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales. El Tribunal confirmó la sentencia del a quo porque, a su juicio, “para los apostadores y el público en general, los agentes o colocadores representan a la casa chancera o concesionaria, entendiéndose que desde el momento en que se elabora o llena el formulario por el colocador y el apostador recibe la copia al carbón del formulario, es el concesionario quien recibe el valor de la apuesta y entrega dicha copia como prueba de haberse efectuado la apuesta”.

En su decisión, el Tribunal agregó: “A partir de entonces, del momento en que se llena el formulario en debida forma, se paga el valor de la apuesta y se entrega la copia del formulario al jugador se está perfeccionando el contrato de apuesta con los demás jugadores por intermedio de la concesionaria, que se celebra, conforme lo establece el parágrafo único del artículo 5º de la Ley 643 de 2001”; y reitera: “la concesionaria, por su parte, es la que recauda y se hace depositaria del valor de todas las apuestas hechas por los jugadores, y la que se obliga a distribuir los dividendos entre los que acierten en la designación del número o números ganadores; de allí que el apostador que acierte en el sorteo tiene derecho a exigir de la citada el valor del dividendo correspondiente, pues la principal obligación de la concesionaria a términos de lo dispuesto por el parágrafo único, inc 2º del artículo 5º de la Ley 643 de 2001 y por el num. 12, literal B) de la cláusula 5ª del contrato de concesión es la de PAGO”.

En relación con las excepciones previas formuladas por la Unión Temporal demandada en el proceso civil, el Tribunal resolvió: a) en lo que respecta a la inexistencia de la obligación, que no se cumplían los requisitos indicados en el artículo 1501 del C.C. para hablar de la ausencia de elementos esenciales al contrato de apuesta o chance; b) en lo que atañe a la ausencia de legitimación por activa y pasiva, que aquello constituye un supuesto para la decisión de fondo y no un medio exceptivo; c) en lo que toca con el enriquecimiento sin causa y el objeto y causa ilícitos, que el contrato de apuesta era plenamente válido, y d) en lo que tiene que ver con la fuerza mayor y el caso fortuito, que cuando resulta imposible entregar el talonario antes de la celebración del sorteo, es deber de la concesionaria probar tal circunstancia con pruebas documentales que deben elaborarse media hora antes del sorteo respectivo, y no con pruebas testimoniales, pero que la concesionaria no lo hizo y tal hecho no se probó en la diligencia de inspección judicial adelantada por el juzgado de primera instancia.

2. Concepto de la violación

La parte demandante considera que la sentencia del Tribunal de Manizales es atentatoria de su derecho fundamental al debido proceso, como consecuencia de las vías de hecho que a continuación se resaltan:

En primer lugar, advierte que las normas sobre monopolio de los juegos de suerte y azar son normas de orden público, por lo cual no pueden ser derogadas por convenio entre particulares.

Asumiendo dicha premisa, la parte demandante considera que el juzgado y el Tribunal de instancia se equivocaron al condenar solidariamente a la empresa Susuerte S.A. y a la señora Olga Beatriz González Correa al pago del premio, ignorando que la solidaridad de la unión temporal se predica únicamente frente a la entidad concedente del monopolio, "por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado", mas no ante los apostadores del juego permanente del chance.

Arguyen que el Tribunal se equivocó al no considerar elemento esencial del juego de chance la entrega o devolución anticipada del original del formulario de la apuesta que debe hacer el vendedor o colocador al concesionario, a pesar de que el artículo 49 del Decreto 33 de 1984, que regula la materia, lo impone como requisito esencial del contrato, de obligatorio cumplimiento para que se entienda perfeccionado el mismo. Sobre el particular, indican que no bastaba con hacer alusión al artículo 1501 del C.C., pues esta es norma general que no alcanza a regular el fenómeno específico de las apuestas en juegos de azar. Igualmente, afirman que la copia del formulario únicamente identifica a quien hizo la apuesta, pero ella no es prueba suficiente de que quien apostó participe realmente en el juego, pues esto depende de que el talonario haya sido entregado a tiempo.

Sostiene, sobre el mismo punto, que su posición se encuentra avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -tutela del 22 de mayo de 2003, Sala de Casación Civil- en donde la Corporación, en un caso exactamente igual, adujo que la entrega del formulario único original es esencial al contrato de apuestas permanentes o chance, pues éste sólo se perfecciona cuando el vendedor devuelve el original al concesionario antes del sorteo de la lotería respectiva.

Sobre una línea paralela, los demandantes afirman que el Tribunal adoptó la decisión con fundamento en el contrato de concesión celebrado entre la entidad concedente del

monopolio y el concesionario del chance, lo cual resulta incorrecto. Sostienen que dicho contrato establece la obligación para el concesionario de registrar en el libro de ventas los formularios extraviados o que no entran en el escrutinio, trámite que debe hacerse media hora antes del sorteo; pero advierten que aquella es una obligación del concesionario con el concedente y no del concesionario frente al apostador. En tal sentido, el contrato establece las obligaciones concernientes a la garantía de la percepción de los derechos de explotación que les corresponde a los titulares de las rentas, pero no las obligaciones que surgen entre los concesionarios y los apostadores. En este punto, a los demandantes le parece exótico que el Tribunal haya señalado que las obligaciones del contratista son las previstas en el Decreto 33 de 1984, excluidos los artículos 33, 34, 36 y 42 que fueron anulados por el Consejo de Estado, y desconozca el artículo 49 del mismo Decreto, que exige contar con el original del formulario para hacer el escrutinio del juego.

Los demandantes reiteran que es equivocado considerar que el contrato de apuesta se perfecciona con la entrega del talonario por parte del vendedor al concesionario, pero admiten que, aunque esto es aceptable, no es descartable que al momento de la apuesta, la suma no ingrese al patrimonio del concesionario, porque el vendedor omite entregar el talonario, tal como ocurrió en el caso sometido a estudio. Arguyen que la entrega del talonario es condición para el perfeccionamiento del contrato, de manera que si la misma no se hace, no se participa en el juego. Sostener lo contrario -dicen- es propiciar el fraude a las empresas de juegos de azar y facilitar el menoscabo de los recursos del sector salud, que recibe un porcentaje del dinero que se mueve en los juegos de azar.

Adicionalmente, el apoderado judicial de los demandantes advierte que es equivocado considerar al tenedor de la copia al carbón como titular del derecho a reclamar el premio, pues el requisito de la entrega del talonario se hace indispensable para acreditar tal condición.

Por demás, considera que fue equivocado, por parte del Tribunal demandado, apoyar su decisión en el concepto del Ministerio Público dictado en el proceso que culminó con la Sentencia del 8 de febrero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, para el cual, la entrega del formulario es un trámite interno en el que no tiene injerencia el apostador y cuyas consecuencias éste no tiene la carga de soportar. Dice que es equivocado porque el Tribunal toma dicho concepto como un precedente, cuando no tiene ese valor.

El abogado de la parte demandante asegura también que la providencia del Tribunal es constitutiva de vía de hecho por cuanto no realizó la inspección judicial de la que hubiera podido derivarse la existencia de fuerza mayor o caso fortuito en el caso de la referencia. Ciertamente, el Tribunal afirma que cuando el formulario no puede entregarse a la concesionaria, es deber de la misma aportar prueba compleja al proceso -no basta con la prueba testimonial- en la que se verifique que, con media hora de anticipación, la misma anotó en el libro de control de ventas diarias los formularios que no pudieron entregarse a tiempo. No obstante, dice la demandante, la diligencia en cuestión no se celebró porque el Tribunal afirmó que la misma fue imposible, por causa imputable a la empresa. Esta aseveración constituye afrenta al debido proceso por cuanto el juez, según disposición de la ley, debe formar su convencimiento con todos los elementos que sean útiles.

En este contexto, el Tribunal también quebrantó el artículo 177 del C.P.C., en cuanto que la restricción probatoria inventada por el mismo impidió a la parte demandada probar el supuesto de hecho de sus excepciones. Violó el artículo 13 y siguientes del C.P.C, que regulan la prueba testimonial y el artículo 232, en cuanto impuso una restricción ilegal a la admisión de la prueba testimonial para probar los referidos supuestos de hecho. Arguye que la ley no impone una prueba solemne para demostrar el supuesto que quería probarse, por lo que bien pudo admitirse la prueba testimonial, convirtiendo a la exigencia del Tribunal en una exigencia violatoria del debido proceso.

En cuanto a lo último, la parte demandante afirma que el Tribunal no realizó la inspección judicial en el lugar señalado, limitándose, en cambio a mirar con desgano, displicencia, pereza y sin diligencia alguna unos documentos que fueron puestos a disposición del señor juez en el despacho del juzgado, pues realmente no hubo examen de tales documentos, ya que el juzgado dejó la siguiente constancia:

“La demandada puso a ‘disposición unos documentos que dicen contener los talonarios de las apuestas verificadas el día 11 de diciembre de 2001, en cantidad de trece (13) fajos, en cantidades imprecisas, asimétricas y de un volumen tal que se hace sumamente dispendioso y difícil procede a verificar talonario por talonario y colilla por colilla, y que vienen en un número aproximado de dos mil quinientas (2.500) colillas, además que es con el único objeto de verificar que una sola colilla, la que corresponde al numero 3082083 no se encuentra allí, con el que se utilizaría esta prueba de inspección judicial para que a través de un cotejo de

colilla por colilla se deje por probado un hecho negativo de manera indefinida, puesto que bien puede haberse sustraído la misma colilla, que se pretende demostrar que no está allí antes de haberse puesto a disposición tales talonarios”.

Las demandantes aseguran que, frente a la posición asumida por el juzgado, el apoderado judicial de su suerte dejó constancia de que las colillas quedaban en la empresa a disposición de la justicia y que, si la prueba no había sido realizada, se debía exclusivamente a la decisión del despacho judicial. Indican que el comportamiento judicial impidió la verificación de los documentos pertinentes para el establecimiento de los hechos alegados, incluyendo, por supuesto, el libro de control diario de ventas y la información que debía rendir la concesionaria. Por ello, no podía el Tribunal atribuir a la parte demandada una falencia probatoria que no le era imputable, más todavía si la inspección judicial se solicitó en el escrito de impugnación y si el Tribunal contaba con la facultad de ordenarla de oficio.

El apoderado judicial insiste en que la concesionaria no debe responder por el hecho ajeno imputable a la colocadora o vendedora del formulario de la apuesta, con fundamento en el artículo 2347 del Código Civil, pues la responsabilidad de la concesionaria se diluye con las instrucciones y capacitación que dio a la colocadora, acerca de los procedimientos que debían adelantarse para tramitar los talonarios y porque debió considerarse la culpa personal de la colocadora, la cual no se puede trasladar a la demandante. Adicionalmente, la solidaridad de la concesionaria con la vendedora desapareció con la nulidad declarada del artículo 42 del Decreto 33 de 1984, que es la norma especial que regula la materia, por lo que no podía acudirse a las frías normas del Código Civil para deducir el traslado de responsabilidad de la vendedora a la concesionaria.

