

CAPÍTULO XXVIII.

SUMARIO.—De los contratos aleatorios. (Continuación.)—2.º, 3.º y 4.º—DEL JUEGO, DE LA APUESTA Y DE LA DECISIÓN POR SUERTE.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de juego.—1. Su definición.—2. Sus caracteres.—3. Crítica. (Consideración moral social, económica y jurídica del juego.)—4. Aspecto moral.—5. Aspecto social.—6. Aspecto económico.—7. Aspecto jurídico.—8. Síntesis de crítica en este punto.—9. Aspecto histórico-legal.—10. Precedentes romanos.—11. Derecho patrio.—12. Estado actual legislativo en el Derecho anterior al Código civil.—13. Criterio legal.—14. A. Perfección.—15. B. Contenido.—16. C. Consumación y extinción.

§ 2.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de apuesta.—17. Su definición.—18. Es una variedad del contrato de juego.—19. Sus caracteres.—20. Referencia al contrato de juego.

§ 3.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de decisión por suerte.—21. Su definición.—22. Sus caracteres.—23. Su utilidad.—24. Su causa ú origen convencional ó legal.—25. Su perfección.—26. Su contenido.—27. Su consumación y extinción.

§ 4.º Jurisprudencia anterior al Código civil.—28. Del contrato de juego.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Texto.—29. De los contratos de juego y apuesta.

§ 2.º Jurisprudencia según el Código civil.—30. Contrato de juego.

§ 3.º Explicación.—31. El juego y la apuesta en el Código civil.

ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de juego.

1. El juego, bajo esta consideración, es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, por el cual se convienen dos ó varias personas en que paguen, las que pierdan, cierta cosa á las que ganen.

2. Es principal, porque subsiste por sí y tiene fines propios; es consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento; es bilateral, porque produce obligaciones de esta clase; es oneroso, por el mismo carácter bilateral, en tanto que ninguna de las partes que celebran el contrato de juego pueden ganar sin la prestación recíproca de exponerse á perder el equivalente; y es aleatorio, porque el resul-

tado incierto del juego es lo que ha de determinar cuál de los contratantes obtendrá ganancias y cuál sufrirá pérdidas.

3. El juego, en su consideración moral, social, económica y jurídica, es tema harto interesante, debatido y resuelto con diferente criterio.

4. *Moralmente*, el juego carece de toda justificación desde que se convierte en un medio de lucro y traspasa los límites de un entretenimiento lícito ó de una expansión recreativa; pero los juegos sin que medie interés, que son los que generalmente no pueden merecer ningún reproche de la moral, escapan por completo á las otras consideraciones, social, económica y jurídica, en las que el juego es discutido.

5. *Socialmente* considerado el juego, es en el orden histórico tan antiguo como la sociedad misma; y en el orden de su influencia esencial, un mal incorregible en las aplicaciones extremas de la pasión humana, que le erige en medio único ó preferente de funesta actividad para el enriquecimiento, á que el jugador aspira. Es el juego un asunto en el que el más y el menos, puesto en relación con los medios de fortuna y con los fines de los que juegan, y hasta con la clase y procedimientos del juego, determinan en el mismo, ó un simple pasatiempo recreativo y lícito, ó una tendencia inmoral y de pernicioso influjo en el orden social. Á este propósito es curioso lo que dice un escritor (1).

«Pero si todos los juegos son lícitos y válidos por Derecho natural, considerados en sí mismos, no siempre podemos darles la misma calificación cuando los consideramos con respecto al fin que se proponen los jugadores. Si éstos no buscan en ellos el recreo y descanso de su espíritu fatigado, el desarrollo de sus fuerzas, ni la soltura y agilidad de su cuerpo, ni el recobrar la salud perdida por la pereza ó la enfermedad, sino que sólo tratan de despojarse mutuamente de sus bienes, como dos duelistas procuran recíprocamente quitarse la vida, los juegos entonces, cualesquiera que sean, se oponen directamente al Derecho natural, á las buenas costumbres y á los principios de la sociedad civil; la cual ha establecido y sancionado los contratos para que los hombres se hagan mutuos servicios, y no por cierto para que se arruinen. Acercaos una vez en vuestra vida á una casa de juego, y veréis allí muchos hombres amontonados y silenciosos esperando con ansia y terror que salga un rey, un rey el más arbitrario y déspota de cuantos han existido jamás sobre la tierra, un rey loco, ciego y sordo-mudo, que reparte el bien ó el mal sin justicia ni razón; un rey á quien ellos mismos, los mismos que le esperan, enemigos tal vez de todos los reyes, han hecho á sabiendas dueño absoluto de su fortuna y de su vida;

