

Un nuevo concepto de alea contractual

Luis F. P. Leiva Fernández*

I. Concepto de alea

El alea¹ constituye un concepto jurídico que requiere ser reconceptualizado a partir de un nuevo dimensionamiento de su ámbito de aplicación.

Constituye un factor de desequilibrio patrimonial voluntariamente aceptado por las partes de un contrato u otro acto jurídico, que habrá de revelarse una vez celebrado el acto o el contrato cuando se entre a la etapa de cumplimiento de las prestaciones, de cualquier tipo que sean² al cumplirse un plazo indeterminado o una condición.³

II. El alea en el Derecho privado

¹ Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Profesor Honorario de la Universidad San Agustín de Arequipa (Perú). Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Perú), Secretario de la Comisión que redactó el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

² Voz que proviene del latín y significa juego de dados, azar, fortuna. Véase ESCRICHE, JOAQUÍN, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, París, Lib. de Garnier Hnos. (1896) voz “aleatorio” en p. 136. No se encuentra la misma referencia en la edición de Valencia. Imp. de J. Ferrer de Orga (1858), p. 23. TROPLONG, RAYMOND, LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ. DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE ET DES CONTRATS ALÉATOIRES, París, Charles Hingray, (1845), Com. al art. 1964, p. 225, afirma que “alea” significa “incertidumbre”. La voz “aleatorio” proviene de “alea” que significa “dado”, “azar”. COROMINAS, JOAN, BREVE DICCIONARIO ETIMOLÓGICO DE LA LENGUA CASTELLANA, Madrid, Ed. Gredos (1990). Voz “aleatorio”, p. 39.

³ Conf. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile (1998), T. I, N° 22, p. 113 en p. 114 N° 2; ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 134, p. 419, en p. 420; ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX, CON LA COLABORACIÓN DE CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS Y ARIAS SCHREIBER MONTERO, ÁNGELA, CÓDIGO CIVIL. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS, T. VI, p. 730; ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX Y CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, EXÉGESIS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, T. III, p. 374.

³ La existencia de ambas modalidades en el negocio aleatorio está prevista expresamente en el artículo 1482 del Código Civil de la República de Panamá, Anotado y concordado por Jorge Fábrega P. y Cecilio Castillero, Avellaneda, Buenos Aires, Ed. Jurídica Panameña, 1973.

El equilibrio patrimonial en las prestaciones obtenido a partir de una suma de contratos es propio de la economía. El carácter aleatorio de un negocio jurídico proviene exclusivamente del valor de la contraprestación. El negocio debe ser autónomo, aunque pueda no ser principal. Así, V.g. son aleatorios cada uno de los contratos celebrados por las compañías aseguradoras, aunque la suma de ellos les asegure un saldo favorable⁴. Esta concepción coincide con la del Código Civil francés que enumera entre los contratos aleatorios a los seguros, aunque luego evita su regulación⁵ por considerar que se rigen por las leyes marítimas, lo que demuestra que el codificador francés sólo pensó en los seguros marítimos. Los seguros terrestres recién fueron regulados por la ley del 13 de julio de 1930.⁶

Fuera del ámbito contractual, pero en del derecho privado se encuentran los actos jurídicos accesorios de carácter aleatorio, como las cláusulas que sujetan al cumplimiento de una condición, o de un plazo si es de duración indeterminada, e incluso el compromiso de sujetar a la suerte la solución de un conflicto como lo prevé el Código Civil argentino para cuando los comuneros no se ponen de acuerdo para establecer la administración de la cosa común⁷ y también cuando se aplica la suerte para dividir comunidades de bienes que no constituyan condominio, o poner fin a diferendos.⁸

III. Distinción entre alea y riesgo

⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile (1998), T. I, N° 22, p. 113 en p. 116 sostiene con acierto el contrato para la compañía sigue siendo aleatorio, aunque su actividad no lo sea.

⁵ Véase CODE CIVIL. Megacode Paris, Dalloz (1995-1996), Véase art. 1964. *Id.* CÓDIGO CIVIL. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile (1977), art. 2258; *Id.* CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. ANOTADO Y CONCORDADO POR ENRIQUE AREZZO PIRIZ Y H. GUSTAVO ORDOQUI Castilla, Montevideo, 2ª Ed. Universidad (1995), art. 2167.

⁶ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE (1962), T. IV, N° 1525, p. 513.

⁷ Artículo 2706. Habiendo empate y no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte o por árbitros, decidirá el juez sumariamente a solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros.

⁸ Artículo 2068. Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones producirá en el primer caso los efectos de una partición legítima, y en el segundo los de una transacción.

El alea no debe ser asimilada al riesgo.

Mientras el riesgo consiste en el peligro de sufrir un detrimento patrimonial, el alea tiene una connotación más amplia, pues abarca también la posibilidad de ganar.

El alea puede ser bilateral o unilateral, es decir que puede haber alea para ambas partes o sólo para una de ellas.⁹

Analizada desde las opciones que se abren para un solo individuo, el alea comprende una gama de situaciones “*binarias*” que van desde la posibilidad de ganar - perder; de ganar o no ganar; de ganar mucho o ganar poco, de no perder o perder y de perder mucho o perder poco.

Esta última situación, perder mucho o perder poco parece resultar ajena al ámbito de los contratos puesto que no se concibe que alguien someta voluntariamente su patrimonio a una posibilidad de perder mucho o perder poco, si evitando contratar no pierde nada.

Sin embargo, considero posible un contrato con esa opción binaria, si se trata de dirimir mediante la suerte de que manera se soportan las pérdidas patrimoniales ya sufridas por los contratantes en el ejercicio de una actividad determinada.

La misma sensación equivocada se percibe respecto de la situación binaria de no perder o perder. Sin embargo, es una percepción errada porque esa es la alternativa aleatoria que caracteriza al contrato de fianza.

El contrato de fianza, es – en realidad – aleatorio. El alea consistente en la alternativa binaria de perder o no perder, es voluntariamente asumida sólo por razones de amistad.

IV. El alea y la condición

Si el alea proviene del cumplimiento de una condición, corresponde distinguir entre las condiciones resolutorias y las de carácter suspensivo. Si se trata de una condición resolutoria, entiendo que sólo puede hablarse de contrato aleatorio, o de acto jurídico aleatorio, en el caso que lo afectado sea una prestación y no el contrato mismo. Pues, si la condición resolutoria afecta al contrato mismo, y se cumple, se extingue

⁹ VÉASE LAFAILLE, HÉCTOR, DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Ediar (1953), T. I., N° 28, p. 36 en p. 37 nota 202 con cita de Barassi. Comp. Castillo FREYRE, MARIO CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA EN INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL PERUANO. DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL, FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS y otros, Lima, Ed. Cuzco (1996), T. III, p. 2283.

retroactivamente como si no hubiese existido, de suerte que no habría ganancia ni habría pérdida. En cambio, si la prestación – una de ellas - se extingue retroactivamente subsistiendo el contrato, se producirá la pérdida patrimonial, o se limitará la ganancia subsistiendo el título jurídico que le otorga sustento.

Es que el alea afecta a la prestación, mientras que la condición afecta a la eficacia del vínculo¹⁰. En palabras de Castán, “en el contrato simplemente condicional depende del acontecimiento incierto que llegue o no el contrato a producir efecto, mientras que en el contrato aleatorio la función de la condición estriba en decidir no si ha de producir efecto el contrato, sino únicamente cuál ha de ser este efecto”.¹¹ Si, por el

¹⁰ Conf. MESSINEO, FRANCESCO, *DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO*, Buenos Aires, Ed. EJE A (1986), T. I., N°6, p.422 en p. 425. En el mismo sentido PONT, PAUL, *EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DE CODE CIVIL. DES PETITES CONTRATS*, Paris, Delamotte et Fils, éditeurs (1867), T. VIII, art. 1964, N° 580 en p. 265.

¹¹ PUIG BRUTAU, JOSÉ, *FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL*, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II., Vol. II, p. 552. En el mismo sentido ALBALDEJO, MANUEL, *DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES*, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 1, N°69, p. 446 en p. 447; SALVAT, RAYMUNDO. *TRATADO DE DERECHO CIVIL. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Actualizado por Acuña Anzorena, Arturo*, Buenos Aires, Ed. TEA (1954), T., III, N° 2116, p. 309; MESSINEO, FRANCESCO, *DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO*, Buenos Aires, Ed. EJE A (1986), T. I., p. 424; LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile (1998), T. I, N° 22, p. 113 en p. 115, n° 3; LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ, *CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO*, LIMA (1975), T. II, p. 355.

contrario, se trata del cumplimiento de una condición suspensiva, ha llegado a confundirse ambos institutos, como lo critica Puig Brutau¹² en la definición de contrato aleatorio del derecho español.¹³

¹² Conf. PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II, Vol. II, p. 551.

¹³ Conf. LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, p. 355. *Id.* ALBALADEJO, MANUEL. DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 1, N°69, p. 446 en p. 448; *Id.* Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 33, p. 482.

El contrato aleatorio, por su naturaleza es puro y simple, lo que no obsta a que pueda contener alguna condición, pero en el carácter accesorio de mera modalidad.¹⁴ Otra diferencia es que en el contrato condicional el acontecimiento al que se supedita la existencia de la obligación debe ser futuro, mientras que en el contrato aleatorio puede ser actual, siempre que lo ignoren los participantes (v.g. apostar sobre cuál es la última carta del mazo de naipes). Pero, si el carácter de aleatorio proviene de tener entre sus cláusulas una condición, en cambio, el acontecimiento que sirve de definición debe ser futuro¹⁵

V. El alea en los Códigos Civiles

En los códigos civiles—me refiero al derecho civil continental heredero del derecho romano - el alea trasciende el ámbito de los contratos aleatorios.