Finalmente, asegura que la tutela es procedente por existir vía de hecho en la decisión judicial y que no existe mecanismo judicial de defensa distinto al constitucional.

3. Peticiones

El demandante solicita que se declare sin valor la sentencia del 26 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Superior de Manizales y que, en consecuencia, se ordene a dicho organismo proferir una nueva decisión que tenga por fundamento la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia.

4. Pruebas

Son pruebas del expediente, entre otras, las siguientes:

1. Copia del proceso verbal de mayor cuantía adelantado por Juan Carlos Marulanda Botero en contra de la Unión Temporal Susuerte S.A. González Correa.

3. Sentencia de segunda instancia adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil y de Familia, del 26 de agosto de 2004

5. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del 19 de octubre de 2004, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió denegar el amparo de tutela por considerar que, examinadas las providencias judiciales demandadas, se percibe que los jueces realizaron un análisis razonable de los elementos de convicción aportados al proceso, por lo que no puede evidenciarse un actuar caprichoso de su parte.

En relación con la acusación según la cual el Tribunal no decretó de oficio la inspección judicial para verificar los aspectos que consideró pertinentes para demostrar la falta de entrega del formulario original por parte del colocador del chance, la Corte consideró que tampoco se vislumbraba una vía de hecho por cuanto que el Tribunal consideró que aquel medio de convicción no se había verificado por causa imputable a la parte, lo que impedía tramitarlo en segunda instancia, y porque es del resorte del funcionario judicial determinar cuáles hechos requieren de verificación o prueba y cuáles considera útiles para resolver el conflicto.

En síntesis, la sentencia de primera instancia advierte que lo que se observa en el caso sub judice es una lógica y razonable interpretación judicial de los hechos y de las normas que regulan el contrato mencionado, de la cual puede discreparse, pero que ello no conduce a considerarla necesariamente como vía de hecho.

6. Impugnación

Mediante memorial del 22 de octubre de 2004, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia de primer grado.

A juicio del impugnante, la providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no dio respuesta a las detalladas acusaciones formuladas en la demanda de tutela, que hacen referencia a todos y cada uno de los puntos en que se incurrió en vía de hecho por parte de los jueces de instancia. Así, el recurrente solicita a la Sala de Casación Laboral, encargada de tramitar la alzada, que se pronuncie sobre los diferentes ítems en los que puede detectarse la violación denunciada.

7. Sentencia de segunda instancia

Recibida la alzada, correspondió desatar el recurso a la Sala de Casación Laboral de la Corte. Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2004, la Sala decidió confirmar la providencia de primer grado por estimar que, en virtud del respeto por los principios de cosa juzgada y autonomía judicial, no le corresponde al juez de tutela cuestionar los planteamientos jurídicos del juez ordinario, invadiendo su órbita funcional. Arguye que la única disposición que autorizaba la tutela contra providencias judiciales fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta y que resulta de obligatorio cumplimiento por parte de todos los jueces. En tal virtud, la tutela no procede contra las decisiones judiciales cuestionadas.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Corresponde a esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional resolver si en las decisiones judiciales adoptadas por los jueces del proceso verbal adelantado por Juan Carlos Marulanda Botero en contra de la unión temporal Susuerte S.A.-González Correa, se incurrió en vía de hecho por desconocimiento de distintas disposiciones legales. Las acusaciones concretas contra el contenido de las decisiones judiciales atacadas serán mencionadas en su momento.

Con el fin de establecer la correspondiente violación del ordenamiento, esta Sala definirá, inicialmente, las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales, con lo cual revisará, de paso, la sentencia mediante la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desató el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de

primer grado.

2. Acción de tutela contra providencias judiciales, reiteración de jurisprudencia

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha dicho que la regla general en materia de impugnación de providencias judiciales por vía de acción de tutela es que el juez de la jurisdicción constitucional debe respetar la orbita de actuación del juez natural por lo que, en principio, no cabe utilizar la acción del artículo 86 superior para controvertir decisiones que han sido adoptadas con el lleno de los requisitos legales y en acatamiento de la normativa pertinente.

La premisa básica es, entonces, que la acción de tutela no es mecanismo idóneo para controvertir providencias judiciales que se pliegan a las disposiciones legales, pues ni la vía del amparo es una nueva instancia en la resolución de los conflictos jurídicos, ni la jurisdicción constitucional es una jurisdicción paralela a la que pueda acudir para evadir las decisiones desfavorables de la jurisdicción ordinaria.

Sobre el particular, esta misma Sala de Revisión ha dicho:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que, en principio, las providencias judiciales no pueden ser impugnadas por vía de acción de tutela.

“La tesis general, el principio básico del cual debe partir el intérprete es que, a fin de evitar el paralelismo de las decisiones judiciales, la intromisión mutua de las jurisdicciones y la dislocación del principio de la cosa juzgada -que encarna la protección del principio de la seguridad jurídica-, las decisiones de los jueces naturales deben respetarse. Sin esta premisa, la función de administrar justicia resulta impracticable”. (Sentencia T-836 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

No obstante, en tanto regla general, la premisa anterior admite excepciones. A partir de la Sentencia T-093 de 19931, la Corte Constitucional introdujo la doctrina de la vía de hecho como condición de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales, tesis que ha servido de base a una sólida jurisprudencia en la materia que prescribe la posibilidad de impugnar, por vía de la acción constitucional, las decisiones jurisdiccionales que resultan manifiestamente contrarias a derecho.

No se abre por esa vía ninguna jurisdicción paralela que permita discutir ante otro juez la decisión del juez natural, ni se instaura, tampoco, una tercera instancia que permita la nueva reflexión del asunto resuelto, con efectos de cosa juzgada, ante el juez de la jurisdicción constitucional. La posibilidad de enervar los efectos de una vía de hecho que se encubre con el ropaje de una decisión judicial se presenta como una hipótesis excepcional, verificable en circunstancias especialísimas por el manifiesto alejamiento judicial de los cauces de la legalidad y sometida, actualmente, a causales específicas de ocurrencia.

Avanzada ya la doctrina sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales por detección de vía de hecho es posible afirmar que, para la Corte, este fenómeno se configura: i) por vicio sustantivo, cuando la providencia judicial se adopta con ignorancia de una disposición normativa expresamente aplicable a la resolución del caso; ii) por vicio fáctico, cuando la decisión se toma con abstracción de pruebas que habrían servido para definir el pleito en estudio; iii) por defecto orgánico, cuando el acto jurisdiccional se expide por autoridad incompetente y, iv) por error procedimental, cuando la sentencia o el auto se expiden con violación de las normas del debido proceso y en afectación grave y definitiva del derecho de defensa del enjuiciado.

La Corporación ha resumido del siguiente modo los requisitos configurativos de este fenómeno:

“(…) la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”.² Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.”. (Sentencia T-008/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Precisado lo anterior, la Corte Constitucional ha advertido que como la vía de hecho es una irregularidad grave en el ejercicio de la función jurisdiccional, las simples discrepancias sobre la interpretación judicial de las normas jurídicas no pueden ser interpeladas mediante la acción de tutela. En este punto, la Corte ha sido enfática al asegurar que, dada la gama hermenéutica que ofrece la ley, los particulares no están habilitados para impugnar por vía de tutela las decisiones jurisdiccionales plenamente justificadas, pero de las que los aparta una línea interpretativa distinta.

Así, la Corte afirma que la discordia jurídica respecto del alcance de un precepto normativo no configura una vía de hecho, salvo que la misma entrañe una de las modalidades de defectos enlistados precedentemente. Esta salvedad a la excepción de la vía de hecho se hace en defensa directa del principio de autonomía judicial (art. 4º, C.P.), autonomía que a su vez es garantía de la conservación de las competencias jurisdiccionales ordinarias.

Sobre dicho tópico la Corte ha prescrito:

Las discrepancias razonables de interpretación de las normas jurídicas han sido descartadas por la Corte Constitucional como constitutivas de vías de hecho. La Corte ha establecido que al juez de tutela no le corresponde decidir sobre el fondo del litigio que se le plantea en virtud de una supuesta vía de hecho en la resolución, a la manera de una jurisdicción paralela, sino que se debe limitar a establecer la posible vulneración del ordenamiento jurídico en que incurrió la providencia demandada.” (Sentencia SU-429/98 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Así mismo, en otra de sus providencias afirmó:

“Sólo las actuaciones judiciales que realmente contengan una decisión arbitraria, con evidente, directa e importante repercusión en el proceso, en perjuicio de los derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ataque en sede constitucional. No así las decisiones que estén sustentadas en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o interpretación de las normas aplicables, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de la autonomía judicial. Debe tenerse en consideración que el juez, al aplicar la ley, ha de fijar el alcance de la misma, es decir, darle un sentido frente al caso. La tarea interpretativa es, por ello, elemento propio de la actividad judicial requerida siempre, a menos que la disposición tenga un único y exclusivo

entendimiento, lo cual no solo es infrecuente sino extraordinario.” (Sentencia T-100 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Establecidos los elementos constitutivos de la vía de hecho y aceptado entonces que, contrario a lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia constitucional admite la posibilidad de atacar providencias judiciales cuando las mismas encubren decisiones manifiestamente opuestas a la legalidad, pasa la Sala a verificar si, en el caso sometido a estudio, el Tribunal incurrió en alguno de los vicios denunciados por la parte demandante.

Para tales efectos, la Sala resumirá uno a uno los cargos y los contrastará con la consideración jurisdiccional correspondiente. El resumen de los cargos se hará de conformidad con el desarrollo de la argumentación propuesta por la Sala y no de acuerdo con el orden presentado por el demandante.

3. Vías de hecho por defecto sustantivo

La parte demandante sostiene que la sentencia del Tribunal es constitutiva de vía de hecho porque desconoció que el contrato de apuestas permanentes o juego de chance se perfecciona con la entrega a la concesionaria -por parte del vendedor o colocador- del talonario en el que constan las apuestas realizadas diariamente. Sostiene que las normas jurídicas pertinentes son claras al señalar que ésta es la manera en que el contrato se perfecciona y que, por tanto, no es posible argüir que basta con entregar la colilla al apostador para que se configure el contrato de apuesta.

En relación con esta acusación, y con el fin de verificar si efectivamente el Tribunal incurrió en vía de hecho por este aspecto, pasa la Sala a exponer el estudio jurídico efectuado en la sentencia que se acusa.

En primer lugar, el Tribunal analizó el contenido de las normas vigentes sobre apuestas permanentes y advirtió que, de la interpretación de los artículos 47 a 51 del Decreto 33 de 1984, al cual se remite la Ley 634 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, el vendedor de chance representa a la casa chancera o concesionaria en la apuesta, por lo que el contrato con el apostador se perfecciona cuando éste recibe la copia al carbón del formulario, de lo cual ha de entenderse que es la propia

concesionaria la que recibe el valor de la apuesta y entrega la copia como prueba de haberse realizado la apuesta. Sobre el particular, el Tribunal agrega:

A partir entonces del momento en que se llena el formulario en debida forma, se paga el valor de la apuesta y se entrega la copia del formulario al jugador se está perfeccionando el contrato de apuesta con los demás jugadores por intermedio de la concesionaria, que se celebra, conforme lo establece el párrafo único del artículo 5º de la Ley 643 de 2001, como contrato 'de adhesión, de naturaleza aleatoria, debidamente reglamentado, cuyo objeto envuelve la expectativa de ganancia o pérdida, dependiendo de la ocurrencia o no de un hecho incierto'.