(1) Escriche, ob. cit., t. III, págs. 427 y 428.—1875.

un rey, pues, de inmenso poder, por nadie contestado y á quien nadie ha hecho traición ni usurpádole el trono; un rey, por fin, pintado en una carta, el rey *de copas*.... Y fijos y enclavados en él los desencajados ojos de la confusa multitud, descubre al cabo su cabeza el rey abigarrado, con despecho de los unos y sonrisa diabólica de los otros: aparece el tan esperado como temido rey de copas; y con sólo aparecer, sin discusión de Cortes ni auxilio de ministros responsables, transfiere de golpe á éstos el oro de aquéllos para quitárselo mañana y despojar á aquéllos del fruto de los ahorros y economías de sus antepasados para no devolvérselo jamás, porque así es su voluntad y buen placer, conculcando los principios del Derecho natural y del Derecho escrito, que no permite dar á uno lo que es de otro, como ciertos gobernantes conculcan, con idéntico resultado, la Constitución y las leyes que con gritos hipócritas proclaman.»

«Llévanse á efecto, sin embargo, ejecutivamente los bárbaros decretos del inexorable rey de copas, y cien fortunas desaparecen y cien casas se hunden y cien familias lloran su desgracia; y tal vez los jugadores, que ya no pueden dar pan á sus hijos, ni vestido á sus esposas, se lancen en la carrera del crimen, ó acallen sus remordimientos con el suicidio, ó se revistan de la máscara de patriotas y asalten los destinos públicos para reparar sus descalabros.»

6. El juego es también contrario al orden *económico*; expone la riqueza á la influencia de un azar caprichoso, y casi siempre inmoral; equivale á la insensatez de destruirla, á la vez que á sustraer sus desarrollos de la influencia de la ley económica principal, que es el trabajo.

7. *Jurídicamente*, y en la esfera del Derecho de la contratación, al fin el juego responde á un principio de voluntades concertadas y tiene la base más lícita en lo jurídico, que racional en lo económico, que plausible en lo moral y que conveniente en lo social. No puede desconocerse el derecho esencial del jugador propietario, para exponerse al riesgo de que el juego le prive de parte de su propiedad; el *jus abutendi* forma parte del derecho de dominio, en tanto que su ejercicio no perjudique el derecho de los demás ó el interés general. Cierto que el interés general y público sería perjudicado en una sociedad compuesta toda de jugadores; pero fuera de esta extrema hipótesis, y mientras en el juego no intervenga dolo, fraude ú otra causa de carácter ilícito, y sea sólo una relación de derecho influida por el principio del azar, sin mezcla de impureza ni artificio, es preciso reconocer que no hay razón jurídica que alegar contra el concierto de dos ó más personas, que, con perfecta capacidad y en uso de la libre disposición de su patrimonio, celebren el *contrato de juego*.

8. De esta contradicción entre el derecho individual y la convenien-

cia social, el bien moral y el orden económico, nace el problema constante de la debida acción de las leyes respecto del juego.

Se proclama la supremacía del derecho individual, y entonces todas las leyes restrictivas constituyen un atentado contra el derecho del individuo. Se respeta éste, y si la moral histórica de una sociedad está muy quebrantada, se contrarían el fin social y el moral. Pero es forzoso reconocer que en el terreno puramente jurídico se impone la razón del derecho individual y, sin duda, por esto es invariable el testimonio de la historia que enseña la ineficacia de las leyes restrictivas del juego, cuando las costumbres se precipitan en favor de la práctica de esa funesta pasión humana. Otros serían, sin llegar á la violencia de desconocer y coartar el derecho individual, los medios eficaces para evitar la propagación de este vicio: leyes que favorezcan el bienestar económico; que estimulen al trabajo; que afirmen en las costumbres un sentido de reprobación al juego; que consigan por medios indirectos hacer de los jugadores una insignificante minoría social, y que saquen al juego de todo lugar secreto, exponiendo á los jugadores á la censura de la opinión; todos éstos serían recursos de más benéfica y decisiva influencia contra el desarrollo de esta pasión.