Además, entonces, de los contratos de juego, de apuesta, de renta vitalicia,¹⁶ y las loterías y rifas,¹⁷ es aleatoria la compra de esperanza,¹⁸ de derechos litigiosos¹⁹ y el mandato de percepción de obligaciones a riesgo del mandatario²⁰ También los son el contrato de seguro y el préstamo a la gruesa²¹ que si bien tienen naturaleza comercial, son referidos por una gran cantidad de códigos señalando ese carácter.

¹⁴ Conf. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile (1998), T. I, N° 22, p. 113 en p. 115 n° 3.

¹⁵ Conf. SALVAT, RAYMUNDO, TRATADO DE DERECHO CIVIL. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Actualizado por Acuña Anzorena, Arturo, Buenos Aires, Ed. TEA (1954), T. III, N° 2116, p. 309.

¹⁶ El Código Civil Portugués, prevé además de la renta vitalicia, en sus arts. 1238 y ss, la renta perpetua, V. Arts. 1231 y ss. V. Código Civil Portugués. Anotado e actualizado por Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, Coimbra, Ed. Liv. Almedina (1992).

¹⁷ Código Civil. Decreto-Ley Número 106, Guatemala, Ed. Jiménez y Ayala (1992), prevé como contratos nominados a las loterías y rifas. V. Arts. 2137 y ss.

¹⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. MÉXICO, Ed. Porrúa (1976), Arts. 2792 y 2793. Puede consultarse también en internet <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/cc-intro.html>. En el mismo sentido Code Civil Général Autrichien. Trad. Michel Doucet. Paris. Ed. Pedone. 1947, artículos 1269 y 1276, los artículos 1173, 1332 y 1404 a 1407 del Código Civil argentino.

¹⁹ CONF. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, LOS CONTRATOS. PARTE GENERAL, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, (1998), T. I, N° 22, p. 113 en p. 116 n° 3.

²⁰ Art. 1914 del Código Civil argentino. Véase Spota, Alberto G., INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1979 T. I p. 165.

²¹ CODE CIVIL. MEGACODE PARIS, Dalloz, (1995)-1996. Véase art. 1964. *Id.* En Bélgica, CODE CIVIL, BRUXELLES, Ed. Bruylant- Maklu, (1995), art. 1964; *Id.* CÓDIGO CIVIL, SANTIAGO

También es aleatorio el contrato de servicios profesionales de abogado remunerado con un pacto de cuota litis.

¿Son esos todos los contratos aleatorios? La respuesta es negativa,²² son los contratos aleatorios típicos. Esto se advierte con claridad en el Código de Bolivia que trata del juego y la apuesta como “De ciertos contratos aleatorios”.²³

El juego de lotería, administrado por el Estado, o por un particular, es una aplicación del contrato de juego, aunque multitudinario.²⁴ Está expresamente regulado en el Código de Austria.²⁵ Es también aleatorio en el emprendimiento minero la venta de una “Kux”, como lo dispone el derecho austríaco²⁶ y la adquisición del derecho sobre una herencia sin inventario.²⁷ Una forma clásica, pero hoy abandonada de contrato aleatorio es la “tontina” en virtud de la cual el aporte de las partes que fallecían primero, aumentaba la de los sobrevivientes.²⁸

Son cláusulas aleatorias nominadas por la ley, en el derecho argentino la cesión de derechos hereditarios sin garantía del cedente (art. 1476 inc. 1), la cesión de créditos con carácter aleatorio (art. 1446) el mandato en el que el mandatario asume la solvencia del tercero, y la cesión del derecho de usufructo (art. 2220 inc. 1), además de la ya referida compraventa de esperanza.

Pese a ser varios—entonces—los contratos aleatorios, sin embargo no todas las legislaciones mantienen la clasificación de los contratos aleatorios como una categoría autónoma. Ha sido suprimida en el Código

DE CHILE, Ed. Jurídica de Chile (1977), art. 2258; *Id.* CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Anotado y concordado por Enrique Arezzo Piriz y H. Gustavo Ordoqui Castilla, Montevideo, 2ª Ed. Universidad (1995) art. 2167; CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet, Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1269.

²² Son varios los autores que lo señalan. Puede verse JOSSEAND, LOUIS, DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. EJE (1951), T. II., Vol. II. N° 1379, p. 290.

²³ CÓDIGO CIVIL. REPÚBLICA DE BOLIVIA, D. L., N°12.760 de 8 de agosto de 1975. Cochabamba, Ed. Serrano (1989).

²⁴ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE (1962), T. IV, N°1613, p. 594.

²⁵ CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet, Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1269.

²⁶ CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet, Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1277.

²⁷ CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet, Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1278.

²⁸ Véase RIPERT GEORGE, BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed. La Ley, (1965), T. VIII N°. 2437, p. 599.

Civil de Alemania (BGB),²⁹ el Código Suizo de las Obligaciones³⁰ y el Código de Japón.³¹

VI. Qué es un contrato sea aleatorio

Si bien no es fácil hallar una definición abarcativa de todos los contratos aleatorios³² llevado el concepto al ámbito contractual, puede afirmarse que es “aquel en el cual la ventaja que las partes obtienen del mismo no es apreciable con motivo de su formación, por depender esa ventaja de un acontecimiento incierto al que los contratantes han querido subordinar sus probabilidades de ganar o de perder.”³³ Esta idea omite un aspecto relevante del concepto que sustento, pues soslaya toda referencia a la desventaja también presente en el contrato aleatorio, cuyo contenido - como ya señalé es binario, pudiendo consistir en ganar o perder.

El alea, en algunos casos, forma parte de la causa del contrato, como en los contratos de juego, apuesta o renta vitalicia. En cambio, constituye un elemento accidental de los contratos, cuando surge de una modalidad de los actos jurídicos, como el cumplimiento de una condición o de un plazo indeterminado que afecten no a la existencia misma del contrato sino a alguna de sus prestaciones.

En ambos casos se trata de contratos aleatorios, pero unos lo son por su propia naturaleza, y otros de modo accidental.³⁴

²⁹ Véase CÓDIGO CIVIL ALEMÁN-. (BGB) Trad. por Carlos Melón Infante en Enneccerus, LUDWIG, KIPP, THEODOR Y WOLFF, MARTIN, TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, 3ra. Ed. Revisada por Nipperdey, Hans Carl y Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. 2da. ed. al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch (1953) Apéndice.

³⁰ Véase CODE CIVIL ET CODE DES OBLIGATIONS, Lausanne, Ed. Payot. 1913.

³¹ Véase CODE CIVIL DE L'EMPIRE DU JAPON. Paris, Ed. Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts 1898, o en inglés THE CIVIL CODE OF JAPAN. UNDER AUTHORIZATION OF THE MINISTRY OF JUSTICE & THE CODE TRANSLATION COMMITTEE, Tokyo, Eibun-Horei-Sha, Inc. (1975).

³² Conf. PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II, Vol. II, p. 551.

³³ MAZEAUD, HENRI, Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJEJA (1962), T. IV, N° 1525, p. 513.

³⁴ Conf. ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 1 N° 69, p. 446 en p. 447. En el mismo sentido entre varios autores Véase PONT, PAUL, EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DE CODE CIVIL. DES PETITRES CONTRATS, Paris, Delamotte et Fils, éditeurs (1867), T. VIII, art. 1964, N° 581 en p. 265.

VII. Clasificación de los contratos aleatorios

Establecido que las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, sino útiles o inútiles, puede distinguirse una clasificación que abarque todas las categorías de contratos aleatorios típicos. Me refiero a la que distingue a los contratos en los que las partes desafían al azar, de aquellos en los que al menos una de las partes busca protegerse del azar.³⁵ Esta clasificación abarca a los contratos de juego, apuesta, y la segunda al de renta vitalicia y al de seguro.

También pueden clasificarse en contratos aleatorios por voluntad de las partes y contratos aleatorios por su naturaleza³⁶ (compraventa de esperanza, renta vitalicia, seguro, juego, apuesta, suerte).

En algunos casos pueden seguirse consecuencias legales de la circunstancia de considerar que los contratos aleatorios pueden ser onerosos o gratuitos, como lo dispone expresamente el Código Civil de Austria.³⁷ La aleatoriedad no es una subclasificación de los contratos onerosos.³⁸

El contrato aleatorio puede ser unilateral o bilateral, es decir que puede contener obligaciones para una sola de las partes o para ambas.³⁹ El

³⁵ MAZEAUD, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE (1962), T. IV, N° 1525, p. 514.

³⁶ Conf. GALGANO, FRANCESCO, EL NEGOCIO JURÍDICO, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch (1992) p. 490; MESSINEO, FRANCESCO, DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO, Buenos Aires, Ed., EJE (1986), T. I, N°6, p. 423.

³⁷ CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet, Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1267.

³⁸ Véase GASTALDI, JOSÉ MARÍA Y CENTENARO, ESTEBAN, CONTRATOS ALEATORIOS Y REALES, Buenos Aires, Ed. de Belgrano (1997), p. 22. Comp. PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch. (1982), T. II, Vol. II, p. 551. Comp. LAFAILLE, HÉCTOR, DERECHO CIVIL. CONTRATOS. Buenos Aires, Ed. Ediar (1953), T. I, N° 28, p. 36, quien considera que los contratos aleatorios sólo pueden ser onerosos. *Id.* CASTILLO FREYRE, MARIO, CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA EN INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL PERUANO. De La Puente y Lavalle, Manuel, Fernández Sessarego, Carlos y otros, Lima, Ed. Cuzco (1996), T. III, p. 2286; LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ, CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO, Lima (1975), T. II, p. 355.