La apuesta se concierta entre todos los apostadores y no entre éstos y la concesionaria, u por lo mismo ofrece las características de onerosa, mutuaría y aleatoria. De allí que el artículo 2282 del C.C. exprese que la apuesta es un contrato aleatorio y que el artículo 1498 íbidem determine que si el equivalente que se obliga a dar o hacer una parte consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato se denomine ALEATORIO.

(...)

La concesionaria, por su parte, es la que recauda y se hace depositaria del valor de todas las apuestas hechas por los jugadores, y la que se obliga a distribuir los dividendos entre los que acierten en la designación del número o números ganadores; de allí que el apostador que acierte en el sorteo tiene derecho a exigir de la concesionaria el valor del dividendo correspondiente, pues la principal obligación de la concesionaria a términos de lo dispuesto por el párrafo único, inc. 2º del artículo 5º de la Ley 643 de 2001 y por el num. 12, literal b) de la cláusula 5ª del contrato de concesión es la de pago.

Luego del análisis jurídico previo, el Tribunal acusado hizo algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de la parte demandada, tras lo cual procedió a examinar los medios exceptivos propuestos por ella. En este contexto, revisó la existencia misma del contrato a partir de la configuración de sus elementos esenciales y precisó que según la doctrina, de la cual citó a uno de sus tratadistas, y las normas que se refieren a la temática en el Código Civil y en la Ley 643 de 2001, los elementos esenciales del juego de chance son i) que el juego se realice en un formulario legal emitido por la empresa concedente, ii) que el apostador pague un dinero como valor de la apuesta, iii) que el colocador o vendedor

entregue la copia del formulario contentivo de la apuesta al jugador y guarde el original, pues tal documento constituye el medio probatorio idóneo para legitimar al tenedor en la reclamación del dinero determinado en el plan de premios.

A lo anterior agregó que “sólo ante la ausencia de uno de tales elementos y, como lo dice el inciso 2º del artículo 898 del C.Co. podría hablarse de la inexistencia del contrato de apuesta, pero conforme quedó examinado en aparte anterior, tales supuestos efectivamente se cumplieron. Prueba de la ocurrencia de la apuesta la constituye, y de carácter solemne, la copia al carbón que del formulario del chance obra al expediente”. Y continúa:

“Así las cosas, debe señalar la Sala que la ‘devolución’ del formulario original por el vendedor o colocador al concesionario a que se refiere el artículo 49 del Decreto 33 de 1984 y a diferencia de lo que plantea la demandada en sustento del medio exceptivo examinado, no comporta la categoría de ‘elemento esencial’ del contrato de apuesta.

Se trata, esa entrega, de una obligación que debe ser ejecutada por el vendedor en la casa chancera o concesionaria “con anticipación al sorteo de la lotería respectiva...”, o sea que se refiere a una actividad que se cumple en el interior de la concesionaria, de la cual no participa, no puede participar el apostador, por obvias y naturales razones.

Para reforzar su posición, el Tribunal se apoya en un concepto que el Ministerio Público ofreció en un proceso adelantado ante la Corte Suprema de Justicia y en el que se dice que “...es cierto que la tardanza en la entrega de los formularios por parte del encargado es asunto que corresponde a la organización interna de la casa de chance, en tal forma que ello no podría perjudicar al comprador de buena fe, pero de todas maneras la negativa a pagar los premios en dichas condiciones constituye incumplimiento de una clarísima obligación civil originada en el contrato de apuesta, lo cual genera un perjuicio que debe ser resarcido por la misma vía....”.

Y finaliza diciendo:

El apostador, en esencia, debe ser amparado en su buena fe como tenedor de la copia del formulario elaborado en legal forma; en manera alguna puede avalarse la tesis de la ‘...inexistencia...’ de la apuesta cuando la misma se realizó con el cumplimiento de los requisitos mencionados”.

Pese a las anteriores razones jurídicas, la demandante en vía de tutela afirma que la providencia en cuestión es constitutiva de vía de hecho porque ignoró aplicar el artículo 49 del Decreto 33 de 1984, que dispone que “Una vez elaborado el formulario, el colocador o vendedor deberá entregar al jugador la copia y guardará el original, el cual devolverá al concesionario con anticipación al sorteo de la lotería respectiva”.

Para la parte demandante, el citado artículo constituye una norma de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, cuya aplicación imperativa se imponía por parte del Tribunal, pero que fue ignorada por éste al aplicar exclusivamente el artículo 1501 del C.C. referido a los requisitos esenciales de los contratos. Precisa que el formulario original, junto con sus copias, constituye documento indivisible, por lo que no es posible considerar que la sola copia del talonario de la apuesta sea por sí sola el medio probatorio para legitimar al tenedor como ganador del premio. La colilla identifica a quien apostó en el juego -dice- pero el original determina, como algo esencial al contrato, quiénes realmente participan en el juego.

La parte demandante afirma que esa posición es concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia de tutela aseguró:

“Visto el caso sub iudice desde la óptica antes expresada, emerge al pronto lo infundado de esta queja constitucional ya que el juzgado accionado para revocar la sentencia de primera instancia dijo que el formulario por ser único, tiene la cualidad de indivisible, las copias por sí solas no constituyen unidad y según el artículo 21 de la Ley 643 de 2001, el formulario único es preimpreso y en forma manual o sistematizada, en el que se indica el valor de la apuesta y se escoge un número de no más de cuatro (4) dígitos; éste se compone de original y copia, un espacio para la fecha, lotería u las casillas de los números escogidos para la apuesta y su valor, en los formularios reclamados según el texto de las copias que se aportaron a la litis, se llenaron en forma manual, aparecen al carbón y no existen originales en poder del operador, lo que hace imposible su cotejo con los resultados del citado sorteo de la lotería de Manizales de 4 de julio de 2001, para realizar el pago de los premios.

Resulta esencial al contrato de apuestas permanentes o chance, que éste solo se perfecciona cuando el formulario único original se pone con anticipación al sorteo en poder del concesionario para su posterior escrutinio, la privación de participar en el juego resulta de la

prohibición del artículo 49 del Decreto 33 de 1984, que ordena al vendedor devolver el original al concesionario antes del sorteo de la lotería respectiva...”

Hecho el anterior recuento, esta Sala encuentra lo siguiente: como quedó expuesto, la posición doctrinaria del Tribunal de Manizales es que el contrato se perfecciona cuando el jugador hace la apuesta y el vendedor del chance le entrega copia del formulario de juego en el que constan la fecha y el número de la apuesta, entre otros datos. Por su parte, el demandante sostiene que el contrato no se perfecciona sino cuando el vendedor del chance entrega efectivamente el talonario de las ventas en la concesionaria del juego, lo cual le permite a la concesionaria descartar los talonarios inválidos y establecer cuáles participan en el juego.

Para resolver el dilema, el Tribunal demandado acudió a las normas de la Ley 643 de 2001, que regulan de manera general el juego de apuestas permanentes, y a las disposiciones vigentes del Decreto 33 de 1984, que era el decreto reglamentario vigente a la fecha en la que se elevó la apuesta objeto de este pleito (hoy en día están vigentes los decretos 1350 de 2003 y 309 de 2004 que no son aplicables al caso).

El Tribunal utilizó los elementos que le ofrecieron las normas que, a la fecha de la apuesta, no habían sido anuladas por el Consejo de Estado, pues éste, en providencia del 7 de marzo de 1988, con ponencia del Magistrado Guillermo Benavides Melo, retiró del ordenamiento los artículos 33, 34, 36 y 42 del Decreto 33 de 1984. Adicionalmente, se apoyó en las cláusulas del contrato de concesión suscrito por la concesionaria y en las previsiones del Código Civil para determinar los elementos esenciales del contrato de apuesta, ya que algunas de las disposiciones que regulaban la materia habían sido expulsadas por la citada Sentencia del Consejo de Estado. Los artículos del Código Civil que concordó con las normas vigentes del Decreto 33/84 le indicaron que el contrato de apuestas permanentes se perfeccionaba con la entrega del formulario contentivo de la apuesta, toda vez que el jugador no podía soportar las consecuencias negativas de la conducta del vendedor o colocador de chance, representante ante el público de la concesionaria del juego. Sobre esa base, el Tribunal acusado dio aplicación al principio de buena fe, del cual concluyó que el apostador es tenedor de la copia del formulario elaborado en legal forma y que, por ello, resulta inaplicable el concepto de inexistencia de la obligación, que es el que pretende aplicar el tutelante.

De dicha argumentación, el tutelante extraña que no se haya dado aplicación al artículo 49 del Decreto 33 de 1984, que obliga al vendedor a devolver el talonario al concesionario con anticipación al sorteo correspondiente, pues dicha norma contendría el último de los elementos esenciales del contrato, constitutivo definitivo de la obligación de pago del premio, a cargo del concesionario.

No obstante, del texto del artículo 49 no se deduce, inequívocamente, que el contrato de apuesta se configure de manera definitiva con la entrega del formulario al concesionario por parte del vendedor. La norma establece una obligación a cargo del vendedor del chance, consistente en entregar el talonario al concesionario antes del sorteo respectivo, pero ningún elemento de la disposición indica, de manera expresa, sin asomo de duda, que el pago del premio dependa de ese hecho.

Lo anterior porque de las normas pertinentes es posible concluir, de manera razonable, tal como lo hizo el Tribunal demandado, que el perfeccionamiento del contrato de apuestas no depende de que el vendedor entregue a tiempo el talonario a la concesionaria. Veamos.

En primer lugar, el contrato de apuestas reglamentado por el Decreto 33 de 1984 es un contrato que, “sin ser rifa o lotería y utilizando los resultados de los sorteos ordinarios de las loterías, permite que una persona denominada jugador seleccione una, dos o tres cifras y apuesta a ellas una suma de dinero, pudiendo lograr un premio en dinero si coincide su apuesta con la última, dos últimas o tres últimas cifras o la combinación de éstas en cualquier orden, del premio mayor del sorteo de la lotería efectuada en la respectiva fecha, de acuerdo con el plan de premios que se establece en el presente Decreto” (art. 1º, Dec. 33/84). Tal como se observa, del texto de la disposición citada se tiene que el aleas -el azar- al que se somete el apostador es el que depende del resultado de la lotería a la cual se acogió para elevar su apuesta, y que es a la ocurrencia de dicho resultado a la que se condiciona la entrega del premio. Si se atiende a esta definición, no resulta ser de la esencia del contrato de apuestas permanentes que el pago del premio se haga depender de un nuevo requisito, distinto al del resultado de la lotería. En este sentido, no tendría sentido que al aleas del resultado de la lotería se le adicionara uno más, con el que el jugador no cuenta, consistente en que el talonario se entregue a tiempo a la concesionaria.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que el artículo 3º de la Ley 643 de 2001

dispone que uno de los principios que guían la explotación de las apuestas permanentes es el de transparencia, principio que en el literal b) de la norma pretende fomentar la ejecución de prácticas que sustraigan del azar los juegos de apuestas.