9. Las leyes, por lo general, se han inspirado en un criterio restrictivo respecto del juego.

10. Con relación á las romanas, Paulo, en la ley 2.^a, tít. 5.^o, libro XI del Digesto, menciona un Senado-consulta que prohibía arriesgar dinero en cualquier juego, excepto en los que perfeccionaban en el ejercicio y manejo de las armas, ó servían al desarrollo de la agilidad y fuerza corporal; negaba toda acción para reclamar lo que se había ganado en un juego prohibido, y concedía al jugador, que perdió y pagó, la *conditio indebiti*, desconociendo con ello hasta la idea de una obligación natural en las deudas de juego. La ley 1.^a, tít. 5.^o, libro XI del Digesto llegaba al extremo de denegar toda acción por insultos, daños y hurtos que se hubiesen cometido contra personas que tuvieran casa de juego. Mayor criterio restrictivo inspiró á Justiniano las leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tít. 43, lib. III de su Código, especificando los juegos, únicamente permitidos respecto de la destreza y ejercicios corporales, limitando á un escudo de oro por partida la suma que en ellos pudiera arriesgarse, y estableciendo respecto de los demás, que la *conditio indebiti*, para reclamar la devolución de lo pagado, en virtud de la deuda de juego, no se considerase sujeta á la prescripción de treinta años, sino que se ampliara, para el que pagó y para sus herederos, al plazo de cincuenta, y que en caso de no ser ejercitada por ellos, pudieran utilizarla los oficiales municipales, para invertir dichas sumas en servicios y mejoras de este carácter.

11. Las leyes de Partida (1) privaron de toda acción, tanto civil como criminal, contra los jugadores, á los dueños de casa de juego, no obstante que el mismo D. Alfonso X, autor de aquel Cuerpo legal, encomendó al maestro Roldán la formación del célebre *Ordenamiento de las tafurerías*, publicado en 1276, en el que se reglamentaban el juego y las casas en que se jugaba, haciendo de ello un arbitrio del Estado y consagrando casi sus 44 leyes á impedir y castigar severamente las trampas, los engaños, las riñas y las muertes, que en ellas eran frecuentes. A pesar de esta reglamentación excesiva, la inmoralidad subió de punto, y á nombre del bien social desapareció aquel orden de cosas, mandándose cerrar todos los lugares de juego, é imponiéndose severas penas á los que conservaran instrumentos para el mismo. Siguiéron á éstas, en los reinados posteriores, muchas leyes y pragmáticas inspiradas en el mismo sentido y coleccionadas y mejoradas en la de Carlos III, de 6 de Octubre de 1771, que forma la ley 15, tít. 23, lib. XII de la Nov. Rec.

Posteriormente, el Código penal de 1870 (2) ha establecido la sanción que ha de aplicarse á los juegos prohibidos, y su cumplimiento ha sido recordado y encarecido á los funcionarios gubernativos y judiciales por constantes circulares de la Superioridad.

12. Resulta, pues, que el estado actual de nuestra legislación, en orden al juego, es clasificar y distinguir los juegos lícitos de los prohibidos. Al efecto, la ley recopilada citada prohibió los juegos de suerte y azar ó de fortuna ó en que intervenga envite, los de alhajas, prendas ó otros cualesquiera bienes muebles ó raíces, en poca ó mucha cantidad, como también los juegos á crédito, al fiado ó sobre palabra; y en los permitidos, que son aquellos en que no concurre ninguna de estas circunstancias, estableció que el tanto suelto que se jugara no podía exceder de un real de vellón, y toda la cantidad no había de pasar de 30 du-

(1) 6.ª, tít. 14, Part. VII.

(2) «Art. 358. Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, de envite ó azar, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas; y en el caso de reincidencia, con las de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y doble multa. Los jugadores que concurrieren á las casas referidas, con las de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas. En caso de reincidencia, con la de arresto mayor en su grado medio y doble multa.

»Art. 359. Los empresarios y expendedores de billetes de loterías ó rifas no autorizadas serán castigados con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas. Los que en el juego ó rifa usaren de medios fraudulentos para asegurar la suerte, serán castigados como estafadores.

»Art. 360. El dinero ó efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego ó rifa, caerán en comiso.