³⁹ Comp. ESCRICHE, JOAQUÍN, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, Paris, Lib. de Garnier Hnos. (1896) voz "aleatorio" en p. 136 lo refiere al contrato "recíproco". También ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 1 N° 69, p. 446; MESSINEO, FRANCESCO, DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO, Buenos Aires, Ed. EJE (1986), T. I, N°6 p. 422, en p. 423. *Id.* LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, p. 356, quien también cita la opinión de Díez Picazo en el sentido que del artículo

contrato de restaurante con tenedor libre – a guisa de ejemplo – sólo entraña alea para el empresario. Igualmente el contrato de fianza que sólo implica una prestación a cargo del fiador, puede desembocar en el hecho de tener que pagar o de no hacerlo. El argumento consistente en que la apuesta unilateral constituye una donación condicional⁴⁰ no es suficiente para descalificar la procedencia de los contratos aleatorios unilaterales, pues existen muchos supuestos en los que las figuras contractuales concurren y distinguirlas depende de la investigación de su causa. Así la donación con cargo no deja de ser donación, ni el comodato con alguna prestación económica a cargo del comodatario deja de ser comodato.

En cambio, no le encuentro eficacia práctica al intento de clasificar a los contratos aleatorios según que el alea provenga del cumplimiento de un plazo o del de una condición.⁴¹

VIII. Efectos de la ausencia de alea en los contratos aleatorios

Si el alea forma parte de la esencia del contrato, y no concurre en la especie, el contrato pierde su validez.

Es lo que ocurre en el contrato de renta vitalicia si se pacta estando la persona constituida en cabeza del contrato padeciendo una enfermedad de la que muera en un lapso determinado.⁴² Es lo que prescribe el artículo

1790 del Código Civil español puede seguirse el carácter unilateral. Los argumentos seguidos de la expresión “convenio recíproco” que utiliza el artículo 1964 del Código Civil de Francia, no permite seguir nada sobre este punto, pues, como sostienen PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N° 1199, p. 495 nota 2 y PONT, PAUL, EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DE CODE CIVIL. DES PETITES CONTRATS, Paris, Delamotte et Fils, editeurs (1867), T. VIII, art. 1964, N° 574 en p. 262, todo contrato es recíproco en cuanto a la existencia de voluntades convergentes. Es decir bilateral en cuanto acto o negocio jurídico. Por la bilateralidad. Véase también LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ, CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO, Lima (1975), T. II, p. 355.

⁴⁰ Conf. LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995). T. III, p. 357; *Id.* DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos, (1992), T. II, N° 33 p. 484.

⁴¹ Véase PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch. 1982 T. II, Vol. II, p. 552.

⁴² En el Código Civil francés es de 20 días (rts. 1974 y 1975); el español prevé 20 días (art. 1804); el italiano 20 días (art. 1877); en el argentino es de 30 días (art. 2078), así como el Anteproyecto Babiloni para la Argentina (art. 2117); el Anteproyecto de 1954 (art. 1427). Esta tradición de 30 días se mantiene en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 (art. 1521).

4793 del Código Civil de Puerto Rico y el artículo 2078 del Código Civil argentino. Este principio – común a varios sistemas jurídicos - encuentra cierta analogía en derecho sucesorio cuando el art. 3573 del Código Civil argentino impide la sucesión del cónyuge in extremis por su viudo o viuda, si es que el causante falleciere dentro del término de 30 días de celebrado el matrimonio.⁴³

En realidad, la sanción prevista en los artículos 2078 del Código Civil argentino y 4793 del Código Civil de Puerto Rico no es *stricto sensu* una nulidad, puesto que el fallecimiento de la persona cuya vida fue considerada para establecer la duración del contrato de renta vitalicia, no es coetáneo a la celebración del acto jurídico, aunque de alguna manera, reconoce su causa en la enfermedad que debe aquejar a dicha persona al mismo momento de la celebración del contrato. Entonces, si bien no es exactamente una causa de nulidad, opera como tal, porque la causa de fallecimiento es contemporánea a la celebración del contrato.⁴⁴

Sea que la invalidez provenga, entonces, de una suerte de nulidad, sea porque el fallecimiento con causa coetánea priva al contrato de su alea normal,⁴⁵ o que se esté en presencia de un error sobre el objeto como afirma el profesor argentino Lafaille,⁴⁶ o de la ausencia de causa, porque las partes tuvieron en mira una expectativa de duración de la vida del cabeza sin haber considerado en el momento de contratación que dicha persona ya estaba padeciendo una enfermedad que le acarrearía su fallecimiento en plazo breve,⁴⁷ lo cierto es que los efectos previstos en las legislaciones citadas son los de la nulidad, porque el contrato pierde validez aun en el caso que las partes hayan previsto la enfermedad, esto es, aun si siendo conocedoras de la enfermedad consintieran el contratar bajo esos términos.⁴⁸

⁴³ Véase LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., ESQUEMA DEL CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA EN LA LEY 1987-B-1007, en p. 1014.

⁴⁴ Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., ESQUEMA DEL CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA EN LA LEY 1987-B-1007, en p. 1014.

⁴⁵ Conf. PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTO DEL DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch, T. II, Vol. II, p. 507.

⁴⁶ Conf. LAFAILLE, HÉCTOR, CURSO DE CONTRATOS, COMPILADO POR FRUTOS Y ARGÜELLO, Buenos Aires, 1928, T. II. p. 464.

⁴⁷ Conf. RIPERT, GEORGE; BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed., La Ley, 1965. T. VIII p. 606.

⁴⁸ Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., ESQUEMA DEL CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA EN LA LEY 1987-B-1007, en p. 1014.

Esta ausencia de alea como causal de invalidez del contrato se advierte también en el contrato de seguro en el que se produce la nulidad si al momento de celebración del contrato la cosa asegurada ha perecido, ya que no podría ser objeto de riesgo alguno.⁴⁹

De la misma manera es nulo el contrato celebrado con un tercero por un boxeador o jinete sobre su propia derrota,⁵⁰ porque, además de estar en juego aspectos éticos de la contratación, tal contrato carece de alea.

IX. La fianza es un contrato aleatorio

Ningún código considera al contrato de fianza como contrato aleatorio. Sin embargo sí lo es. Es un contrato aleatorio y gratuito.

El contrato de fianza es aleatorio por razón de su propia naturaleza, toda vez que se supedita a un hecho futuro e incierto – que el deudor afianzado pague su obligación - la existencia no de la obligación misma - que es pura y simple, no condicional⁵¹ - sino de una pérdida patrimonial en cabeza del fiador, es decir la suerte de su prestación : pagar o no pagar.

Con mayor razón si se trata de afianzar deudas futuras, como lo autoriza el artículo 1824 del Código Civil de España y el artículo 1988 del argentino.

Sólo, por razones de amistad, se asume la posibilidad binaria de no perder o perder. Y adviértase que como estoy considerando negocios jurídicos autónomos el concepto no varía por la circunstancia que el fiador se haya garantizado de alguna manera contra el incumplimiento del deudor afianzado.

Esa conclusión no varía por la mera circunstancia que el fiador por haber asumido una fianza solidaria se haya constituido en codeudor, pues en tal caso, además del alea consistente en que el deudor no pague, se le suma otra que reside en que el acreedor dirija su acción sólo contra el fiador o lo haga contra ambos.

⁴⁹ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Bs. As., Ed. EJE. 1962 T. IV, N° 1525, p. 514. Bien que también podría sostenerse que el contrato cae por falta de objeto, no de causa.

⁵⁰ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Bs. As., Ed. EJE. 1962 T. IV, N° 1613, p. 593.

⁵¹ Conf. Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 38, p. 545.

No sólo los principios jurídicos enunciados llevan a calificar a la fianza como aleatoria, sino que esa es la percepción social del contrato de fianza. Son Enneccerus, Kipp y Wolf quienes afirman: "Dar fianza es una operación muy aventurada., porque en la mayoría de los casos se contrae con la esperanza de que el deudor principal cumplirá por sí su obligación creyéndose, por tanto, poderle complacer sin daño alguno".⁵²

Que se omita a la fianza entre los contratos aleatorios puede explicarse por el hecho que existe "una analogía entre contrato aleatorio y contrato condicionado, cuando el alea no consiste en deber más o menos, sino en deber o no deber".⁵³ Esa analogía ha llevado a ocultar al carácter claramente aleatorio del contrato de fianza.

X. La nueva función social de los contratos accesorios de juego y apuesta

El juego, que en casi todos los códigos de los siglos XIX y XX ,fue considerado como propio de vagos o mal entretenidos, ha pasado, bajo algunas circunstancias, a ser utilizado como motor del consumo, y a través de éste a actuar como impulsor de la creación de fuentes de trabajo.

Desalentar la celebración de los contratos aleatorios de juego y apuesta tiene su origen en razones éticas cuya validez se mantiene incólume durante siglos. Por esa valoración social, los contratos aleatorios típicos - los de juego y apuesta - han sido objeto de desaliento por los codificadores.

Sin embargo, hoy – bajo algunas circunstancias que explicaré - se produce una revalorización de ambas figuras. No así en su contexto tradicional.

Hoy algunos contratos de juego y apuesta se utilizan para movilizar el consumo y como tal se constituyen en un medio legítimo para favorecer el intercambio y crear riqueza.

No me refiero a las donaciones convoyadas a la venta consistentes en agregar un producto a la compra de otro, tan frecuentes en nuestros días, porque allí no hay alea ninguna. Me refiero a los casos en los que la

⁵² ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR Y WOLF, MARTÍN, TRATADO DE DERECHO CIVIL, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, Barcelona, 2ª. Ed., Bosch, al cuidado de José Puig Brutau, T. II, Vol. II, N° 188, p. 475 en p. 477.