Obsérvese además que de la naturaleza del contrato se entiende que el hecho condición del pago del premio es que el resultado de la lotería coincida con el número al que se le apuesta en el chance. Obligar al jugador a soportar un nuevo hecho condición, derivado de la responsabilidad del vendedor o colocador del chance, parece ser una carga no admitida por la índole jurídica de esta apuesta.

Por otra parte, el artículo 6º del Decreto 33 de 1984 asegura que la apuesta es “el valor total que paga un jugador por la selección que haga de un número compuesto por una, dos o tres cifras, o la combinación de éstas en cualquier orden registrado en el formulario oficial, el cual le da derecho a participar en el juego de Apuestas Permanentes de que trata este Decreto”, norma de la cual puede inferirse que la sola entrega del formulario en el que conste la apuesta concede al jugador el derecho a participar en el sorteo, sin que tal derecho se condicione a la devolución del talonario por parte del vendedor. Esta disposición refuerza el primer argumento de esta sentencia en el sentido de afirmar que a la condición de la coincidencia de la lotería y la apuesta del chance no puede adicionarse la de que el talonario sea entregado a tiempo por el colocador.

Finalmente, el artículo 19 del Decreto 33 de 1984 prescribe que el pago del premio deberá efectuarse por el concesionario en la sede principal o en su agencia, a partir del día hábil siguiente a la realización del correspondiente sorteo, “mediante la presentación de la copia del respectivo formulario”, lo cual quiere indicar que la copia desprendible del formulario que el apostador presenta ante el concesionario es requisito suficiente para reclamar el premio, sin que pueda alegarse, como lo hace el tutelante, que además se necesitan los talonarios originales en los que consten las apuestas realizadas.

De las consideraciones precedentes esta Sala encuentra que la conclusión a la que llegó el Tribunal Superior de Manizales, al considerar que la no entrega del formulario del chance no exime de responsabilidad de pago al concesionario, no desconoció manifiestamente la normativa sustantiva que desarrolla el contrato de apuestas permanentes, ni vulneró de manera abierta el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la Sala considera que la

interpretación dada por el Tribunal Superior de Manizales es razonable, pues desarrolla la lógica de la apuesta al impedir que el jugador asuma también la incertidumbre derivada de la posible irresponsabilidad del colocador.

Especial consideración merece para la Sala el hecho de que el Tribunal haya hecho referencia al principio constitucional de buena fe como elemento integrante de su interpretación, pues la preeminencia que el fallo le concede a este principio constitucional refuerza la tesis de que el jugador no está llamado a soportar los efectos negativos de la conducta de los agentes de la operadora del juego.

Por todo lo dicho, la Sala estima necesario reiterar la jurisprudencia pertinente según la cual, para que una interpretación judicial se considere constitutiva de vía de hecho, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad.

Sobre el particular, la Corte dijo:

“Debe subrayarse que cuando dentro de cualquier actuación judicial se presentan cuestiones procesales que son susceptibles de diversas “interpretaciones”, para que se configure la vía de hecho que abra paso a la acción de tutela, aquella que haya escogido el funcionario judicial acusado debe tener un grado de desacierto ostensiblemente contrario al ordenamiento jurídico, puesto que ese el aspecto que le corresponde observar al juez constitucional de tutela, y no precisamente el determinar cuál es la “interpretación” que más se adecua a derecho. De no ser así, cualquier interpretación del operador judicial podría ser calificada como vía de hecho si en sentir del juez de tutela no coincide con su propia interpretación, y, es claro que esa no es la concepción que la doctrina de la Corte Constitucional ha dado a la denominada vía de hecho. (Sentencia T-408 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

De las consideraciones anteriores, esta Sala concluye que la decisión judicial impugnada no es constitutiva de vía de hecho por la razón expuesta por el demandante.

b. Vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial.

La parte demandante afirma que la providencia denunciada es constitutiva de vía de hecho porque desconoció el precedente jurisprudencial vertido en la sentencia que la Corte Suprema de Justicia dictó en el proceso iniciado por Luis Emiro Herrera Arévalo y Ramón Penagos contra el juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué y que culminó con providencia del 22 de mayo de 2003.

En efecto, en la providencia citada, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que:

Resulta esencial al contrato de apuestas permanentes o chance, que éste solo se perfecciona cuando el formulario único original se pone con anticipación al sorteo en poder del concesionario para su posterior escrutinio; la privación de participar en el juego resulta de la prohibición del artículo 49 del decreto 33 de 1984, que ordena al vendedor devolver el original al concesionario antes del sorteo de la lotería respectiva, aquí los formularios originales fueron sustraídos al transportador, razón por la cual se privó al concesionario de tenerlos en su sede principal para su escrutinio antes de la realización del respectivo sorteo.

Del contenido del texto transcrito puede inferirse que el Tribunal de Manizales llegó a una conclusión distinta a la que arribó la Corte Suprema de Justicia respecto del momento de configuración del contrato de apuestas permanentes.

En efecto, la sentencia del 22 de mayo de 2003 fue proferida por la Corte Suprema de Justicia en el proceso de tutela iniciado por Luis Emiro Herrera Arévalo y Ramón Penagos en contra del juzgado 1º Civil del Circuito de Ibagué. Los demandantes señalaban que el despacho judicial había incurrido en vía de hecho por haber declarado probada la excepción de inexistencia del contrato de apuestas por no haber ingresado el talonario al escrutinio. En este sentido, acusaron a la providencia de los siguientes defectos:

En la citada sentencia se incurrió en vías de hecho por falta de todo derecho: al exigir que la parte actora demostrara si los formularios únicos entraron al escrutinio; cuando declaró inexistente el contrato de apuesta contenido en los formularios de chance sin invocar norma alguna; al declarar inválidos los contratos de apuesta por no haber ingresado al escrutinio sin fundamento legal o contractual; al ignorar íntegramente el juez la normatividad legal relativa a la presunción de culpa del deudor. Tergiversó abruptamente tanto el espíritu como el tenor

literal el art. 16 literal i del decreto 1988 de 1987, que prevé que las sanciones que menciona el art. 64 del decreto 33 de 1984 se aplican a los concesionarios cuando incurran entre otras conductas a realizar los escrutinios de los formularios de juego fuera de la sede principal o de sus agencias, salvo caso fortuito o fuerza mayor; al abstenerse de tener en cuenta las normas tanto legales como contractuales que regulan la obligación de SEAPTO S.A. de llevar libros tanto en la sede principal como en cada una de sus agencias; cuando se inventó una definición sobre qué es el escrutinio; igualmente cuando no aplicó la ley en lo relativo a la obligación legal y contractual de llevar el registro y comprobación física que hace el concesionario sobre el formulario original, manual o sistematizado.

Al resolver la demanda, la Corte Suprema de Justicia, actuando en su condición de juez de tutela, consideró que la providencia acusada no había incurrido en violación de derecho fundamental alguno porque los demandantes no lograron demostrar en “el fallo de segunda instancia el defecto mayúsculo o superlativo de la vía de hecho, pues aflora del mismo que el juzgado accionado desplegó un criterio jurídico y probatorio que no fue producto del capricho o la arbitrariedad, antes bien lo sustentó objetivamente en una interpretación de las normas que consideró aplicables, así como los factores de persuasión obrantes en el expediente”. En ese contexto, la Corte afirmó que:

Visto el caso sub judice desde la óptica antes expresada, emerge al pronto lo infundado de esta queja constitucional ya que el juzgado accionado para revocar la sentencia de primera instancia dijo que el formulario por ser único, tiene la cualidad de indivisible, las copias por sí solas no constituyen la unidad y según el artículo 21 de la ley 643 de 2001, el formulario único es preimpreso y en forma manual o sistematizada, en el que se indica el valor de la apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) dígitos; éste se compone de original con copia, un espacio para la fecha, lotería y las casillas de los números escogidos para la apuesta y su valor; en los formularios reclamados según el texto de las copias que se aportaron a la litis, se llenaron en forma manual, aparecen al carbón y no existen originales en poder del operador, lo que hace imposible su cotejo con los resultados del citado sorteo de la lotería de Manizales de 4 de julio de 2001, para realizar el pago de los premios.

De lo dicho se tiene entonces que la Corte Suprema de Justicia consideró que el contrato de apuestas permanentes se perfecciona con la entrega anticipada del formulario a la concesionaria, pero que lo hizo en el contexto de una decisión judicial acusada de incurrir en

vía de hecho, con el fin de indicar finalmente que la interpretación dada por ese despacho judicial no constituía defecto mayúsculo ni superlativo, pues estaba sustentado en la interpretación de las normas jurídicas que consideró aplicables.

El escenario de la decisión de la Corte Suprema de Justicia fue, según lo visto, el de una acción de tutela en la que se juzgaba la razonabilidad de una decisión judicial y respecto de la cual la Corte consideraba que no había existido orden salida del cauce de la juridicidad.

Adicionalmente, es de resaltar que en aquella ocasión la Corte Suprema de Justicia actuó como juez de tutela en proceso de esta jurisdicción, no como juez de casación en proceso ordinario, circunstancia que relativiza los efectos vinculantes de su providencia. Por un lado, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia no sea el órgano límite de la jurisdicción constitucional impide considerar que su posición constituya el precedente constitucional en la materia.

Por el otro, amén del hecho de que la Corte Suprema de justicia no justificó su aserto más que con el texto del artículo 49 del Decreto 33 de 1984 -del cual, como se explicó, no se deriva necesariamente que esa sea la vía de perfeccionamiento del contrato-, la decisión de la que el Tribunal de Manizales se apartó no constituye norma jurídica de jerarquía propia de las que unifican la jurisprudencia en materia civil. En este punto, la argumentación de la Corte Suprema de Justicia no agotó la temática propia del perfeccionamiento del contrato de apuestas permanentes, desde la perspectiva del recurso de casación, que pretende la unidad jurisprudencial sobre la materia.

Además, el que la decisión de la Corte Suprema de Justicia haya sido emitida únicamente para poner fin a una acción de tutela y no en el contexto de una demanda de casación realza los efectos inter partes de aquella e impide considerar que su providencia sea considerada, si quiera, como doctrina probable en la materia.

En efecto, si alguna fuerza general vinculante podría atribuirse -desde el punto de vista de la exigencia argumentativa para el juez- a los fallos de la Corte Suprema de Justicia es la que se deriva de lo que el legislador ha llamado la "doctrina probable". No obstante, en el caso sometido a estudio, ninguna de las exigencias implícitas de esta institución tuvo ocurrencia pues, mientras el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 advierte que para que exista doctrina probable y los jueces puedan aplicarla en casos análogos se requieren "Tres decisiones

uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho”³, la decisión del 22 de mayo de la Corte Suprema de Justicia no está acompañada por decisiones similares que acrediten, de manera reiterada, una posición unívoca en la materia y, lo que es más importante, no constituye decisión que el tribunal adopte en su condición de corte de casación.

