

como está presentado en lugar del que nombraría el diligenciarlo debe presentar las mismas garantías; está, pues, sometida á la responsabilidad general del art. 1137 y no á la excepcional del art. 1927; esto resulta de la naturaleza misma del contrato y de la intención de las partes contratantes. (1)

191. Hay un segundo caso en el que, según el art. 1961, 3.º, la justicia puede ordenar el secuestro: es cuando un deudor ofrece cosas para su liberación. Cuando el deudor debe una suma de dinero la intervención del juez no está requerida; trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*. Si debe un cuerpo cierto y determinado y que el contrato no indique el lugar en que deba hacerse el depósito, el deudor debe dirigirse á la justicia. El juez concederá en este caso la autorización de depositar la cosa en manos de la persona que designará (art. 1264). Esta persona será un depositario judicial; se le aplicará, pues, el artículo 1963 en lo relativo á sus derechos y obligaciones.

1 Pothier, *Del depósito*, núm. 96.

TITULO XIII.

(TITULO XII DEL CODIGO CIVIL.)

DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS.

CAPITULO I.

NOCIONES GENERALES.

192. El art. 1964 define el contrato aleatorio en los siguientes términos: "Es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto á las ganancias ó pérdidas, ya sea para todas las partes ó para una sola ó para varias, dependen de un acontecimiento inseguro." Hay otra definición en el artículo 1104 que define el contrato *commutativo* y el *aleatorio*: "Es *commutativo* cuando cada una de las partes se compromete á dar ó á hacer una cosa que se considera equivalente á lo que se le da ó se hace por ella. Cuando el equivalente consiste en una suerte de utilidad ó de pérdida para cada una de las partes, según un acontecimiento inseguro, el contrato es aleatorio." Ambas definiciones difieren. La del art. 1104 parece exigir, para que el contrato sea aleatorio, que haya una suerte de ganancia ó de pérdida para cada una de las partes; mientras que, según el art. 1964, el contrato es aleatorio cuando los efectos, en cuanto á uti-

lidad ó pérdida, dependen de un acontecimiento inseguro, *ya sea para todas las partes, ya por una de ellas*. ¿Cuál es la mejor de estas definiciones? La cuestión está muy controvertida, aunque de pura teoría: aunque se admitiera, y esta es nuestra opinión, que la definición del art. 1104 es buena, no por eso dejaría de ser verdad, hablando legalmente, que el contrato es aleatorio en virtud del art. 1964, aunque no hubiera suerte de ganancia ó pérdida más que para una de las partes.

Hay que ver, ante todo, cuál es el sentido del art. 1964. Los autores del Código han tomado esta disposición en Pothier. Según él hay dos especies de contratos aleatorios. El primero, cuando sólo una parte contratante se expone á un riesgo en provecho de la otra, la cual se obliga á pagarle el precio de este riesgo, sin que por su parte se exponga al riesgo. Tal es el contrato de seguro. Sólo hay una de las partes, el asegurador, que se cargue con el riesgo del asegurado. En la otra parte, el asegurado se obliga á pagar la prima que es el precio de este riesgo, pero sin que se exponga él mismo al riesgo.

En la segunda clase de contratos aleatorios cada parte se encarga recíprocamente de un riesgo que es el precio de que se encarga la otra. Tal es el contrato de renta vitalicia. El acreedor rentista corre el riesgo de no recibir nada ó casi nada por el capital que ministró al deudor rentista si llega á morir poco después del contrato; este riesgo que corre el acreedor rentista es el precio del que corre, por su parte, el deudor rentista en pagar al acreedor rentista el doble ó triple del precio de esta cosa si el acreedor rentista tiene larga vida. Pothier agrega que el contrato de juego es de esta segunda clase.