⁵³ MESSINEO, FRANCESCO, DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO, Buenos Aires, Ed., EJE (1986), T. I, N°6, p. 422, en p. 425.

obtención accesorio del beneficio adicionado a la contratación principal es aleatoria.

Me refiero a la existencia de contratos aleatorios y accesorios.

No hay día en el que cualquier particular prescinda de celebrar alguno contrato aleatorio bajo esta nueva modalidad. Así sucede en la contratación convoyada a la adquisición de cosas o servicios, como en la carga de combustible el raspar una tarjeta proporcionada por la estación de gasolina con una inscripción oculta para descubrir su texto y verificar si se ganó algún premio ; en la compra en algunos supermercados, cuando al pasar por la caja algunos compradores no pagan su adquisición porque el supermercado regala el valor de su compra a aquel comprador que coincide con una secuencia numérica (V.g. el número 1000); en tapitas de botellas de gaseosas, o en latas de gaseosas, en cuyo interior está escrito el premio que corresponde a quien presente esa tapita o esa lata vacía. Incluso se juega por televisión, no sólo los asistentes a los programas de entretenimientos, quienes participan de juegos, apuestan o participan de sorteos,⁵⁴ sino a quienes sin serlo son participantes porque envían cartas, efectúan llamados telefónicos, o son llamados, e incluso quienes comandan un juego electrónico a través de las teclas de sus aparatos telefónicos.

Pero la sociología de este fenómeno no se agota en el espectáculo. También participa de sorteos quien , por ejemplo, paga a tiempo la cuota de su compra a crédito, o se exime de pagar una cuota por cada gol que haga el equipo nacional de fútbol, o se le condona toda la deuda si gana el campeonato mundial de fútbol.

Otra alternativa es la del contrato innominado unilateralmente aleatorio, tal como el de restaurante de tenedor libre que es aleatorio para el empresario gastronómico.

Otra, es la del premio a cargo de un tercero V.g. en las tapitas de gaseosas en los que se prometen descuentos en caso de celebrarse operaciones con terceros comerciantes.

En todos estos casos, la finalidad del empresario no es obtener lucro en forma directa a través del contrato de juego, sino incrementar sus ventas, aumentar el valor del espacio publicitario en su programa de televisión, o favorecer el pago en tiempo oportuno por parte de sus

⁵⁴ Esto reviste mil modalidades, desde destapar carteles, apostar por uno de los equipos participantes, etc.

deudores, disminuyendo así los costos administrativos de pagos efectuados a destiempo.

La obtención de ese lucro se logra a través del incremento del consumo. El incremento del consumo permite la formación de capitales y requiere de mano de obra.

En todas las legislaciones de los siglos XIX y XX que desalientan el juego, se fueron abriendo paso excepciones regladas por el derecho administrativo en la que el Estado o su concesionario era el empresario del juego. Para ello generalmente se esgrimió a modo de justificativo, el destino que el Estado iba a dar a los fondos recaudados. Es decir que éticamente tales contratos se pretendían legitimar por el destino de los fondos, y no por el origen de los fondos. No comparto ese criterio.

En la concepción realista que expongo y bajo las circunstancias que refiero – como lo vengo haciendo desde mis cátedras universitarias desde hace doce años⁵⁵ - el origen de los contratos aleatorios accesorios es tan ético como puedes serlo los juegos administrados por el Estado, o más aun, porque jugar en los contratos aleatorios accesorios no constituye el todo de la decisión del jugador, sino que en su gran mayoría esa decisión se conforma con la voluntad de comprar, y solo accesoriamente jugar y ganar.

En los nuevos contratos aleatorios y accesorios no hay perdedores, pues la situación binaria a la que se somete voluntariamente el consumidor es “ganar- no ganar”, mientras que en los juegos administrados por el Estado es “perder o ganar”.

Por fin, el destino de los fondos, no es mucho más incierto que en los juegos administrados por el Estado.

XI. Consideraciones sobre el supuesto argumento ético referido a la prohibición de algunos juegos

El disfavor que cosecha el juego en las legislaciones tiene su origen en su oposición al trabajo. Mientras el trabajo constituye el cumplimiento

⁵⁵ Primero como Profesor Adjunto (por concurso) y desde hace tres años como Profesor Titular de Cátedra (por concurso) de Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular de Cátedra (por concurso) de Derecho Civil III (Contratos) de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).

de una suerte de mandato bíblico (ganarás el pan con el sudor de tu frente), en el juego se obtiene el beneficio sin esfuerzo.

Según Josserand, el legislador consideró que el juego y la apuesta “son inmorales y desmoralizadores; son ocasión de ruinas, de desesperación, de enriquecimientos súbitos e injustificados, en una palabra, de escándalo”.⁵⁶ Esta concepción, incluso no resulta ajena a la literatura más valorada como en la obra de Fedor Dostoievski que describe al drama de un ludópata.⁵⁷

Ripert y Boulanger se expresan en términos parecidos: “El legislador ha considerado el juego como peligroso debido a la desmoralización que engendra y al hábito del juego como causa de ociosidad y ruina”.⁵⁸

También Planiol y Ripert: “El legislador ha considerado el juego como peligroso por ser causa de desmoralización; la perspectiva de ganancias enormes y fáciles, obtenidas con un simple golpe de los dados, aparta al hombre del trabajo, y el hábito del juego es una causa de vagancia y ruina”.⁵⁹ Sería un factor de perturbación psicológica y familiar que, en suma, constituye fuente de inmoralidad, discordia y hasta criminalidad⁶⁰

La mayoría de la doctrina recuerda que suele esgrimirse para sustentar la irrepetibilidad de lo pagado por una deuda de juego, que debe otorgarse la excepción porque, en definitiva, “la deuda de juego es una deuda de honor”.⁶¹ Es cierto que no es la única explicación posible pues bien puede sostenerse que la excepción se otorga por tratarse de un contrato con causa ilícita o torpe.⁶² Sin embargo, Díez Picazo se inclina por la postura

⁵⁶ JOSSERAND, LOUIS, DERECHO CIVIL, CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. EJE A (1951), T. II., Vol. II, N° 1383. p. 343.

⁵⁷ Véase ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX Y CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, EXÉGESIS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, T. III, p. 365.

⁵⁸ RIPERT GEORGE, BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed., La Ley (1965), T. VIII, N° 2440, p. 600.

⁵⁹ PLANIOL, MARCELO Y RIPERT GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural, (1946). T. XI, N° 1205 en pp. 499 y 500.

⁶⁰ ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX, CON LA COLABORACIÓN DE CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS Y ARIAS SCHREIBER MONTERO, ÁNGELA, CÓDIGO CIVIL, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS, T. VI, p. 725.

⁶¹ DÍEZ PICAZO, LUIS, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Madrid, Ed. Civitas (1993), T. II, N° 15, p. 68. Ver también RIPERT GEORGE, BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed., La Ley (1965), T. VIII, N° 2439, p. 600; BORDA, GUILLERMO A., TRATADO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Perrot (1979), T. II, N° 1927, p. 664.

⁶² Conf. DÍEZ PICAZO, LUIS. FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Madrid, Ed.,

de Lacruz consistente en que si bien es cierto que no se debe relacionar para nada con la moral lo atinente a la excepción de irrepetibilidad de lo pagado a causa de una deuda de juego, sino que la prohibición de repetir encuentra su causa en que aunque el Estado “ a causa de los males sociales que el juego ocasiona, establece una norma general que priva de eficacia a la obligación contraída en juego ilícito, ... a la vez, basándose igualmente en un sentimiento universal, e independientemente de toda regla moral, establece la *soluti retentio*”.⁶³

Desde la Argentina también se argumenta contra el fundamento del supuesto deber moral,⁶⁴ afirmando Luis Moisset de Espanés,⁶⁵ que se trata de una aplicación de la máxima “*nemo auditur*” por tratarse de una obligación prohibida, cierto que como destacan Díez Picazo y Gullón,⁶⁶ que también sostienen esta postura, mal puede hablarse hoy de causa torpe cuando el propio Estado es quien permite – y yo afirmo propicia - determinados juegos, pese a lo cual no cabría en la concepción de estos últimos “más remedio que mantener la explicación anterior en pura teoría”.

No existe distinción ética entre el juego organizado por particulares y el organizado por el Estado. Ambos son reprochables pues recurren a las debilidades del ser humano y pueden llegar a sumir a un hombre en la ruina. Tan es así que en muchas legislaciones la única diferencia entre los juegos permitidos y los prohibidos pasa por el lugar donde se efectúa. Los lugares son los prohibidos, no los juego.⁶⁷

No conozco ningún casino que haya rechazado a un jugador contumaz porque corría el riesgo de generar su ruina.

(1993), T. II, N° 15, p. 68, atribuyéndole la opinión a Díaz Pairó. Según PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II, Vol. II, p. 557 la regla es “*in turpis causa melior est causa possidentis*”.

⁶³ Díez PICAZO, LUIS, FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Madrid, Ed. Civitas (1993), T. II, N° 15, p. 69.

⁶⁴ Véase LAFAILLE, HÉCTOR, DERECHO CIVIL, TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Buenos Aires, Ed. EDIAR, (1950), N° 861 p. 14 y 15.

⁶⁵ Véase MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, Buenos Aires, Ed. Zavalía (1998), p. 321, con cita de Lafaille. También LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ, CONTRATOS EN EL DERECHO CIVIL PERUANO, Lima (1975), T. II, p. 359.

⁶⁶ Conf. Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 33, p. 483.

⁶⁷ Véase LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, N° 2.2, p. 357, en p. 358.

No conozco ningún casino en el aconsejen al ludópata retirarse a su casa.