Finalmente, debe anotarse que la Corte Suprema de Justicia no confirmó la decisión del 22 de mayo de 1993 en ninguna de las sentencias de tutela que resolvieron el caso sometido hoy a estudio, razón de más para considerar que la cita de la providencia del 22 de mayo no constituye un verdadero precedente en la materia. En efecto, tal como se anotó en la parte de antecedentes, en el proceso de esta referencia la Corte Suprema no consideró que la decisión del Tribunal de Manizales constituyera una vía de hecho por desconocimiento manifiesto de la legalidad. Por el contrario, dijo que “lo que se observa en el caso concreto es una lógica y razonable interpretación judicial de los hechos y normas que regulan el contrato mencionado, de la cual si bien eventualmente puede discreparse, no constituye razón suficiente para conceder el amparo, pues como de vieja data lo tiene dicho la Sala, ‘no constituye vía de hecho las meras discrepancias que se tengan con las interpretaciones normativas y las apreciaciones probatorias de las decisiones judiciales, por ser ello de competencia de los jueces’” .

Conforme a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia adoptó dos decisiones respecto de la aplicación de las normas de chance, interpretaciones que consideró razonables de acuerdo con el contexto normativo del juego: la primera, en la acción de tutela que culminó con la sentencia del 22 de mayo de 1993 y la segunda, que terminó con la sentencia que ahora se analiza. En ambas la Corte estimó que las interpretaciones asumidas por los jueces de instancia habían sido razonables, por lo que no puede predicarse la existencia de un verdadero precedente en la materia.

De lo anterior se tiene que el Tribunal de Manizales no estaba obligado a seguir la tesis de la Corte Suprema de Justicia a que hace referencia el accionante por no constituir doctrina probable, no ser un precedente constitucional en la materia y ser un asunto jurídico sobre el cual pueden recaer dos interpretaciones compatibles con la Constitución. Por este aspecto, entonces, el Tribunal no incurrió en vía de hecho alguna.

c. Vía de hecho por invocación equivocada del contrato de concesión como fundamento exclusivo de la decisión judicial

Otra de las acusaciones de la demanda reprocha que la providencia judicial haya tomado como pilar de la decisión las cláusulas del contrato de concesión N° 006 de 2001, por el cual la parte demandante recibió de la Empresa Departamental para la Salud E.D.S.A. la administración y explotación del juego de chance en el Departamento de Caldas pues, dice la parte tutelante, este contrato rige las obligaciones entre la concesionaria y la entidad pública, pero no las obligaciones de la concesionaria con el jugador del chance.

En relación con esta acusación, la demandante sostiene que los argumentos derivados del contrato de concesión fueron “pilares” de la decisión judicial, pues el Tribunal se “fincó esencialmente” en ese contrato para emitir el fallo, contrato que, debe enfatizarse, resulta relevante para determinar lo concerniente a la garantía de la percepción de los derechos de explotación que le corresponde a los titulares de las rentas del monopolio de los juegos de suerte y azar; pero no tiene la pretensión de regular lo atinente a las obligaciones que surgen entre los concesionarios y los apostadores con motivo de la celebración del contrato aleatorio de apuesta. Por ello, el Tribunal habría confundido las obligaciones del concesionario frente a la entidad concedente, con las obligaciones emanadas del referido contrato de apuesta.

Sobre este particular, la Sala observa que la decisión del Tribunal efectivamente se apoya en algunas de las cláusulas contractuales para adoptar su decisión. La Sentencia que se cuestiona realza que la cláusula 5ª del contrato de concesión incluye dentro de las obligaciones de los contratantes llevar libros de control de ventas diarias, los datos de los vendedores, el número de formularios entregados, el valor de las apuestas, los formularios devueltos, y la cantidad de formularios anulados y extraviados, entre otras. La misma cláusula establece la manera en que debe llevarse el registro, a lo cual se adjunta la obligación de hacer un reporte diario por correo electrónico, para cada municipio. En el mismo sentido, el Tribunal menciona la cláusula décima octava que regula las declaraciones del concesionario respecto de las condiciones del contrato.

En este contexto, el Tribunal no sólo citó cláusulas del contrato de concesión sino que también resaltó la cláusula 4ª del contrato de constitución de la Unión Temporal Susuerte S.A. y Olga Beatriz González Correa, en la que se afirma que los miembros de la unión

temporal responderán en forma solidaria por el cumplimiento total de la propuesta que se presente y por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión que en virtud de ella llegare a suscribir.

Así pues, de lo dicho se tiene que el Tribunal demandado sí acudió a disposiciones contractuales para adoptar la decisión de fondo en el proceso de la referencia. Pese a ello, esta Sala no encuentra que tal decisión haya quebrantado de manera abierta y ostensible el ordenamiento jurídico. Lo anterior por las siguientes razones.

En primer lugar, en relación con el contrato de concesión, es cierto que éste regula de manera principal las obligaciones surgidas de la concesión de la explotación del monopolio rentístico a nombre de la Empresa Departamental para la Salud EDSA Ltda. También lo es que, según el encabezado del contrato, el objeto del mismo es regular la operación del juego de Apuestas Permanentes o Chance en el Departamento de Caldas, de conformidad con las normas establecidas y, en su defecto, por las normas de la Ley 80 de 1993. Igualmente, es indiscutible que las disposiciones que integran el contrato de concesión regulan la administración, gestión y reparto de los dividendos que por la explotación del monopolio rentístico del chance surgieren tanto a favor de la entidad departamental como de la concesionaria.

Sin embargo, no es cierto que el contrato de concesión regule única y exclusivamente las obligaciones que tengan por finalidad asegurar la recepción de los derechos de explotación que les corresponde a los contratantes. Ello se debe, fundamentalmente, a que el contrato de concesión suscrito entre el explotador del juego de azar y la entidad pública titular de los derechos del monopolio rentístico no se regula exclusivamente por las cláusulas de la convención, sino por las disposiciones de orden público pertinentes al negocio jurídico, disposiciones que comprometen a la concesionaria, no sólo con el pago de las regalías derivadas de la explotación de las apuestas, sino con el cumplimiento de deberes genéricos frente a la comunidad, frente a los apostadores y frente a la confianza del público.

Baste leer el contenido de la cláusula quinta del Contrato de Concesión, identificado con el número 006-2001 (pág. 13, Cuaderno de pruebas #4) para verificar que muchas de las obligaciones asumidas por las partes se regulan según la normativa de las leyes 80 de 1993 y 643 de 2001 y están íntimamente vinculadas con la transparencia en la explotación del

Juego de Apuestas Permanentes.

Así, en primer lugar, las partes se someten a las reglas generales de la Ley 80 de 1993, pero, expresamente, a los artículos 4º y 5º de dicha regulación⁴, que pretenden garantizar la consecución de los fines de la contratación estatal, fines que para los particulares se traducen en que, al contratar con las entidades públicas, “además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”(Art. 3º, Ley 80 de 1993).

Del mismo modo, al acogerse voluntariamente a las previsiones de la Ley 643 de 2001, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula quinta del contrato de concesión, el contratista asume las obligaciones legales derivadas de la explotación de los juegos de apuestas permanentes, obligaciones que no están exclusivamente dirigidas a garantizar la obtención del provecho económico de la entidad pública titular del monopolio y del contratista, sino, también, a garantizar la efectiva explotación del juego de apuestas, tanto en beneficio de las partes como de la comunidad que participa en las mismas.

Así se desprende, por ejemplo, del artículo 3º de la citada ley, que enuncia los principios que rigen la explotación de las apuestas permanentes, entre otros juegos de azar:

Artículo 3º. Principios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar. La gestión de juegos de suerte y azar se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Finalidad social prevalente. Todo juego de suerte y azar debe contribuir eficazmente a la financiación del servicio público de salud, de sus obligaciones prestacionales y pensionales;
- b) Transparencia. El ejercicio de la facultad monopolística se orientará a garantizar que la operación de los juegos de suerte y azar, esté exenta de fraudes, vicios o intervenciones tendientes a alterar la probabilidad de acertar, o a sustraerla del azar;

La disposición citada es clara al afirmar que la explotación, organización, administración y operación de los juegos de azar -dentro de los que se cuentan las apuestas permanentes- están regidas por compromisos que van más allá de los meramente económicos, tanto que los mismos implican la persecución de un fin social y deben ejecutarse garantizando la

transparencia de las operaciones frente a la comunidad.

Es importante resaltar que una de las obligaciones contraídas por los concesionarios de las apuestas permanentes, derivada del principio de transparencia que se incorpora por voluntad legislativa en el propio contrato de concesión, consiste en la prohibición de fomentar prácticas que sustraigan las apuestas del azar, práctica que, a juicio de la Corte, se promueve si el pago del premio de quien acierta en la apuesta se hace depender de un hecho ajeno a la apuesta misma, como evidentemente lo es la diligencia de entrega de los talonarios a la concesionaria por parte del vendedor.

En tercer lugar, tal como lo reconoce la cláusula quinta del contrato de concesión en cita, las obligaciones asumidas por las partes no sólo se derivan de la ley, sino de los decretos reglamentarios correspondientes, uno de los cuales es el Decreto 33 de 1984. La aplicación de la normativa del Decreto 33 de 1984 por expresa disposición del contrato de concesión permite indicar que el concesionario no sólo está atado a las cláusulas del contrato que lo comprometen con el pago de las regalías, sino que debe cumplir con obligaciones legales adicionales frente a los apostadores, una de las cuales es la de garantizar el pago de los premios, sin que le sea legítimo aducir razones adicionales, ajenas a la naturaleza del contrato de apuesta, que sustraigan del azar el pago del premio (art. 3º, Ley 643 de 2001).

En este contexto, la Sala rechaza la argumentación de la parte demandante según la cual el Tribunal habría incurrido en vía de hecho por haberse apoyado en las cláusulas contractuales para emitir el fallo, desconociendo que el contrato de concesión únicamente regula las obligaciones entre la entidad cedente del monopolio y el concesionario del mismo, pero no las obligaciones frente a terceros apostadores. De lo dicho es diáfano que las obligaciones que asume el concesionario del juego de apuestas permanentes, por aceptación expresa manifestada en el contrato de concesión, no son exclusivamente las incluidas en el texto del contrato, sino las que a él se adhieren y están consignadas en la ley y el reglamento. Así pues, no obstante que el Tribunal hubiera hecho alusión a cláusulas contractuales, es lo cierto que la responsabilidad del concesionario tenía una fuente más amplia.

Por lo demás, tampoco es cierto, como pretende sugerirlo la parte demandante, que la decisión judicial haya sido adoptada exclusivamente en las normas del contrato de concesión: es un hecho verificable con la simple lectura de la providencia impugnada que en

la toma de la decisión se citaron disposiciones de naturaleza legal y reglamentaria, lo que significa que el piso jurídico de la providencia es más amplio de lo que el demandante afirma.