»Art. 594. Los que en sitios ó establecimientos públicos promoviesen ó tomaran parte en cualquiera clase de juegos de azar que no fuesen de puro pasatiempo y recreo, incurrirán en la multa de 5 á 25 pesetas.»

cados—330 reales—aunque fuesen muchas partidas, siempre que en ellas intervinieran alguno de los mismos jugadores, quedando también prohibido hacer traviesas ó apuestas (1). Asimismo dispuso que los que perdieran cualquiera cantidad á los juegos prohibidos ó alguna que excediera de la suma señalada en los permitidos, y los que jugaran prendas, bienes, alhajas ó cantidades al fiado, al crédito ó sobre palabra no estarían obligados á su pago, y antes bien podrían reclamar dentro de ocho días lo que hubieran satisfecho por tal concepto; y si no hiciesen la reclamación dentro de los ocho días siguientes al pago, adquiriría para sí las cantidades perdidas cualquiera persona que las pidiera, denunciara y probara, sin perjuicio del castigo impuesto á los jugadores (2). Estableciéronse también en dicha ley (3) otras prohibiciones y penalidades, que pueden considerarse en desuso las unas y derogadas las otras por el Código penal y por las disposiciones posteriores de gobierno y de policía (4).

13. El criterio, pues, del Derecho español en materia de juego es la prohibición absoluta de los juegos de envite y de azar; pero con la dificultad práctica de no enumerarlos, quedando sometido cada caso á la calificación de las autoridades gubernativas y judiciales.

14. A. PERFECCIÓN.—El juego, cuando es de la clase de los permitidos (5), que son todos aquellos no fiados exclusivamente al azar, y considerado como contrato, se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes ó jugadores.

Son sus *elementos personales* la capacidad general para contratar, en las personas; sus *elementos reales*, la cantidad jugada que, aunque en desuso, ya hemos dicho que ha de ser un real por tanto máximo y 330 reales el total de lo jugado en cada partida, sin que haya ninguna doctrina especial que consignar respecto de los *elementos formales*, pues este contrato carece de forma especial de celebración.

15. B. CONTENIDO.—En el contrato de juego puede reducirse al derecho de percibir y á la obligación de pagar lo ganado ó perdido, dentro de los límites permitidos por la ley: sólo en estos límites existirá acción civil para demandar su cumplimiento. La práctica, sin embar-

(1) Arts. 1.º, 6.º y 7.º de la ley 15, tít. 23, lib. XII Nov. Rec.

(2) Art. 8.º de dicha ley.

(3) Arts. 9.º al 14.

(4) La verdad es que un país que conserva como origen de renta la lotería, no es el más autorizado moralmente para establecer leyes restrictivas sobre el juego.

(5) Al efecto tuvo presente la ley recopilada, atendida la influencia del azar, tres clases de juego: juegos exclusivamente de suerte y de azar, como la lotería, la banca, la ruleta, el baccara, el treinta y cuarenta, etc.; otros de destreza y habilidad, como los de ajedrez, billar, pelota, etc., y otros mixtos de suerte y habilidad, como la malilla, el tresillo y todos los de naipes carteados.

go, hace estéril esa limitación jurídica y legal, y cualquiera que sea la cuantía de lo debido por razón del juego, es siempre considerada como una deuda de honor (1). Las apuestas incidentales, cualquiera que sea su cuantía, que se atravesen en el juego, son nulas (2).

16. C. CONSUMACIÓN.—Cabe que sea *judicial* ó *extrajudicial* el cumplimiento de este contrato, como el de todos los demás; pero ya porque el límite de cantidad que las leyes permiten es muy reducido, ya por otras consideraciones y usos sociales, no conocemos ningún caso, ni cremos se presente, de reclamación judicial por deudas de juego. La acción que en su caso debería ejercitarse sería la *ex stipulatu*.

Respecto á la *extinción* de este contrato, hay que estar á la doctrina general en cuanto le sea aplicable.

§ 2.º

Principios y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de APUESTA.

17. *Es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, por el que dos ó más personas que son de opinión contraria sobre un hecho ó asunto cualquiera se comprometen á entregarse mutuamente una cantidad ú otro objeto, en el caso de que resulte triunfante la opinión contraria.*

18. Como se ve, es una forma de juego y una nueva variedad del azar, aplicado á los contratos. *Apostar* equivale á *pronosticar* una situación ó la realización de un hecho, en la forma prevista por el que le sostiene, enfrente de un pronóstico contrario.