Y si se argumenta con el destino que el Estado da a los fondos recaudados, el enfoque es muy simple pues se resuelve con una imposición tributaria a la actividad del empresario de juego.

XII. Distinción entre los contratos de juego y de apuesta

El juego en sí no es un contrato sino un hecho lúdico. Para que sea contrato debe sumarse a ese hecho lúdico una consecuencia jurídica, que en el derecho argentino debe ser de orden patrimonial.

El juego, entonces, solo es contrato cuando conlleva una apuesta sobre su resultado. Esa apuesta debe ser hecha por los participantes. Ello configura el contrato de juego. De lo contrario – si la apuesta es efectuada por alguien que no participa - será un contrato de apuesta.

El mismo hecho lúdico o deportivo, puede ser un contrato de juego entre los participantes, y de apuesta - en la misma oportunidad - entre terceros espectadores.

Esa es la diferencia conceptual entre ambos contratos en el derecho romano.⁶⁸ Es también el sistema adoptado por el Código Civil de la Argentina y por su Proyecto de Código Civil de 1998, y – a mi entender – por los artículos 4771 a 4774 del Código Civil de Puerto Rico.

Otra concepción distinta sobre por donde pasa la diferencia entre el contrato de juego y el de apuesta, es de origen germano, y afirma que es contrato de juego si se decide la ganancia o la pérdida por el

⁶⁸ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN, MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE (1962), T. IV, N° 1613, p. 593; PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II, Vol. II, p. 555; LASARTEÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, p. 356; ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL, DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 134, p. 419 en p. 420, N° 2; Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 33, p. 484; RIPERT GEORGE, BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed. La Ley (1965), T. VIII, N° 2438, p. 600; PLANIOL, MARCELO Y RIPERT GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N° 1200, p. 496; SALVAT, RAYMUNDO, TRATADO DE DERECHO CIVIL, FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. ACTUALIZADO POR ACUÑA ANZORENA, ARTURO, Buenos Aires, Ed. TEA (1954), T. III, N° 2118, p. 310; BORDA, GUILLERMO A., TRATADO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Perrot (1979), T. II, N° 1925 a p. 661.

cumplimiento de un acontecimiento futuro, mientras que será apuesta si la incertidumbre versa sobre la exactitud de una afirmación.⁶⁹

Un tercer criterio – que tampoco es el romano – hace pasar la diferencia entre los contratos de juego y apuesta en la finalidad de las partes, en el juego sería lúdica, y en la apuesta robustecer una afirmación.⁷⁰ Por ejemplo, apostar a que los vikingos descubrieron América.

XIII. El tratamiento de los contratos de juego y de apuesta en las distintas legislaciones

Según la protección que acuerden a ambos contratos, las distintas legislaciones pueden agruparse en tres grupos

a) En primer lugar están aquellas legislaciones que prohíben todo juego o apuesta, como el Código Civil de Irán,⁷¹ que los considera nulo y los priva de toda acción. Por su parte el Código Civil de Brasil también priva de acción a todo juego o apuesta (art. 1477) a los que sin embargo otorga excepción para impedir la repetición de lo pagado (art., 1478).⁷² El sistema seguido por el Código Civil de Brasil coincide con el previsto en la Gamming Act, británica, de 1845, cuyo artículo 18 establece como ley

⁶⁹ PUIG BRUTAU, JOSÉ, FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, Barcelona, Ed. Bosch (1982), T. II, Vol. II, p. 555 con cita de Planitz Deutsches Privatrecht, Viena (1948), pp. 173 a 175; LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium, (1995), T. III, p. 356; ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 134, p. 419 en p. 421, N° 2; Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 33, p. 484; AUBRY, CHARLES, ET. RAU, CHARLES, COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS. D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND DE C.S.ZACHARIAE, París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 4ª ed., T. IV, N° 386, p. 574; BAUDRY –LACANTINERIE, G. Y WAHL, ALBERT, TRAITÉ THÉRIQUE ET PRATIQUE DE DROIT CIVIL. DES CONTRATS ALÉATOIRES ET DU MANDAT, Paris. Société du Recueil Gal, des Lois et des Arrêts. 1899, N° 12, p. 5.

⁷⁰ ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR Y WOLF, MARTÍN, TRATADO DE DERECHO CIVIL. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, Barcelona. 2ª. Ed. Bosch, al cuidado de José Puig Brutau, T. II, Vol. II, N° 186, p. 465; BORDA, GUILLERMO A., TRATADO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Perrot (1979), T. II, N° 1925 b), p. 662.

⁷¹ The Civil Code of Iran. Trad. M.A.R. Taleghany. Littleton. Ed. Rothman & Co. 1995. Artículo 654. El Código Civil de Irán consta de 10 Libros ordenados en 3 Volúmenes. El primer volumen data de 1928, el segundo de 1934 y el tercero de 1935. Las reformas legislativas del año 1991 no afectan su estructura. Véase LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., FUNDAMENTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA, Buenos Aires, Ed. La Ley (1999).

⁷² CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Sao Paulo, Ed. Atlas (1986).

básica que el contrato de juego o apuesta es nulo e inválido sin que pueda el jugador repetir lo que ha pagado.⁷³

b) En segundo lugar ubico a la legislación que -en el extremo opuesto- otorga protección judicial a toda demanda de personas físicas o jurídicas conectadas con la organización de juegos o apuestas, salvo que tomen parte en juegos o apuestas bajo la influencia de fraude, coacción, amenazas, mala fe., como lo hace el reciente Código Civil de la Federación Rusa.⁷⁴

c) En tercer término ubico a las legislaciones que distinguen entre dos categorías, como el Código Civil de Bolivia entre los juegos permitidos y los prohibidos⁷⁵ (arts. 909 y 910).⁷⁶ Otro tanto resulta de los artículos 1245 y 1246 del Código Civil de Portugal,⁷⁷ y en el Código Civil de Paraguay (artículos 1448 y 1449);⁷⁸ y en el Código Civil de Austria,⁷⁹ Código Civil de Bélgica (artículos 1965 y 1966).⁸⁰ y el Código Civil Francés.⁸¹ También el Código Suizo de las Obligaciones en cuanto sólo

⁷³ Véase MC GREGOR, HARVEY, CONTRACT CODE. PROYECTO REDACTADO POR ENCARGO DE LA LAW COMMISSION INGLESA, Barcelona, Ed. Bosch (1997), Comentario al artículo 522.

⁷⁴ THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION, with Introductory Commentary by A. L. Makovsky and S. A. Khokhlov, Trad. Peter B. Maggs with A. N. Zhiltsov, New York – London, Ed. M. E. Sharpe (1997), artículo 1062. La primer parte del nuevo Código ruso fue sancionada por la Duma el 21/10/994, promulgada el 30/11/994 y entró en vigencia el 1° de enero de 1995. Comprende las Divisiones I a III. Ambas partes fueron elaboradas por más de cincuenta juristas. Fue publicada el día 8 de diciembre de 1994 en la Rossiiskaia gazeta (Gaceta Rusa). Véase THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION, with Introductory Commentary by A. L. Makovsky and S. A. Khokhlov, Trad. Peter B. Maggs with A. N. Zhiltsov, New York – London, Ed. M. E. Sharpe, (1997), p. XLIX; y LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., FUNDAMENTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA, Buenos Aires, Ed. La Ley (1999).

⁷⁵ Tiene razón MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, Buenos Aires, Ed. Zavallia (1998), pp. 314 y 317 al afirmar que no se trata de juegos “prohibidos” por el Código, pues no está prohibido jugarlos. En el mismo sentido ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 135, p. 421 en p. 422.

⁷⁶ Código Civil, República de Bolivia. D. L. ,N° 12.760 de 8 de agosto de 1975, Cochabamba, Ed. Serrano (1989).

⁷⁷ CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS. Anotado y actualizado por JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, Coimbra, Ed. Liv. Almedina (1992).

⁷⁸ CÓDIGO CIVIL COMENTADO, MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, ASUNCIÓN DEL PARAGUAY, Ed. Intercontinental (1990).

⁷⁹ CODE CIVIL GÉNÉRAL AUTRICHIEN. Trad. Michel Doucet. Paris, Ed. Pedone (1947), artículo 1272, bien que sólo está referido al contrato de juego. La prohibición se establece por remisión a normas administrativas.

⁸⁰ CODE CIVIL, Bruxelles, Ed. Bruylant-Maklu (1995).

⁸¹ CODE CIVIL, Megacode, Paris, Dalloz, (1995-1996), V, art. 1965 y 1966.

autoriza las loterías extranjeras si en Suiza la autoridad competente permite la venta de billetes.⁸²

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay distingue entre dos categorías los juegos sin acción, pero con excepción (arts. 2169, 2176) y los juegos permitidos y con acción (art. 2178),⁸³ también el Código Civil de Venezuela que prevé la existencia de juegos permitidos (art. 1802) y prohibidos, pero con excepción (art. 1801).⁸⁴ También es ese el esquema del Código Civil de Puerto Rico, al distinguir entre juegos prohibidos con excepción que obsta a la repetición de lo pagado voluntariamente (art. 4771) y juegos permitidos (art. 4773),⁸⁵ en el Código Civil de España, (arts. 1798, 1800 y 1801),⁸⁶ también parece ser esa la regla del Código Civil para el Distrito Federal de México⁸⁷ en cuanto distingue entre juegos prohibidos - los del Código Penal (art. 2764)- y no prohibidos (art. 2767); con la peculiaridad que el pagador de una deuda originada en un juego prohibido puede repetir solo el 50% de lo pagado, quedando el resto para Beneficencia Pública (art. 2765).