En este sentido, la Corte tampoco encuentra que este cargo de la demanda prospere.

d. Vía de hecho por desconocimiento de la obligación legal del vendedor de entregar el formulario a la concesionaria. El Tribunal habría minimizado la importancia de dicha obligación.

La parte demandante señala que la providencia del Tribunal minimizó la importancia que tiene para la configuración del contrato de apuesta el que los talonarios del chance se entreguen previamente a la concesionaria.

Afirmó también que el Tribunal demandado dictó sentencia sobre la base del concepto emitido por el Ministerio Público en otro proceso y que tal asentimiento constituye una vía de hecho porque ese concepto no tiene la categoría de precedente; a lo cual se suma que el contexto en el que se expidió era el de un asunto penal y no civil, naturaleza jurídica que hace intransferibles las consideraciones vertidas en aquél.

Para responder a los cargos previos, esta Sala empieza por reconocer que la providencia impugnada no admitió como válido el argumento de la tutelante según el cual la entrega del talonario es el requisito de perfeccionamiento del contrato de apuestas permanentes o chance. No obstante, del hecho de que el argumento haya sido descartado no se sigue que el mismo haya sido minimizado. La consecuencia argumentativa lógica de haber adoptado una decisión contraria a la posición jurídica defendida por la Unión Temporal Susuerte es que el argumento de la defensa se descarta para darle cabida a los argumentos contrarios del debate jurídico, lo cual no quiere decir, sin más, que el argumento defensivo se pase por alto.

De hecho, desde un punto de vista meramente argumentativo, la tesis de la sentencia impugnada es, en todo, una respuesta a la tesis de la tutelante, de lo cual se deduce que ésta constituye la base de aquella y que, en esa medida, no haya podido pasar inadvertida al juez. En este sentido, el cargo de la demandante no resulta de recibo.

e. Vía de hecho por sumisión de la sentencia del tribunal a un concepto del Ministerio Público que carece de fuerza vinculante

La parte demandante afirma que el Tribunal acusado dictó sentencia sobre la base del concepto emitido por el Ministerio Público en otro proceso y que tal asentimiento constituye una vía de hecho porque ese concepto no tiene la categoría de precedente; a lo cual se suma que el contexto en el que se expidió era el de un asunto penal y no civil, disparidad que hace intransferibles las consideraciones vertidas en aquél.

No obstante, la cita del concepto del Ministerio Público no puede interpretarse como una declaración de obediencia frente a un pronunciamiento que carece de fuerza vinculante. Para la Sala, el hecho de que el Tribunal haya citado el concepto de la Procuraduría, con el fin de darle fuerza argumentativa a su disertación, no refleja cosa distinta a la coincidencia doctrinal que existió entre el despacho judicial y la oficina de la Procuraduría, en favorecimiento de la capacidad de convicción de la tesis que pretende exponerse. Para la Sala, el Tribunal utilizó el concepto de la Procuraduría como un apoyo persuasivo del fallo, pero, en manera alguna, como fundamento jurídico de su providencia o como fuente formal de la misma.

En verdad, esta Sala no encuentra una sola frase en el texto de la sentencia impugnada de la que pueda derivarse que el documento de la Procuraduría en cuestión sea la premisa jurídica del fallo; todo lo contrario, el argumento aparece luego de que el Tribunal ha dicho, con fundamento en razones de índole legal, reglamentaria y convencional, que la responsabilidad de la concesionaria proviene de la regulación jurídica que le es propia a los Juegos de Apuestas Permanentes.

Vinculado con lo anterior, tampoco es dable afirmar que como el concepto del Ministerio Público se emitió en el marco de un proceso penal, el mismo es inaplicable al proceso civil en el que se discute la responsabilidad de la Unión Temporal de Susuerte-González Correa. Si el concepto de la Procuraduría, que el Ministerio Público emitió en un proceso distinto, no es fuente formal del fallo judicial, en segundo plano queda la discusión sobre su pertenencia al caso concreto. El Tribunal consideró que, independientemente de que aquél hubiera sido rendido en un proceso penal, contenía consideraciones jurídicas predicables de la órbita civil del contrato, y en la medida en que dicho concepto es un elemento más de convicción, es

improcedente descalificar su pertinencia mediante acusaciones de vía de hecho. Tampoco prospera el cargo por este aspecto.

f. Vía de hecho por aplicación incorrecta de las normas sobre solidaridad

Finalmente, la tutelante asegura que el Tribunal actuó de manera equivocada al condenar solidariamente a Susuerte S.A. y a Olga Beatriz González Correa al pago del premio obtenido por Juan Carlos Marulanda, ignorando que la Unión Temporal se predica únicamente respecto de la entidad pública, concedente del manejo del monopolio rentístico de juegos de azar, pero no respecto de los apostadores.

En relación con este punto es dable precisar que el Tribunal sostuvo en su sentencia que la cláusula 4ª del contrato de concesión suscrito entre la Unión Temporal Susuerte-González Correa y la Empresa Departamental para la Salud EDSA imponía a los contratistas la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Pese a lo sostenido por la tutelante, esta Sala no considera que la condena solidaria a los miembros de la Unión Temporal que explota el juego del chance constituya una vía de hecho pues, del texto mismo de la cláusula 4ª del contrato de concesión se desprende que la solidaridad no sólo se predica de las obligaciones derivadas del contrato, frente al concedente, sino de las obligaciones derivadas de la concesión, en general.

El artículo 7º de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, prescribe, por su parte, que la solidaridad se entiende para efectos de todas y cada una de las obligaciones del contrato, lo cual incluye, en el caso particular, la responsabilidad por el manejo de los talonarios y por el pago del premio correspondiente.

ARTICULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por:

2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros

de la unión temporal.

De lo anterior se tiene que el Tribunal demandado no desconoció manifiestamente la normativa en este caso y que, por el contrario, siguió los lineamientos de la disposición que impone la solidaridad a los miembros de la unión temporal. Otra cosa es que, según la norma, las sanciones correspondientes puedan escindirse, según el grado de participación que cada parte contratante haya tenido en la comisión de la falta, determinación que corresponde hacer a la jurisdicción correspondiente, lo cual no es el caso. Por esta última razón, el cargo tampoco prospera.

4. Vía de hecho por defecto procesal. Desconocimiento de la excepción de caso fortuito o fuerza mayor.

La Unión Temporal Susuerte-González Correa asegura que el Tribunal de Manizales incurrió en vía de hecho porque no admitió la excepción de caso fortuito o fuerza mayor que trató de verificarse mediante algunos medios de convicción, pues el Tribunal exigió una prueba solemne que no se encuentra regulada en la ley y descartó la prueba testimonial. La prueba solemne exigida por el Tribunal -dice la tutelante- consistió en la anotación en el libro de control de ventas diarias, de los formularios entregados, de los devueltos y de los anulados y extraviados, que no entraron en el escrutinio, efectuada con media hora de anticipación a la realización del sorteo de la respectiva lotería, la elaboración del acta suscrita también por el vendedor y la remisión por correo electrónico de la relación de las ventas diarias del concesionario, una vez terminado el escrutinio. Dice la demandante que la prueba del hecho que pretendía demostrar admitía la aplicación del artículo 175 del C.P.C., que permite al juez acudir a cualquier medio de convencimiento para adoptar la decisión. Por esa vía, el Tribunal desconoció i) el artículo 177 del C.P.C., porque le impidió a la parte probar el hecho alegado; ii) el artículo 213 de la misma obra, que regulan el tema de la prueba testimonial; iii) el artículo 232 ibídem, en cuanto impuso una restricción ilegal a la prueba testimonial, que en el caso particular no tenía restricción alguna.

Expuesto así el cargo, pasa la Sala a hacer un recuento de los hechos correspondientes, para luego analizar la decisión del Tribunal.

1) En el proceso verbal adelantado por Juan Carlos Marulanda Botero en contra de la Unión Temporal Susuerte S.A.-González Correa, al contestar la demanda, la empresa aseguró que la

no entrega del formulario antes del sorteo de la respectiva lotería constituía por sí una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito fuera de control de la Empresa, que libera a la operadora de la obligación de pagar el premio que supuestamente contenía la colilla objeto de reclamación.

2) Mediante Auto del 19 de agosto de 2003, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales ordenó la práctica de una inspección judicial, con exhibición de documentos, a las actas o documentos referidos al escrutinio de las apuestas permanentes correspondientes al día 11 de diciembre de 2001, a fin de establecer si el formulario objeto de reclamación en este proceso ingresó o no al escrutinio respectivo.

Realizada la inspección judicial ordenada mediante Auto del 19 de agosto de 2003, el Juzgado de primera instancia consignó en el acta que le empresa puso a su disposición unos trece (13) fajos asimétricos de formularios, de aproximadamente 2.500 formularios cada uno, con el fin de verificar si la colilla ganadora había ingresado al sorteo del 11 de diciembre. Sostuvo que, debido a las dificultades de análisis de los fajos, se presumía, como se presumen ser ciertas las afirmaciones negativas, que el formulario 3082083 no había ingresado a ese sorteo.

3) Hecha la anterior precisión, el representante judicial de Susuerte replicó que aunque respetaba la postura del juez, dejaba constancia de que, si la diligencia no se había agotado, ello se debía a la decisión del juzgado y no a la falta de colaboración de la demandante. El despacho contestó que la réplica de la demandada no comprendía la medida adoptada en tanto que la decisión del Juzgado era la de considerar que, en efecto, la colilla ganadora no había ingresado al sorteo. En los alegatos de conclusión, el representante de Susuerte reconoció que el despacho judicial no había ingresado al escrutinio, gracias a la presunción del Juzgado y que, por tanto, al no haber probado el señor Juan Carlos Marulanda que el formulario sí ingresó al sorteo, se debían despachar desfavorablemente sus pretensiones.

4) El juzgado de primera instancia despachó desfavorablemente la excepción de caso fortuito o fuerza mayor al sostener que no fue probada. Adujo que los colocadores y vendedores del chance están subordinados a la concesionaria y, por tanto, ésta corre con los riesgos de su actividad, lo cual puede evitarse si aquellos están suficientemente capacitados en el manejo de los formularios y se los entrena para que los devuelvan oportunamente -antes del sorteo-

a fin de evitar la comisión de fraudes en el juego por parte de quienes pretendan elaborar formularios luego de conocer el resultado del sorteo.

El despacho judicial enfatizó que la concesionaria es responsable ante los jugadores por las apuestas recibidas por sus vendedores y colocadores, responsabilidad que puede garantizarse mediante la exigencia de pólizas de cumplimiento o mediante la recolección de los talonarios que legal y oficialmente les entregan a sus colocadores media hora antes de que se realice el sorteo, para así evitar que con posterioridad al mismo se elaboren fraudulentamente más formularios, circunstancia que, a más de previsible, en modo alguno le puede ser atribuible o imputable per se a los apostadores.