Sólo hay dificultad para el contrato de seguro. Pothier acaba de decirnos en qué sentido el asegurador solo corre un riesgo mientras que el asegurado no corre ninguno. El

asegurado no corre ningún riesgo y debe agregarse, con los autores modernos que siguen la opinión de Pothier, que el asegurado no tiene ninguna suerte de ganancia. Desde el momento del contrato su situación queda fijada: su obligación consiste en pagar la prima, y la paga haya ó no siniestro. Si no lo hay habrá perdido todas sus primas durante largos años. Si sucede un siniestro recibe una indemnización: ¿Quiere decir esto que gane? Nó, pues no está más rico que antes: todo cuanto puede decirse es que dejó de perder.

En nuestro concepto esta doctrina es más sutil que verdadera. Hay para el asegurador como para el asegurado suerte de pérdida y de ganancia. Que el asegurado tenga una suerte de perder todos lo admiten, puesto que en la opinión contraria á la nuestra se sostiene que su pérdida es segura. Pero se contesta que tenga una suerte de ganancia. Nosotros decimos que gana cuando sucede un siniestro, pues recibe una indemnización mucho más fuerte que la prima que pagó; su utilidad es más ó menos grande según que el siniestro sucede poco ó mucho tiempo después del contrato; esta es la suerte que corre. Se pretende que la indemnización que recibe no es una ganancia; no se enriquece, dicen; deja de perder. Aquí está la sutileza, según nos parece. Por el siniestro el asegurado pierde; quizá perdió cuanto tenía, una casa, una fábrica. ¿Cuando pierdo 100,000 francos y que esta pérdida está compensada por la indemnización que recibo se dirá que no gano nada? Vuelvo á ganar lo que acabo de perder, y mi ganancia es enorme, pues por una débil prima que pagué durante un año el asegurador me paga una indemnización de 100,000 francos. Tengo, pues, una suerte de ganancia consistente en esto: es que en caso de siniestro la pérdida que sufriría sería compensada mediante una prima más ó menos grande. Ni siquiera es exacto decir que desde que el contrato está fijado

mi situación es inmutable; la cifra de la prima está fijada, pero no se sabe cuántos años la pagaré, suponiendo que suceda un siniestro; puede ser un año, pueden ser cincuenta. Mi pérdida no es, pues, segura. Tengo, por consiguiente, una suerte de perder más ó menos, puesto que puedo recibir mi indemnización de 100,000 francos después de haber pagado durante cincuenta años ó después de haber pagado sólo un año. Esto es una suerte de la que no se tiene cuenta en la opinión que combatimos. (1)

193. El art. 1964, después de haber definido el contrato aleatorio, agrega: "Tales son el contrato de seguro, el préstamo, el juego y la apuesta, y el contrato de renta vitalicia. Los dos primeros están regidos por las leyes marítimas." Al atenerse á esta última disposición se podía creer que sólo hay seguros marítimos; todo el mundo sabe que hay seguros terrestres de tanta variedad que podía decirse indefinida, puesto que cada día se hacen nuevas aplicaciones á suertes que no faltan en las relaciones civiles. Las más usuales de estas aplicaciones existían ya cuando la redacción del Código Civil; el legislador hubiera, pues, debido establecer reglas para los seguros terrestres como estableció unas para los seguros marítimos; esto es un vacío. No hay ley relativa á los seguros contra el incendio, que se hacen cada día más frecuentes, ni para los demás seguros, cuyo número va igualmente crecido. En el silencio de la ley hay que ocurrir á los principios generales que rigen las obligaciones convencionales, como se hace para los contratos innominados; y legalmente el contrato de seguro civil es un contrato innominado, puesto que el Código no lo prevee ni marca ninguna regla para él. En cuanto á los seguros marítimos se rigen por el Código de Comercio, cuyas disposiciones se invocan por analogía en los debates que se suscitan

1 Mourlón según Delvincourt, t. III, p. 242, núm. 1075. En sentido contrario Pont, t. I, p. 262, núm. 575 y los autores que cita.

acerca de los seguros terrestres. Limitándose nuestro trabajo al Código Civil hacemos á un lado los seguros terrestres ó marítimos. (1)