El Código Civil de México – sin perjuicio de la legislación especial – priva de acción a todo juego o apuesta (art. 2145, a excepción de las loterías o rifas regladas en los arts. 2137 y ss).⁸⁸ Análogo es el Código Civil de Alemania que prescribe la ausencia de acción (art. 762) salvo respecto de las loterías o rifas estatalmente aprobadas (art. 763).⁸⁹

d) Por último están las legislaciones que prevén tres categorías: los juegos protegidos, los juegos tolerados, y los juegos prohibidos.

⁸² CODE CIVIL ET CODE DES OBLIGATIONS, Lausanne, Ed. Payot, (1913). Artículo 513 para la prohibición y artículo 515 segunda parte para las loterías.

⁸³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Anotado y concordado por Enrique Arezzo Piriz y H. Gustavo Ordoqui Castilla. Montevideo, 2ª Ed., Universidad (1995).

⁸⁴ CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, Caracas, Ed. Almeda Cedillo, (1953).

⁸⁵ CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO, COMENTADO, Oxford, New Hampshire, Ed. Equity Publishing Corporation, (1984).

⁸⁶ CÓDIGO CIVIL, Pamplona, Ed. Aranzadi, (1991). Debe señalarse la aprobación estatal para diversos juegos: casinos en 1977; bingo en el mismo año; apuesta mutuas deportivas benéficas en 1946; loterías desde 1956; rifas desde 1949; tómbolas desde 1951.

⁸⁷ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, MÉXICO, Ed. Porrúa, (1976).

⁸⁸ CÓDIGO CIVIL, DECRETO-LEY NÚMERO 106, GUATEMALA, Ed. Jiménez y Ayala (1992).

⁸⁹ CÓDIGO CIVIL ALEMÁN, (BGB) Traducido por Carlos Melón Infante en Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff.

A los primeros se les reconoce acción para el cumplimiento de las obligaciones que de ellos nacen. Los segundos carecen de acción pero están beneficiados por la prohibición de repetir lo que voluntariamente se pagó. Y los terceros no tienen ni lo uno ni lo otro.

Este enfoque se repite en varias legislaciones, V.g. en el Código Civil de Perú, en sus artículos 1942, 1943 y 1944;⁹⁰ en el Código Civil de Ecuador (arts. 2191, 2192 y 2195);⁹¹ en el Código Civil de Chile (arts. 2259, 2260 y 2263);⁹² en el Código Civil de Panamá (arts. 1490, 1493),⁹³ y en el Código Civil de la Argentina (artículos 2051, 2055, 2063 y 2069).⁹⁴

XIV. Qué caracteriza a los contratos lúdicos protegidos en la legislación actual

Descartados los sistemas legales que prohíben lisa y llanamente todo juego, corresponde discernir cuáles son los juegos y apuestas que protegen las restantes legislaciones.

Veré primero que contratos de juego son los que se autorizan. Luego efectuaré el mismo análisis respecto del contrato de apuesta.

a) Contratos de juego protegidos

Varios son los códigos civiles que siguen al artículo 1966 del Código Civil francés que prescribe “Les jeux propres à exercer au fai des armes,

⁹⁰ CÓDIGO CIVIL, LIMA, Ed. Cultural Cuzco (1987). Véase Arias Schreiber Pezet, Max, con la colaboración de Cárdenas Quirós, Carlos, y Arias Schreiber Montero, Angela, CÓDIGO CIVIL. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS, T. VI, p. 726.

⁹¹ CÓDIGO CIVIL. QUITO, Ed. Corporación de estudios y publicaciones. 1989.

⁹² CÓDIGO CIVIL. SANTIAGO DE CHILE, Ed. Jurídica de Chile, (1977).

⁹³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Anotado y concordado por Jorge Fábrega P. y Cecilio Castellero, Avellaneda (Buenos Aires), Ed. Jurídica Panameña, (1973).

⁹⁴ En ese sentido, además de MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, Buenos Aires, Ed. Zavalía (1998), p. 314; TRIGO REPRESAS, FÉLIX, DEUDAS DE JUEGO Y OBLIGACIONES NATURALES, ANALES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA, T. XXIII, p. 453 y LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, TEORÍA DE LOS CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Zavalía (1995), T. V., pp. 384 y ss. quien elabora una clasificación cuatripartita : protegidas (con acción, juegos de destreza); toleradas (obligaciones naturales con excepción y sin acción); prohibidas; y autorizadas como las loterías y rifas. *Id.* López Olaciregui, José María. La obligación natural: una idea difícil que responde a un fundamento lógico y brinda una visión general del sistema de derecho. En Lecciones y Ensayos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, (1966), N° 30, p. 80.

les courses à pied ou à cheval, les corses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente.

Néanmoins le tribunal peu rejeter la demande, quand la somme lui parût excessive.”⁹⁵ “(los juegos que contribuyan a ejercitarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las carreras de carros, el juego de pelota y otros juegos de igual naturaleza que tiendan a la destreza y al ejercicio del cuerpo...”.

“Los juegos puramente intelectuales...no están comprendidos en el artículo 1196”⁹⁶ del Código Civil de Francia. El juego de billar, en cambio, se considera de protección dudosa.⁹⁷

El criterio está reiterado en el Código Civil de Bélgica.⁹⁸ El Conde Jean Etienne Marie Portalis en la Exposición de motivos del Código Civil de Francia sostuvo, fundando la protección de los juegos de destreza física “esta clase de juegos son útiles; tal vez hayan sido descuidados por demás en nuestros tiempos modernos”,⁹⁹ haciendo referencia a la antigua Roma en la que el esparcimiento se efectuaba a través de juegos de destreza física, hasta que según Pont, la influencia de Oriente introdujo los juegos de azar.¹⁰⁰

Similar es la previsión del art. 1800 del Código Civil de España: “No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.” También es ese – consiguientemente - el criterio de protección del Código Civil de Puerto Rico en su artículo 4773¹⁰¹ y análogo al artículo 1492 del Código Civil de Panamá.¹⁰²

⁹⁵ CODE CIVIL. MEGACODE PARIS, Dalloz, (1995-1996), Véase, art. 1966.

⁹⁶ MAZEAUD, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE. (1962), T. IV, N° 1616, p. 599.

⁹⁷ MAZEAUD, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE. (1962), T. IV, N° 1616, p. 599. En la Argentina, por la tutela está SEGOVIA, LISANDRO, EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CON SU EXPLICACIÓN Y CRÍTICA BAJO LA FORMA DE NOTAS, Buenos Aires, Ed. Pablo E. Coni, (1981). T. I, p. 558, nota 2 al texto del artículo 2057, correspondiente al artículo 2055 antes de la ley de fe de erratas.

⁹⁸ Artículo 1966.

⁹⁹ Transcripto en Mazeaud, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE, (1962), T. IV, N°1616, p. 599.

¹⁰⁰ Véase PONT, PAUL, EXPLICATION THÉORIQUE ET PRATIQUE DE CODE CIVIL. DES PETITES CONTRATS, Paris, Delamotte et Fils, éditeurs (1867), T.VIII, art. 1964, N° 594 en p. 271.

¹⁰¹ CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO, COMENTADO, Oxford, New Hampshire, Ed. Equity

También el artículo 2195 del Código Civil de Ecuador: “Sin embargo de lo dispuesto en el Art. 2192, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie a caballo, pelota, bolas y otros semejantes, con tal que no se contravenga a las leyes o a los reglamentos de policía.”

El Código Civil de Portugal también debe incluirse entre los que únicamente dejan a salvo la destreza física, al expresar en su artículo 1246 “Competições deportivas. Exceptuando-se do disposto no artigo anterior as competições desportivas, com relação às pessoas que nelas tomarem parte.”¹⁰³

Comparte el yerro el Código Civil de Chile cuyo artículo 2263 dispone: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo 2260, producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bolas y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes o a los reglamentos de policía.

En caso de contravención desechará el juez la demanda en el todo”.¹⁰⁴ También privilegia exclusivamente a la destreza física el Código Civil de la República Oriental del Uruguay, cuyo art. 2178 dispone” Las disposiciones precedentes no comprenden las deudas de juego o de apuestas que provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, carrera y otros juegos o apuestas semejantes, lo cuales producen acción civilmente eficaz, con tal que en ellos no se haya contravenido a alguna ley o reglamento de Policía.

En caso de contravención, desechará el Juez la demanda en el todo”.¹⁰⁵

En el mismo sentido se inclina el Código Civil de Venezuela, en su artículo 1802 que dispone “Se exceptúan los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie, a caballo, pelota y otros semejantes”.¹⁰⁶

Publishing Corporation (1984).

¹⁰² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, Anotado y concordado por Jorge Fábrega P. y Cecilio Castellero, Avellaneda, Buenos Aires, Ed. Jurídica Panameña (1973).

¹⁰³ CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS, Anotado y actualizado por Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, Coimbra, Ed. Liv. Almedina (1992).

¹⁰⁴ CÓDIGO CIVIL. SANTIAGO DE CHILE, Ed. Jurídica de Chile (1977), art. 2263.

¹⁰⁵ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Anotado y concordado por Enrique Arezzo Piriz y H. Gustavo Ordoqui, Castilla, Montevideo, 2ª Ed. Universidad (1995).

¹⁰⁶ CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA. CARACAS, Ed. Almeda Cedillo,

También el Código Civil de Italia, en su artículo 1934 dispone: “Competencias deportivas. Se exceptúan de las normas del primer apartado del artículo anterior, aun respecto de las personas que no toman parte en ellos, los juegos de adiestramiento para el manejo de las armas, las carreras de toda especie y cualquiera otra competencia deportiva. Sin embargo, el juez puede rechazar o reducir la demanda, cuando considere excesiva la postura”.¹⁰⁷

El Código de Irán incurre en el mismo yerro, al excluir de la prohibición a las apuestas en carreras de animales concursos de tiro y juegos de espadas.¹⁰⁸

El Código Civil argentino, en su artículo 2055, dispone: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”.