5) Al sustentar el recurso de alzada, la empresa se reafirmó en que el formulario nunca fue entregado para escrutinio antes del sorteo y dijo que de la actitud del despacho judicial de primera instancia en el desarrollo de la inspección judicial se podía deducir inexorablemente que, para efectos probatorios, el formulario objeto de reclamación no ingresó al escrutinio, quedando demostrado el argumento central de la defensa de los demandados. No obstante, el apelante solicita al Tribunal que se revisen nuevamente los formularios que forman parte del escrutinio del 11 de diciembre de 2001, si acaso persiste alguna duda.

6) Al resolver el recurso de alzada, el Tribunal Superior de Manizales hizo las siguientes consideraciones: sostuvo que no resultaba viable aplicar las nociones de fuerza mayor y caso fortuito porque cuando de la no entrega del formulario por el vendedor se trata, la concesionaria está obligada a atender las obligaciones contenidas en la cláusula 5ª del contrato de concesión, que la obliga a anotar en el libro de control de ventas diarias, los formularios entregados, los devueltos, los anulados y los extraviados que no entran en el escrutinio. Esta obligación le permite a la entidad concedente conocer de antemano, media hora antes del sorteo, cuáles talonarios no participan por haber concurrido respecto de ellos alguna de las circunstancias que así lo impiden. La obligación precedente también incluye la de informar por vía electrónica a la entidad concedente tal circunstancia.

En tales condiciones, no era dable aplicar el principio de fuerza mayor y caso fortuito, pues el talonario no entregado, pero vendido por colocador de la empresa, no fue registrado como no entregado por la empresa. A estos efectos, afirmó que para comprobar si el talonario había sido entregado a la empresa, se había decretado inspección judicial en la que se concluyó

que la colilla no había sido entregada a Susuerte S.A. No obstante, dice el Tribunal, de la inspección judicial es indiscutible que la parte demandada ninguna colaboración prestó “para la práctica de la diligencia que debía realizarse en sus instalaciones, y no a formularios y colillas, sino a el libro de registro de ventas diarias y, por supuesto, al registro del envío electrónico del escrutinio y su efectivo recibo por la concedente, datos que debían reposar en el archivo del equipo electrónico utilizado por la empresa”.

Al juzgado no le correspondía, conforme pretendió el señor apoderado de los demandados, examinar colillas o formularios, pues que las mismas debían estar asentadas en el referido libro de Ventas Diarias, o sea no resulta cierta la aseveración relativa a que el juzgado de primera instancia “se negó” a practicar la inspección judicial para una “verificación física”, pues que tal actividad ni debía cumplirla el despacho, ni esa fue la prueba decretada”.

Del recuento precedente esta Sala encuentra que, en primer lugar, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales ordenó la práctica de una inspección judicial, con exhibición de documentos a las actas o documentos referidos al escrutinio del sorteo del 11 de diciembre de 2001 (folio 60, cuaderno 7). Adicionalmente, que la inspección judicial culminó con la admisión de que el formulario no ingresó al escrutinio, tal como lo afirmaba la empresa demandada.

No obstante lo anterior, el Juez de Primera instancia descartó la excepción de caso fortuito o fuerza mayor por no encontrarla probada y porque, a su juicio, la responsabilidad recae sobre la concesionaria, quien está obligada a pagar el premio como consecuencia de la inactividad de sus vendedores. El Tribunal de segunda instancia consideró, por su parte, que no le correspondía al despacho judicial de primera instancia verificar si las colillas correspondientes a las apuestas hechas el 11 de diciembre habían sido efectivamente entregadas a la concesionaria, sino si la concesionaria había cumplido con el deber contractual y legal de registrar en los libros los formularios que no pudieron ingresar al sorteo de esa fecha.

Como se observa, la razón por la cual el Tribunal Superior de Manizales consideró irrelevante la prueba que pretendió agotarse mediante la inspección judicial a las oficinas de Susuerte -insistida ante la segunda instancia- es porque ninguna consecuencia jurídica de importancia podría haberse extraído del hecho de verificar que la colilla ganadora del chance no ingresó a

tiempo a los archivos de la concesionaria. Lo relevante -lo dice el Tribunal dos veces- es que se hubiera probado que, tras no haber ingresado el formulario al concesionario antes del sorteo, se dejó constancia de ese hecho en los libros diarios de registro.

El Tribunal acusado denegó la excepción de configuración de fuerza mayor o caso fortuito porque, a su juicio, la entidad de chance demandada no probó que el formulario no hubiera ingresado, mediante el asentamiento de tal hecho en los libros diarios de ventas, pero tampoco en los registros electrónicos utilizados por la empresa.

De acuerdo con el recuento previo, esta Sala considera que la decisión adoptada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales es razonada y se ajusta a las exigencias legislativas en la materia. Esto, por las razones que pasan a explicarse.

b. Caso fortuito o fuerza Mayor.

En primer lugar, habría que recordar que el caso fortuito o la fuerza mayor es “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Ley 95 de 1890, artículo 1º; a lo cual se agrega que el artículo 1733 del Código Civil advierte que “El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega.”).

Según la doctrina y la jurisprudencia, el caso fortuito o la fuerza mayor son causales de inexigibilidad de la obligación. La Corte Suprema de Justicia ha dicho a este respecto que los elementos constitutivos de la fuerza mayor -que la doctrina equipara al caso fortuito- como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: “...la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. Por eso, en definitiva, la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto. Para que el hecho se repute como fortuito, es menester entonces que en él no se encuentre relación alguna de causa a

efecto con la conducta culpable del deudor.”5.

Siendo el caso fortuito y la fuerza mayor circunstancias que eximen al deudor de pagar la obligación pactada en el contrato, su incidencia determina la exigibilidad del contrato, no su existencia. Así, el contrato puede haberse configurado, con todos sus elementos y, sin embargo, el deudor puede quedar relevado de cumplir la obligación si se da una circunstancia imprevisible e irresistible que le impida hacerlo.

Teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo con ello al caso concreto, para que la empresa Susuerte S.A.-González Correa se hubiera eximido de la responsabilidad de pagar el premio demandado por Marulanda Botero, ha debido demostrar que por un hecho imprevisto, irresistible y no imputable a ella o a uno de sus agentes, el talonario contentivo del formulario ganador no pudo ser devuelto por el vendedor, antes del sorteo. Para hacerlo no bastaba con que se demostrara que la colilla no había ingresado a los archivos de la concesionaria, pues éste hecho había sido admitido ya como cierto, sino que resultaba necesario demostrar -tal como acertadamente lo indica el Tribunal de Manizales- que el formulario no había ingresado antes del sorteo por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, verificables únicamente a través de los registros del libro diario de ventas y en los registros electrónicos.

En efecto, para esta Sala, en coincidencia con lo dicho por el Tribunal, la vía idónea para demostrar que el no ingreso de la colilla ganadora al escrutinio se debió a un hecho fortuito o a una fuerza mayor era la consignación de ese hecho en los libros de ventas y en los registros electrónicos de la empresa, ya que ésta es, fundamentalmente, la función de dicho registro. Lo anterior por las siguientes razones:

c. Funciones del registro en los libros diarios de ventas

El artículo 26 de la Ley 643 de 2001 establece que los empresarios de las apuestas permanentes, “deberán llevar un registro diario manual o magnético, debidamente foliado para el asiento contable de las apuestas, cuyos valores estarán en concordancia con los anotados en los formularios o registros del sistema. El diario deberá mantenerse actualizado y disponible en forma permanente para el caso de requerimiento por las entidades de fiscalización, control y vigilancia”.

En desarrollo de esta obligación, ya el artículo 34 del Decreto 33 de 1984 consignaba de manera inequívoca que el concesionario estaba obligado a llevar un libro de control de ventas diarias en el que debía constar “f) la cantidad e identificación de serie y número de los formularios anulados, extraviados, etc...” formularios que no entrarían al escrutinio. La disposición en cita fue retirada del ordenamiento jurídico por la sentencia del 7 de marzo de 1988 del Consejo de Estado, razón por la que no resulta directamente aplicable al caso, no obstante lo cual, la cláusula quinta del contrato de concesión celebrado entre la empresa tutelante y la Empresa Departamental para la Salud EDSA Ltda. la incluye como obligación contractual.

Ciertamente, la cláusula quinta del contrato de concesión 006-2001 celebrado por la Unión Temporal Susuerte S.A.-González Correa y la empresa departamental advierte que aquella “deberá llevar en la sede principal y en cada una de sus agencias un libro de control de ventas diarias, debidamente foliado y registrado en la entidad concedente, el cual deberá contener por lo menos la siguiente información: ... c) cantidad e identificación de serie y número de formularios entregados al colocador o vendedor...f) cantidad e identificación de serie y número de formularios anulados, extraviados, etc... que no entren en el escrutinio. El diligenciamiento de este libro debe hacerse y terminarse con media hora de anticipación a la realización del sorteo de la respectiva lotería y podrá ser revisado en cualquier momento por los Empleados de EDSA Ltda. o la Superintendencia Nacional de Salud....”

Finalmente, en la actualidad, aunque la norma no sea directamente aplicable al caso, el Decreto 1350 de 2003 señala en su artículo 11 que “En el registro diario de apuestas permanentes o chance se anotará: serie, número, fecha, identificación de la lotería o juego autorizado con que se apuesta, código del vendedor, números seleccionados por el apostador y el valor apostado. Así mismo, deberá incluirse en el registro diario el asiento de los formularios anulados o perdidos, debiendo en este último caso soportarse con la respectiva denuncia”.

De la normativa citada se comprende que el legislador y los contratistas, mediante el contrato de concesión, incluyeron en el proceso de explotación de las apuestas permanentes un mecanismo destinado a combatir los fraudes que pudieran presentarse contra el juego. Ciertamente, los talonarios en que se registran las apuestas elevadas diariamente corren riesgos inherentes a su condición que no pueden ignorarse: los talonarios de apuestas

pueden ser hurtados, extraviados, transmutados, dañados y falsificados; pueden ser objeto de movimientos fraudulentos por parte de vendedores, colocadores y de los mismos apostadores.

Así entonces, el registro en el libro diario de control de ventas impide que aquellos talonarios sobre los que acaece un hecho que los inhabilita para participar en el sorteo, jueguen en él. Por esa vía, el juego de apuestas permanentes se inmuniza frente a los fraudes que, en ausencia de dicho control, ocurrirían a la orden del día: piénsese en la hipótesis -nada improbable- de quien, luego de hurtar un talonario, llena el formulario con el número que sabe ganador y lo presenta para cobrar el premio al día siguiente.- Si el registro en el libro diario de control no existiera, nada impediría que el autor del ilícito cobrara el premio al día siguiente, luego de elaborar el formulario con el número ganador conocido. La ausencia del control que por la vía del libro diario se ofrece al operador del juego afectaría gravemente la estabilidad del mismo pues lo haría vulnerable a este tipo de maniobras.

Ahora bien, el hecho de que en el registro de los libros diarios de venta se consignen los formularios que no ingresan al juego no significa que el contrato de Apuestas Permanentes se perfeccione con dicho registro. La finalidad del registro no es la de perfeccionar el contrato, porque, entonces, si por negligencia de la concesionaria se dejara de incluir un talonario, el ganador no tendría derecho a recibir el premio. La función del último es la servir de prueba sobre la existencia de causales excluyentes de responsabilidad que le permitan al concesionario abstenerse válidamente de pagar el premio, en aras de evitar posibles fraudes contra el juego.