194. El art. 1964 coloca entre los contratos aleatorios el juego y la apuesta. Esta disposición ha dado también lugar controversias sin fin. Se pregunta si el juego y la apuesta son realmente unos contratos; es decir, unos contratos civiles; ó si sólo engendran una obligación natural, ó si son ilícitos del todo. Ya hemos en otra parte contestado á estas preguntas en el título *De las Obligaciones*. En nuestro concepto, y esta es la opinión general, el juego y la apuesta no producen más que obligaciones naturales, salvo el caso en que por excepción la ley concede una acción por deudas de juego. Esto implica que en principio el juego y las apuestas no son contratos civiles. Los últimos autores que han escrito sobre esta materia sostienen, al contrario, que el juego y la apuesta son contratos civiles. Como se prevalecen de esta nueva teoría para deducir consecuencias jurídicas nos vemos precisados á combatirla.

El Código Civil, se dice, no prohíbe el juego como el derecho romano; lejos de esto lo eleva al rango de contrato civil; en efecto, trata de él en el título *De los Contratos Aleatorios*, contratos que, seguramente son civiles, y lo pone en la misma línea que el contrato de renta vitalicia y los contratos de seguros marítimos y de préstamos aventureros (art. 1964); todos estos contratos tienen la misma naturaleza; si unos son civiles no se puede contestar que el juego y la apuesta lo sean igualmente. (2) El argumento del texto es de extrema debilidad. Al colocar el juego y la

1 Hay varios tratados sobre la materia de seguros. Véase Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. V, p. 19, nota 1.

2 Pont, *De los pequeños contratos*, t. I, p. 278, núm. 603. Pilette, en la *Revisita práctica*, t. XV, ps. 441 y siguientes. Pont cita también una consulta de Coin-Delisle.

apuesta en el número de los contratos aleatorios y, por consiguiente, entre los contratos civiles, ¿el art. 1964 entendió decir que el juego y la apuesta son siempre contratos civiles? No es el art. 1964 el que decide la cuestión, son los arts. 1965-1967 los que fijan la materia. ¿Y qué dice el primero de estos artículos? «La ley no concede ninguna acción por una deuda de juego ó el pago de una apuesta.» Esta es la regla para el juego y la apuesta en general. ¿Será negando toda acción á los que juegan ó apuestan como el legislador elevó sus convenciones al rango de contratos civiles? ¿No es de la esencia de un contrato dar acción á las partes contratantes? Un contrato que no da acción no existe para la ley civil; ¿y se quiere que estos sean contratos civiles? El art. 1966 dice que, por excepción, hay juegos por los cuales la ley concede una acción. Tales son los juegos que el art. 1964 pone en la línea de los demás contratos aleatorios; y por esto es que el legislador pudo lógicamente tratar del juego en el título *De los Contratos*; pero esto sólo es verdad por excepción; y es bastante mala lógica transformar la excepción en regla cuando la regla formulada por el art. 1965 dice todo lo contrario de lo que se le hace decir.

El espíritu de la ley es tan evidente como el texto. ¿Qué dice Pothier, guía habitual de los autores del Código Napoleón? Distingue el fuero exterior y el fuero de la conciencia. La ley niega toda acción á los que juegan; esto es decir que la ley quita toda ejecución de sus convenciones en el fuero exterior. Pero como el juego no contiene en sí nada ilícito, el contrato no deja de existir en el fuero de la conciencia. Esta obligación, que sólo tiene efecto en el fuero interno, es lo que se llama una obligación natural. Según el Código debe irse más allá; el juego, así como todas las obligaciones naturales, produce un efecto en el fuero externo; según el art. 1967 el que pierde no puede repetir lo que

tiene voluntariamente que pagar; tal es también el efecto que el art. 1237 liga á las obligaciones naturales. Esta es la teoría de Pothier y la del Código; no es seguramente la teoría de los contratos civiles. (1)

Llegamos á los trabajos preparatorios, de los que no se hace caso en la opinión que combatimos. Para explicar el art. 1965, que niega toda acción á las deudas de juego, el Orador del Gobierno dice, en la Exposición de los Motivos, que se trata en vano de buscar una causa de los compromisos contraídos por los jugadores; no se encuentra ninguna. (2) ¿Y qué es una convención que no tiene causa? El artículo 1131 contesta que la obligación sin causa no puede tener ningún efecto. Esto es decir que el juego no existe á título de contrato, ¿y un contrato inexistente sería un contrato civil? La cuestión no tiene sentido.