Esta disposición ya en el año 1869 tenía suficiente prosapia, como da cuenta la nota puesta al pie del artículo por Vélez Sársfield, autor del Código Civil.¹⁰⁹ El jurista argentino Fernando López de Zavalía sintetiza afirmando que los juegos de destreza física eran bien mirados porque preparaban para la guerra, manteniendo al hombre en buen estado físico, mientras que los de destreza intelectual no reciben el mismo tratamiento.¹¹⁰

(1953).

¹⁰⁷ CODICE CIVILE MILÁN, ED. ULRICO HOEPLI (1984) o en español Código Civil italiano, en MESSINEO, FRANCESCO, MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ed. EJE (1954), T. I, artículo 1934.

¹⁰⁸ THE CIVIL CODE OF IRAN, Trad. M. A. .R. Taleghany, Littleton, Ed. Rothman (1995), artículo 655.

¹⁰⁹ “2055. L. 15, tít. 23, lib. 12, Nov. Rec. Véase L. 36, Vers. otrosí, tít. 5, Part, 5ª. Cód. francés, art. 1965; italiano, 1803; napolitano, 1837; de Holanda, 1825; de Baviera, cap. 12, lib. 4. Cód. de Austria, 1270; prusiano, 577. L.L. 1 y sigs., tít. 5, lib. 11, Dig. y 1 y 3, tít. 43, lib. 3, Cód. romano. No es fácil comprender el espíritu de la legislación de las Partidas. Ellas guardan silencio sobre las deudas de juego; y entre tanto la L. 6, tít. 14, part. 7ª, niega toda acción por injurias o hurto que cometieren los jugadores contra el dueño de la casa que los recibe, porque debía suponer que eran ladrones. La L. 10, tít. 16 de la misma Partida, habla de los jugadores; pero tan sólo de los que engañan con dados falsos, o de otra manera semejante”.

¹¹⁰ Véase LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, TEORÍA DE LOS CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. Zavalía (1995), T. V., pp. 385 y 386.

Una excepción la configura el Código Civil de Perú que omite esa caracterización de los juegos permitidos.¹¹¹

El Código de Bolivia incorpora a su protección a los juegos de destreza intelectual al prescribir en su art. 909 “Prohibición de juegos de azar. Se prohíbe todo juego de envite, suerte o azar y se permiten los que comúnmente se denominan juegos de carteo y los que por su naturaleza contribuyen a la destreza y ejercicio de cuerpo o de la mente”.

En la misma línea debe ubicarse al Código Civil de Paraguay cuyo artículo 1448 dispone : “Sólo podrán demandarse en juicio las deudas provenientes de juegos que se decidan por la fuerza, la destreza o el intelecto de los jugadores, y no por el azar. Si la deuda de juego no prohibido excediere la vigésima parte de la fortuna del perdedor, el juez reducirá a este límite la acción del ganador.”¹¹²

En síntesis, en la mayoría de las legislaciones – con la excepción de los Códigos de Perú, Bolivia, Paraguay, y el Proyecto argentino de 1998 - no se protegen a los contratos de juego fundados en destreza intelectual,¹¹³ sino únicamente a los fundados en destreza física.

En esta concepción, entonces, el músculo sirve para ganar fortunas sin trabajar (boxeo etc.) ; el intelecto ,en cambio, solo sirve para trabajar.

b) Contratos de apuestas protegidos

Similar es la conclusión para el contrato de apuesta en el derecho argentino , pues se rige por la regla que corresponde al juego en el que se apostó.¹¹⁴ V.g. la apuesta realizada sobre un juego protegido, configura un contrato de apuesta protegida, la realizada sobre un juego tolerado,

¹¹¹ ARIAS SCHREIBER PEZETT, MAX, con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS y ARIAS SCHREIBER MONTERO, ANGELA, CÓDIGO CIVIL. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS, T., VI, p. 727. Sólo puede citarse la Resolución Suprema del 11 de marzo de 1936 que siguiendo al Código Civil francés (art., 1966) permite los juegos de bochas, billas, carreras de carruajes y juego de pelotas. En el mismo sentido ARIAS SCHREIBER PEZETT, MAX Y CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS. EXÉGESIS DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, T. III, p. 371.

¹¹² MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Asunción del Paraguay, Ed. Intercontinental (1990).

¹¹³ Conf. PLANIOL, MARCELO Y RIPERT GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N° 1206, p. 500 en p. 501.

¹¹⁴ También era ese el sistema en el Código Civil de Perú de 1936 (art. 1770).

configura un contrato de apuesta tolerada, y lógicamente la apuesta sobre un juego prohibido es un contrato de apuesta prohibida.

El sistema es similar al del artículo 4772 del Código Civil de Puerto Rico.

XV. La finalidad de la protección hoy resulta inadecuada

Las legislaciones que amparan los juegos de destreza física y desprotegen los de destreza intelectual están fundadas en una ponderación axiológica sobre los beneficios que conllevan unos y otros.

Los fines que originaron la protección legislativa a los contratos de juego que se deciden por la destreza física, han perdido relevancia frente a los nuevos requerimientos de las sociedades.

La única guerra en la que todas las naciones deben estar empeñadas es la guerra a la ignorancia, es la guerra a la miseria. A la miseria material y a la espiritual.

Los fines que sustentan la selección de juegos autorizados en las actuales legislaciones – desarrollo físico del guerrero – también han quedado obsoletos frente a la realidad tecnológica: la guerra hoy no se hace con espadas ni montando a caballo. Pero, además, los contratos de juego que hoy están protegidos en la mayoría de las legislaciones no son los aptos para satisfacer los fines que originaron la protección.

La guerra - todas las guerras: la que se realiza entre los hombres y la guerra a la ignorancia y a la miseria - se gana con el desarrollo intelectual y no con la destreza física.

Atender a los nuevos fines de la sociedad lleva inexorablemente a proteger a los juegos que importen aunque sea sólo en parte favorecer la adquisición de destreza intelectual. Sólo deben quedar desprotegidos en la legislación aquellos contratos de juego que se deciden por el sólo azar.

XVI. Qué juegos deben protegerse

En mi opinión deben tutelarse los juegos que -en todo o en parte - propendan al desarrollo intelectual. Esta es la conclusión que sigo del total de los argumentos desarrollados en el presente, y que en la Argentina ya anticipó Segovia en el siglo XIX.¹¹⁵

¹¹⁵ Véase SEGOVIA, LISANDRO, EL CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA CON SU

Entrar al tercer milenio privilegiando el desarrollo muscular sobre el intelectual, es un mal comienzo. Ni siquiera puede sostenerse que el desarrollo que los juegos actualmente tutelados se origina en la razón de favorecer la salud física de la población. No. Se trata fundamentalmente de los juegos de guerra.

Sin embargo hoy no sirve de nada la valentía física frente al chip electrónico. Las guerras entre los hombres se deciden por la tecnología de las armas y máquinas de guerra, y no por la masa muscular de los combatientes. Los soldados femeninos son tan aptos para efectuar el cálculo de trayectoria de un misil y lanzarlo como el más corpulento de los soldados varones. O a veces más.

En realidad, es muy difícil hallar juegos que sean exclusivamente físicos. La mayoría son una mezcla de azar y destreza,¹¹⁶ física o intelectual.

La destreza física en los combates de esgrima, para tener éxito, debe estar acompañada del conocimiento de la técnica del rival. Las regatas entre embarcaciones a vela requieren el desarrollo de una sutil táctica donde entran consideraciones relativas a meteorología, a la deriva del agua, tendientes a establecer el mejor rumbo. También es dudoso que haya juegos regidos exclusivamente por el intelecto, pues el azar está siempre presente. Hasta en el juego de ajedrez la suerte interviene para decidir quien jugará con las piezas blancas y quien con las negras.

Por lo demás, si se insiste en privilegiar los juegos de guerra no cabría más solución que incorporar al ajedrez a la lista de juegos protegidos porque sirve para desarrollar la habilidad estratégica en los oficiales de estado mayor, como lo afirma Troplong¹¹⁷ y lo recuerda Moisset de Espanés.¹¹⁸

EXPLICACIÓN Y CRÍTICA BAJO LA FORMA DE NOTAS, Buenos Aires, Ed. Pablo E. Coni (1881), T. I, p. 558, nota 2 al texto del artículo 2057, correspondiente al artículo 2055 antes de la ley de fe de erratas.

¹¹⁶ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, Buenos Aires, Ed. Zavalia (1998), p. 314; ALBALADEJO, MANUEL, DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 135, p. 421 en p. 422; PLANIOL, MARCELO Y RIPERT GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N°. 1201, p.496 en p. 497; TROPLONG, RAYMOND, LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ. DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE ET DES CONTRATS ALÉATOIRES, París, Charles Hingray (1845), Com. al art. 1964, N° 29 en p. 242.

¹¹⁷ TROPLONG, RAYMOND, LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ. DU DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE ET DES CONTRATS ALÉATOIRES, París, Charles Hingray (1845), Com. al art. 1964, N° 49 y 50 en p. 255, por considerar que la enumeración del artículo 1966 del Código Civil francés no es

Confrontar estos argumentos con lo establecido en la legislación actual importa tal desilusión que lleva a algunos juristas a creer que la ley dice lo que no dice, pero que debería decir de *lege ferenda*, de conformidad con la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma.