El sentido de las consideraciones precedentes se dirige entonces a proteger al juego de chance de posibles fraudes cometidos contra la dinámica de las apuestas permanentes. Por ello, nada hay en las consideraciones precedentes que pretenda minimizar la responsabilidad que le cabe al concesionario y a sus vendedores o colocadores como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que la ley y el contrato les imponen respecto del manejo de los talonarios cuya cuidado le ha sido encomendado.

Ciertamente, del texto de las disposiciones pertinentes es evidente que tanto el concesionario como el vendedor tienen obligaciones precisas en relación con la entrega y registro oportuno de los talonarios que pueden participar en el escrutinio, así como con el

registro y entrega, cuando sea posible, de los talonarios que por circunstancias justificadas no ingresan al mismo. Veamos.

El artículo 49 del decreto 33 de 1984 prescribe que el original del talonario elaborado debe ser entregado al concesionario con anticipación al sorteo de la lotería, mientras que el literal c) del artículo 66 del mismo decreto describe como falta sancionable la devolución tardía de dichos formularios. Por su parte, el literal c) del artículo 65 del decreto en mención advierte también que es falta sancionable respecto del concesionario, no llegar debidamente diligenciados y registrados los libros de contabilidad y los diarios de control de ventas, así como el literal f) del numeral 4. de la cláusula quinta del contrato de concesión 006-2001 indica que es obligación del concesionario llevar los libros de control de ventas diarias con el fin de verificar la existencia de los formularios que ingresen al escrutinio.

Además, las sanciones que por incumplimiento de estos deberes se derivan de las normas legales y reglamentarias permiten concluir que los hechos o comportamientos que impiden que una apuesta específica participe en el sorteo que le hubiere correspondido, cuando son atribuibles a causas no justificadas, no eximen del pago del premio a quien resulte favorecido por la suerte. Repárese en lo siguiente:

El artículo 75 del Decreto 33 de 1984 advierte que “cuando la entidad concedente -que es la que adelanta las investigaciones por violación al régimen de apuestas permanentes- encuentre que aparece plenamente comprobado que la presunta infracción invocada no ha existido, que el inculpado no la cometió, que las normas que regulan el juego de Apuestas Permanentes permiten la conducta o hecho que se investiga o que el procedimiento no podía iniciarse o proseguirse, procederá a declararlo así y ordenará cesar todo procedimiento contra el presunto infractor”.

No obstante, cuando la entidad concedente verifica que sí se han quebrantado las normas que regulan el régimen de apuestas permanentes, es decir, verifica que efectivamente se produjo una infracción a las norma del chance, es su deber imponer la sanción correspondiente, la cual, a la luz del artículo 85 del mismo Decreto, no exime del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la infracción de las normas que regulan el juego de apuestas permanentes, ni impide, como lo dice el artículo 86, que se decrete el caducidad del contrato, si el no pago del premio obedece a una causa injustificada.

De todo lo anterior se desprende que el registro de los formularios en el libro diario de control de ventas es requisito fundamental para verificar la ocurrencia de circunstancias que, no siendo imputables al concesionario o al vendedor, impiden que un formulario específico ingrese al escrutinio del sorteo. Por el contrario, conductas imputables a la concesionaria o al vendedor que impidan, por culpa de cualquiera de ellos, que un formulario específico o un talonario de formularios ingresen a un escrutinio, comprometen al concesionario con el pago del premio, pues no constituyen causas justificativas de la exclusión del formulario del sorteo.

Por decirlo de otro modo, el registro en el libro diario de ventas de los formularios que ingresan y no ingresan al sorteo tiene como finalidad certificar el acaecimiento de una fuerza mayor o un caso fortuito sobre un talonario o un formulario determinados, y, a su vez, la de proteger al concesionario de posibles fraudes derivados de la elaboración ex post facto de los formularios; en manera alguna puede utilizarse el registro en el libro de ventas como mecanismo para evadir el pago de los premios legítimamente obtenidos o para encubrir la falta de diligencia de los colocadores o vendedores que, por razones imputables a ellos mismos, no cumplan con la obligación de hacer la devolución oportuna de los talonarios.

d. Razonabilidad de la decisión del Tribunal de Manizales

Volviendo al caso concreto, de las consideraciones precedentes es posible concluir que la decisión del Tribunal de Manizales de condenar a la concesionaria al pago del premio al ganador no es irrazonable, pues la empresa no logró probar suficientemente que sobre el formulario de apuestas de Juan Carlos Marulanda Botero hubiese acaecido un hecho fortuito o una fuerza mayor que hubiese impedido que el talonario participara en el sorteo. La Sala no encuentra justificado que, como lo sugiere la demandante, el caso fortuito o la fuerza mayor se prueben con el simple hecho de afirmar que el formulario no ingresó a la concesionaria.

Tal como acaba de resaltarse, el registro de los formularios que no ingresan al sorteo correspondiente resulta indispensable para establecer si la empresa de chance puede exonerarse de pagar el premio al aducir la ocurrencia de hechos ajenos a su voluntad que impiden considerar los formularios afectados. Pero si dicho registro no existe o no se acredita, la empresa debe correr con la responsabilidad derivada de su incumplimiento, sin que le baste, como lo sugiere la tutelante, la prueba testimonial para demostrar ese hecho,

pues sobre el particular la ley ha impuesto una formalidad expresa, que es el propio registro.

Teniendo a disposición los libros diarios de control y los registros electrónicos, la Unión Temporal Susuerte S.A.-González Correa no exhibió ante los despachos judiciales el registro en el que constara que, como lo exigen las normas jurídicas pertinentes, media hora antes del sorteo del 11 de diciembre, el formulario contentivo de la apuesta ganadora no pudo ingresar al escrutinio por no haber sido entregado por el vendedor. Esta Sala considera que dicha omisión no puede enmendarse con el argumento de que el Tribunal debió decretar de oficio la prueba. Nadie mejor que la operaria del juego conoce las normas que regulan el funcionamiento de las apuestas permanentes, razón suficiente para considerar que si este requisito era la base de su defensa, el mismo debió haber sido allegado oportunamente al proceso.

Además de que nadie está legitimado para alegar en su favor su propia culpa y que, en este caso, la Sala estima que fue la propia empresa la que no aportó la prueba de ese registro, sorprende verificar que tal documento, fundamental para la defensa de la concesionaria - como ella se encarga de sostenerlo- ni siquiera aparece en los folios del proceso de tutela que culmina con la presente sentencia, pues no fue aportada como prueba de la demanda para descalificar la sentencia del Tribunal de Manizales ni tampoco fue remitida a esta sede de revisión. En estas circunstancias, la Sala no encuentra de recibo que se siga insistiendo en que la administración de justicia no adelantó las gestiones necesarias para conseguir un documento que, de existir, siempre estuvo al alcance de la demandante para ser exhibido o entregado a la justicia.

Esta Corporación considera también que le asiste razón al Tribunal al sostener que la verificación de las colillas que no ingresaron al sorteo era irrelevante para determinar la responsabilidad de Susuerte S.A., aún más -agrega esta Sala- si se repara en el hecho de que el juez de primera instancia aceptó por vía de presunción que el original de la colilla ganadora no fue entregado por el vendedor. Pero, sobre todo, le asiste razón al Tribunal para adoptar su posición cuando estima que lo que la empresa debió exhibir no era la colilla de la apuesta -cuya inexistencia fue presumida por el juzgado- sino el registro en los libros diarios en el que constara que la misma no participó en el sorteo.

En el caso concreto, los testimonios de los empleados de Susuerte que aparecen registrados en el expediente no pueden considerarse como elementos de convicción suficientes, pues en este punto, es claro que el legislador ha establecido una prueba solemne, consistente en el registro del formulario en los libros diarios.

Esta Sala considera que no es posible jurídicamente sustituir la prueba requerida por la ley con una prueba testimonial sobre el ingreso o no de un formulario al sorteo, teniendo en cuenta los cientos de formularios que diariamente pueden ingresar a juego. A la Sala no le resulta de recibo, y en eso comparte la opinión del Tribunal, que la prueba testimonial pudiera suplir la exigencia documental en la verificación de un hecho que bien pocas posibilidades tiene de quedar registrado en la memoria de los operadores del juego. Por tal razón, la Sala no encuentra que por esa circunstancia el Tribunal haya incurrido en vía de hecho, pues la apreciación de la pertinencia del medio probatorio hace parte del ámbito de valoración probatoria que es facultad del juez natural.

En fin, la Sala encuentra que la decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales es acertada en cuanto a la consideración de no haberse probado la existencia de la fuerza mayor o el caso fortuito en el caso sometido a estudio. Afirmar que un formulario de chance no fue entregado a la concesionaria antes del sorteo no puede ser razón suficiente para probar el caso fortuito o la fuerza mayor, pues esto abriría la puerta para que la simple negligencia o la culpa del vendedor eximieran de responsabilidad a la concesionaria, lo cual no tiene solidez jurídica alguna. Por esa razón, el cargo no prospera.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de tutela de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del 30 de noviembre de 2004 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se resolvió en segunda instancia la acción de tutela de la Sociedad Susuerte S.A. y la Unión Temporal Susuerte-González Correa en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales y del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- LEVANTAR LA SUSPENSIÓN de los efectos de la Sentencia del 12 de marzo de 2004, dictada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales, confirmada por la Sentencia del 26 de agosto de 2004, dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil-Familia, en el proceso verbal adelantado por Juan Carlos Marulanda Botero en contra de la Unión Temporal Susuerte S.A.-González Correa, suspensión decretada por ésta Sala de Revisión de Tutelas mediante Auto del 5 de abril de 2005.

Tercero.- Por Secretaria, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dice la Sentencia en cita “A los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley. El Estado Social de Derecho (CP art. 1), los fines sociales del Estado (CP art. 2) y el principio de igualdad ante la ley (CP. art. 13), constituyen el marco constitucional de la doctrina de las vías de hecho, la cual tiene por objeto proscribir las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas.

(...)

(...)

El Juez Promiscuo de Familia de San Andrés al homologar la resolución de la Defensoría de Familia de la misma localidad, violatoria de los derechos fundamentales de la peticionaria, actuó por fuera de la ley. El error manifiesto del fallador, la falta de fundamentación de la sentencia y el incumplimiento del control de legalidad dispuesto por la ley respecto de las resoluciones de abandono proferidas por las autoridades administrativas, ocasionaron la vulneración de los derechos de defensa y debido proceso...”

2 ST-231/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

3 El artículo 4º de la Ley 169 de 1896 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). La Corte consideró que la norma era constitucional con la condición de que se entendiera que “la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia”.

4 ARTICULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

5o. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6o. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7o. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

ARTICULO 50. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de

los fines de que trata el artículo 13 de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.

3o. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos, ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

5o. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 13 de noviembre de 1962