El Relator del Tribunado profesa la misma doctrina, pero es más severo. Pregunta si el juego y la apuesta son causas lícitas de obligaciones, y contesta: el juego no es una causa lícita de obligación porque no es necesario, no es útil y es extremadamente peligroso. (3) La aplicación conduce á la misma consecuencia jurídica, pues el art. 1131 dice de la causa ilícita lo que dice de la falta de causa: la obligación con causa ilícita no puede tener ningún efecto. Esto es decir enérgicamente que el juego no es un contrato, pues no existe para la ley.

Duveyrier, el Orador del Tribunado, es aún más severo; trata el juego de monstruo antisocial; bien que afecte la cara y manera de un contrato, el juego no merece sin duda la protección que la ley concede á los contratos ordinarios. «Hablo de la ley civil, dice Duveyrier, que sólo se ocupa del juego bajo la pretendida relación entre sus locas conven-

1 Pothier, *Tratado del contrato de juego*, núm. 55.

2 Portalis, *Exposición de los motivos*, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 342).

3 Siméon, *Informe* núm. 4 [Loché, t. VII, p. 349].

ciones y la liga legítima de un compromiso recíproco. Y á este respecto la ley civil sólo debe *despreciarlo, desconocerlo, negarle su apoyo.*" (1) Así la ley no conoce el juego, lo ignora. Esto es decir, en términos algo excesivos, que el juego no es un contrato para con la ley civil.

195. El Código sólo trata de dos contratos aleatorios, el juego y la renta vitalicia; en cuanto á la apuesta se confunde con el juego; el juego y la apuesta, dice el Orador del Tribunalado, producidos por las mismas causas, dirigidos por el mismo motivo, están sometidos á las mismas reglas. A decir verdad el juego es una especie de apuesta. Ya hemos dicho que el Código no habla del más usado de los contratos aleatorios, el contrato de seguros. Los contratos aleatorios son muy numerosos. Duveyrier cita la venta de la nuda propiedad de un inmueble: el vendedor y el comprador tratan por suerte en la duración insegura de la vida del usufructuario. Lo mismo sucede con la venta de una herencia cuando el objeto de la venta es el derecho incierto del vendedor en una sucesión: vende al comprador una suerte. No trataremos, como lo hacen todos los autores, más que de los contratos aleatorios previstos por el Código Civil.

1 Duveyrier, Discurso núm. 3 (Loché, t VII, p. 354).

CAPITULO II.

DEL JUEGO Y DE LA APUESTA. (1)

§ I.—PRINCIPIO.

196. "La ley no concede ninguna acción por deuda de juego ó para el pago de una apuesta" (art. 1965). Portalis expone largamente los motivos por los que el juego no produce ninguna acción; es decir, no es un contrato civil. (2) Cuando el juego sólo es un pasatiempo nada tiene de ilícito, pero los recreos no son del resorte de la ley y de la justicia; en este sentido Pothier dice que los jugadores bien pueden lícitamente recibir sumas módicas que ganan divirtiéndose, pero estos juegos inocentes no pueden dar acción en justicia. Si la ley consagra los contratos y los coloca bajo la protección de la justicia la razón es que las convenciones son necesarias al hombre para que pueda procurarse las cosas sin las que la vida física, intelectual y moral sería imposible; con este título el juego no merecía seguramente un lugar en el Código. Cuando el juego toma importancia por razón del monto pecuniario de los compromisos que contraen los jugadores ya no es una distracción, es la pasión

1 Fuentes: Pothier, *Tratado del contrato de juego*. Troplong, *De los contratos aleatorios*, París, 1845, 1. vol. en 8.º, Pont, *De los pequeños contratos*, t. I (París, 1863).

2 Portalis, Exposición de los motivos, núm. 7 (Loché, t. VII, p. 42). Pothier, *Del juego*, núm. 50.