Lasarte Álvarez, por caso, sostiene que los juegos no prohibidos son los que sirven para potenciar el ejercicio del cuerpo en su aspecto físico o intelectual,¹¹⁹ es decir los que llevan a potenciar el ejercicio del cuerpo “no es su aspecto físico-motriz, sino también intelectual”.¹²⁰ En el mismo sentido se expiden Díez Picazo y Gullón.¹²¹ Pero no es eso lo que dice el artículo 1800 del Código Civil español, análogo al francés¹²² que sólo se refiere a la destreza física.

Las opiniones restringiendo la protección a los juegos de mera destreza física – como lo dice la ley – son abundantes. Puede verse Aubry y Rau,¹²³ Ripert y Boulanger¹²⁴ y Planiol y Ripert,¹²⁵ Baudry – Lacantinerie¹²⁶ (quien además destaca que como excepción que es, debe ser interpretada restrictivamente y no debe extenderse a supuestos de destreza intelectual), y Baudry-Lacantinerie y Wah,¹²⁷ Merlin,¹²⁸ Acuña Anzorena¹²⁹ e Ibáñez.¹³⁰

limitativa como lo expresa el artículo 1966.

¹¹⁸ Conf. MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, OBLIGACIONES NATURALES Y DEBERES MORALES, Buenos Aires, Ed. Zavallia (1998), p. 316 en nota 180.

¹¹⁹ Véase LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, N° 2.2, p. 357.

¹²⁰ LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, N° 2.3, p. 259.

¹²¹ Véase Díez PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Tecnos (1992), T. II, N° 33, p. 483.

¹²² Art. 1800. “No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de la armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza”.

¹²³ Véase AUBRY CHARLES ET RAU, CHARLES, COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS. D'APRÈS L'OUVRAGE ALLEMAND DE C.S.ZACHARIAE, París, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 4ª. ed., T. IV, N° 386, p. 577.

¹²⁴ RIPERT, GEORGE; BOULANGER, JEAN, TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL, Buenos Aires, Ed., La Ley (1965), T. VIII, N° 2441, p. 601.

¹²⁵ Véase PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N° 1206, p. 500 en p. 501.

¹²⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, G, PRÉCIS DE DROIT CIVIL, Paris, Recueil Sirey (1925), T. II, N° 1164 en p. 537.

¹²⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, G. Y WAHL, ALBERT, TRAITÉ THÉRIQUE ET PRATIQUE DE DROIT CIVIL. DES CONTRATS ALÉATOIRES ET DU MANDAT, Paris, Société du Recueil Gal, des Lois et des Arrêts (1899), N° 30, p. 14.

En esencia ha desaparecido la distinción ética entre los juegos permitidos y los prohibidos, si alguna vez realmente la hubo. Hoy los juegos prohibidos son tales por desarrollarse en lugares no autorizados, vale decir que hay que excluir el argumento de que están vedados por tener una causa torpe o ilícita, tal como lo afirma la sentencia del Tribunal Superior español del 23 de febrero de 1988.¹³¹

XVII. Qué apuestas deben protegerse

La concepción - que contiene el derecho argentino vigente - que hace que el contrato de apuesta se rija por la regla que corresponde al juego en el que se apostó resulta, al menos, un error.

Este error en el derecho argentino ha venido a ser corregido por el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina mediante el juego de sus artículos 1524 y 1522.¹³² El nuevo enfoque responde –

¹²⁸ Véase MERLIN, PHILIPPE ANTHOINE, RÉPERTOIRE UNIVERSEL ET RASISONNÉ DE JURISPRUDENCE, Bruxelles. Chez H. Tarlier, 5a. ed (1827), T. VIII voz “jeu”, p. 640 en p. 644, N° IV.

¹²⁹ Véase SALVAT, RAYMUNDO, TRATADO DE DERECHO CIVIL. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. Actualizado por Acuña Anzorena, Arturo, Buenos Aires, Ed. TEA (1954), T. III, N° 2123, p.313 nota 7 b).

¹³⁰ Véase IBAÑEZ, CARLOS M., EL JUEGO Y LA APUESTA LOTERÍAS Y RIFAS, Tucumán, Ed. Fondo de Cultura Jurídica, s/f, pp. 19 y 20.

¹³¹ Véase LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, PRINCIPIOS DE DERECHO CIVIL, Madrid, Ed. Trivium (1995), T. III, N° 2.2, p. 357 en p. 358.

¹³² Capítulo XXVI. Contratos de juego y de apuesta.

Artículo 1522.- Definición.- Hay contrato de juego si dos (2) o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar a la que gane un bien mensurable en dinero.

Artículo 1523.- Facultades del tribunal. El tribunal puede reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor.

Artículo 1524.- Juego y apuesta sin acción. Excepción. Los juegos de puro azar carecen de acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida. Si no están prohibidos por las autoridades locales se aplican las normas sobre las obligaciones naturales pero la deuda no puede novarse. Sin embargo es repetible el pago si el deudor es incapaz o inhabilitado.

Igual regla se aplica a las apuestas de terceros, aunque sean afectuadas respecto al resultado de algún juego previsto en el artículo 1522.

como lo señala el Fundamento N° 243 del Proyecto referido a las previsiones del Anteproyecto argentino de 1954.¹³³

Es que la apuesta - por definición – es efectuada por quien no participa - y por tanto, para el no participante, el grado de azar que reúne el resultado de un juego entre dos personas que para él resultan ajenas, es total.

El juego protegido - V.g. el celebrado por dos sujetos entregados a un combate de boxeo – en cuanto se utiliza como marco de un contrato de apuesta se convierte en absolutamente aleatorio. Es puro azar. Desde el punto de vista del alea para los terceros apostadores entre sí, no hay diferencia alguna entre el grado de azar existente en dicho combate de boxeo, que el que hay en una carrera de caracoles.

En Francia¹³⁴ y España¹³⁵ esa es la tendencia. Se considera que solo los participantes en el juego protegido tienen acción para exigir el pago de lo apostado, no los terceros ajenos a su desarrollo.

XVIII. Aproximación a algunas conclusiones

En síntesis, y para concluir esta exposición.

Artículo 1525.- Oferta pública. Las apuestas y sorteos ofrecidos al público confieren acción para su cumplimiento.

El oferente es responsable frente al apostador o participante. La publicidad debe individualizar al oferente. Si no lo hace, quien la efectúe es responsable.

Artículo 1526.- Juegos y apuestas regulados por el Estado. Los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado nacional, provincial, o municipios, están regidos por las normas que los autorizan, y excluidos de las de este Capítulo.

¹³³ 243: El contrato de apuesta, cualquiera sea el juego tutelado o tolerado, se asimila a los juegos de puro azar. En este aspecto se recibe el principio establecido en el Anteproyecto de Código Civil de 1954.

¹³⁴ Conf. MAZEAUD, HENRI Y LEÓN; MAZEAUD, JEAN, LECCIONES DE DERECHO CIVIL, Buenos Aires, Ed. EJE (1962), T. IV, N° 1617, pp. 600 y 601; JOSSE RAND, LOUIS, DERECHO CIVIL. CONTRATOS, Buenos Aires, Ed. EJE (1951), T. II, Vol. II, N° 1384, p. 344; PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, GEORGE, TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS, La Habana, Ed. Cultural (1946), T. XI, N° 1206, p. 500 en p. 501.

¹³⁵ Conf. ALBALADEJO, MANUEL. DERECHO CIVIL. DERECHO DE OBLIGACIONES, Barcelona, Ed. Bosch (1989), T. II, Vol. 2, N° 135, p. 421 nota 1.

El alea en los actos jurídicos y en los contratos excede la mera posibilidad de ganar o perder y abarca también las de ganar- no ganar, y perder – no perder.

El acto o contrato aleatorio es en principio puro y simple y difiere del meramente condicional. Pero si el contrato contiene una condición que afecta una prestación principal debe regirse por las reglas de los contratos aleatorios.

La interpretación de los contratos aleatorios en los que al menos una de las partes busca protegerse de un alea, deben estar sujetos a distinto criterio hermenéutico que aquellos en los que la finalidad de las partes es desafiar al azar.

La ausencia de alea siempre invalida al contrato aleatorio.

La fianza es un contrato aleatorio en el que el alea consiste en una alternativa binaria de perder o no perder.

Algunos contratos de juego y apuesta hoy se utilizan como contratos accesorios de otros contratos (compraventa, locación mutuo etc.) para movilizar el consumo y como tal, se han constituido en un medio legítimo para favorecer el intercambio y crear riqueza y fuentes de trabajo.

No existe distinción ética entre el juego organizado por particulares y el organizado por el Estado. Ambos recurren a las debilidades del ser humano y pueden llegar a sumir a un hombre en la ruina. Tan es así que en muchas legislaciones la única diferencia entre los juegos permitidos y los prohibidos pasa por el lugar donde se efectúa. Los lugares son los habilitados, no los juegos.

Hoy no se protegen los contratos de juego fundados en destreza intelectual o en el azar, sólo se ampara los de destreza física con lo cual el músculo sirve para ganar fortunas sin trabajar (boxeo etc.) mientras que el intelecto, en cambio, solo sirve para trabajar.

Los fines que originaron la protección legislativa a los contratos de juego que se deciden por la destreza física han perdido relevancia frente a los nuevos requerimientos de las sociedades, a la par que han quedado obsoletos frente a la realidad tecnológica.

Atender a los nuevos fines de la sociedad lleva inexorablemente a proteger a los juegos que importen aunque sea sólo en parte favorecer la adquisición de destreza intelectual. Sólo deben quedar desprotegidos aquellos juegos que se deciden por el sólo azar. Y de estos sólo aquellos contratos principales en los que la motivación es obtener la ganancia en

forma directa, no aquellos juegos accesorios de otros contratos cuya motivación directa es incentivar la contratación de los contratos principales propios del mercado.