19. Este contrato es *principal*, pues aunque depende de la realización de un hecho en una forma preconcebida y asegurada por el que apuesta, contra lo que de adverso se sostiene, ese hecho no es otro contrato, como sería necesario para que tuviera la cualidad de *accesorio*; es *consensual* porque el consentimiento le perfecciona; *bilateral*, porque las obligaciones respectivas se condicionan mutuamente, aunque en definitiva sólo una de ellas ha de ser cumplida, por el carácter *aleatorio* que el contrato tiene, y es *oneroso* por razón de su misma bilateralidad, aunque en último término, como en todos los aleatorios, la condición onerosa es hipotética, y por ser inciertas la ganancia y pérdida defini-

(1) De *deshonor* debía calificarse, dice el expresivo escritor francés Emilie Acollas, *Manuel de Droit civil*, t. III, pág. 256, 2.ª edic., 1874.

(2) Art. 7.º ley Recop. cit.

tivas, su resultado puede ser lucrativo para una de las partes y oneroso para la otra.

20. Toda la doctrina consignada respecto del juego es aplicable al contrato de apuesta.

§ 3.º

Principios y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de DECISIÓN POR SUERTE.

21. *Es la decisión por suerte un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, por el cual dos ó más personas se convienen en que un asunto entre ellas cuestionado se resuelva por la suerte.*

22. Es *principal* porque las cuestiones á las que se ha de aplicar este procedimiento no son ningún contrato anterior y si sólo un hecho que puede ser muy variado, al cual se refiere la aplicación del contrato; es *consensual* ó puede serlo siempre que no tenga formas especiales establecidas para determinar las aplicaciones que se indicarán; es *bilateral* por la reciprocidad y condicionalidad mutuas de las obligaciones de los contratantes; es *oneroso* porque todos ellos han de aceptar las consecuencias del resultado de la suerte; y ésta, por lo mismo que puede ser decisiva en los asuntos sometidos á ella, cabe que tenga cierto carácter de gravamen para los contratantes, y es *aleatorio* porque la característica del contrato consiste en el azar.

23. La *utilidad* de este contrato es evidente cuando no se abusa de su aplicación y se limita á los casos en que es imposible la práctica de otro criterio.

24. Su origen puede ser *convencional* ó *legal*, según que, atendidas las circunstancias de lugar y la índole de las diferencias entre los contratantes, hayan de resolverse por la suerte y sin que la ley preceptúe el uso de este medio, las partes libremente lo establezcan, fijando sus reglas, que serán la ley del contrato en aquel caso y tendrán toda la eficacia debida, siempre que no contraríen los principios generales de la contratación, ó según que no sea su celebración obra del arbitrio de las partes, sino producto emanado directamente de la ley.

Al primer grupo corresponden los variados casos en los que, en testamentarias, litigios transigidos, comunidad de bienes disuelta, sociedad, etc., los interesados establecen lotes distintos y principios para su sorteo entre ellos.

Al segundo pertenecen casos, como en los que la ley de Enjuiciamiento civil (1) adopta este procedimiento para la designación de pe-

(1) Arts. 616 y 1.063.

rito tercero, por falta de conformidad de las partes ó, por ejemplo, aquel en el cual, la de Partida (1), en el caso de legar un testador una de sus cosas, dejando á dos personas la elección por no haber entre ellas avenencia, previene que el Juez aplique la *decisión por suerte*, «e aquel á quien cayere la suerte, déuela escoger e auer».

25. Determinan la *perfección* de este contrato, respecto de los *elementos personales, reales y formales*, las reglas generales de la contratación en los casos de decisión por suerte de carácter *convencional*; y en los de decisión por suerte de carácter *legal*, estos mismos principios sometidos á las prescripciones generales de la ley en aquel caso.

26. Su *contenido* se reduce al derecho y á la obligación de hacer pasar y de someterse, respectivamente, al resultado de la decisión por suerte.

27. Su *consumación* se refiere al cumplimiento *extrajudicial ó judicial*, bien por el ejercicio de la acción *ex stipulatu*, bien por el cumplimiento, que por el ministerio de la ley tenga, según las reglas de la misma, sobre todo en los casos de *decisión por suerte* de carácter *procesal*.

En cuanto á la *extinción* de este contrato, no hay ninguna otra especialidad de que hacer aquí mención separada.

§ 4.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

28. DEL CONTRATO DE JUEGO.—Es impertinente la cita, como infringida, por la sentencia que manda pagar la cantidad adeudada, de las leyes 8.ª, 9.ª y 15 en su párrafo 8.º, tít. 23, lib. XII de la Nov. Rec., porque en ellas sólo se habla de los juegos prohibidos y de la cantidad que puede jugarse en los permitidos, y se prohíbe hacerlo á crédito ó al fiado, relevándose además á los jugadores y á sus fiadores de la obligación de pagar lo que pierdan en este último concepto si el demandante no jugó con el demandado, á juicio de la Sala, ni por consiguiente pudo ganarle cantidad alguna (2).

(1) L. 26, tít. 9, Part. VI

(2) Sent. 23 Junio 1873.

ART. II.

CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º

Texto.

29. DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA.

Art. 1.798. La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite ó azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, á no ser que hubiese mediado dolo, ó que fuera menor, ó estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.

Art. 1.799. Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable á las apuestas.

Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.

Art. 1.800. 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 á pie ó á caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.

Art. 1.801. El que pierde en un juego ó apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente.

La autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego ó en la apuesta sea excesiva, ó reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

30. CONTRATO DE JUEGO.—Aplica rectamente los artículos 1.257, en su párrafo 1.º, 1.790 y 1801 del Código, la sentencia que, dando valor y eficacia á una apuesta habida entre dos personas, obliga á que se cumpla la promesa ó estipulación nacida de aquel contrato, y expresamente aceptada, de invertir el importe de la misma en un billete de la lotería en beneficio de los presentes, dando á todos opción y derecho, en la parte convenida, al premio obtenido por dicho billete y condenando al pago de la misma (1).

En el caso de ser aplicable el Código civil á diversas operaciones de Bolsa, no sería de estimar la infracción del art. 1.798 del mismo, por el fallo que condena al pago del saldo de varias de aquéllas no publicadas, si la Sala sentenciadora declara su certeza, con lo que rechaza el supuesto de que representen un

(1) Sent. 6 Octubre 1893.

juego de azar, y contra esta apreciación de prueba no se alega error alguno de hecho ó de Derecho, ni se invoca para la casación del mencionado fallo el número 7.º del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

§ 3.º

Explicación.

31. La ley civil, concordante con la penal que prohíbe, según hemos dicho (2), los juegos de suerte, envite ó azar, no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de esta clase; ó lo que es lo mismo, no reconoce á la obligación contraída el carácter de *civil* ni de *mixta*, pero sí el de *natural*, puesto que niega la *conditio indebiti* á todo el que, habiendo perdido en un juego de suerte, envite ó azar, ha pagado *voluntariamente* lo que perdió, lo cual no podrá repetir á no ser que hubiese mediado dolo, fuera menor ó estuviere inhabilitado para administrar sus bienes; siendo aplicable igual criterio legal, en cuanto á la prohibición y efectos indicados para el contrato de juego, á los de las apuestas que tengan analogías con los juegos prohibidos (arts. 1.798 y 1.799).

El Código se ha creído en el caso de hacer objeto de precepto expreso la declaración de que no se consideran prohibidos los juegos que tengan por objeto un fin de ejercicio físico, como los que menciona en el art. 1.800 (3) y otros de análoga naturaleza.

Lo perdido en juegos ó apuestas no prohibidas deja obligado *civilmente* al que lo perdió; pero el Código restringe los efectos de esta declaración con un precepto plausible, por inspirarse en un deseo prudente, aunque no ajeno á peligros de aplicación en la práctica, por ser de índole excesivamente discrecional, y aun esencialmente injusto, en cuanto que, por acción tutelar del Estado, se desconoce y contradice el *jus abutendi*, que, sin ofensa del derecho ajeno, tiene todo propietario, cual es el de que la autoridad judicial puede, sin embargo, en los casos de los juegos lícitos, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruza en el juego ó en la apuesta es excesiva, ó reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia (art. 1.801).

Como se ve, se ha prescindido ya del criterio taxativo de las leyes Recopiladas, acerca del tanto del juego y de la cantidad total que en

(1) Sent. 19 Febrero 1896.

(2) Núms. 11 y 12 de este Cap.

(3) Inserto en el § 1.º de este Art.

los lícitos podía cruzarse, y adoptado este otro temperamento, que, si inspirado en un deseo tutelar y hasta paternal, cuyo bondadoso propósito no es posible desconocer, es completamente extraño y fuera de la legítima esfera de acción del Estado, y de los Tribunales en su nombre, constituyendo un criterio al fin arbitrario, cuya ineficacia puede anticiparse, desde luego, así como que una vez más se habrá acreditado que la gran cuestión social y moral del juego se sustrae, por su especial naturaleza, á la influencia directa que las leyes pretenden ejercer sobre ella.