

por el momento, el que perdió no puede pagar. El portador, dice la Corte de Casación, no pudo, al transmitir el vale á un tercero, cambiar la causa y la naturaleza de la obligación contraída hacia él. Síguese de esto que el subscriptor conserva el derecho de oponer al tercero tenedor la excepción que podía oponer al portador primitivo cuando aquel conoce el origen de la deuda. (1) Si está obligado á pagar al tercero tenedor de buena fe es únicamente por razón de su buena fe, pero conservando su derecho de oponer la inexistencia de la deuda tiene el derecho de poner en causa al portador primitivo y de pedir para con éste la nulidad de los vales suscritos, probando que dichos vales están sin causa ó que se fundan en causa ilícita. Al poner al ganancioso en causa el subscriptor no ejerce la acción de repetición de lo pagado voluntariamente, pues no pagó su deuda si tuvo que pagar al portador del vale; esto nada tiene de común con la deuda de juego, ésta permanece lo que era: una deuda sin causa ó con causa ilícita. (2)

205. La acción que el tercero portador de buena fe tiene contra el subscriptor de la letra hace nacer otra cuestión. Para no exponerse á tener que pagar el subscriptor estaría interesado en reclamar la restitución de las letras contra el ganancioso: ¿tiene el derecho? Se ha juzgado que el que pierde puede reclamar la restitución de las letras y que aun puede exigir garantía para las que están ya en circulación. Acerca del primer punto no se podría dudar. Las letras suscritas por el que pierde son el reconocimiento de una deuda que no existe; el que gana, que es á quien se le entregan, no tiene, pues, ningún derecho, y como podría abusar negociándolas el que pierde tiene interés y derecho en

1 Véase sobre este punto la sentencia de denegada de 30 de Noviembre de 1826 (Daloz, en la palabra *Juegos y Apuestas*, núm. 36).

2 Casación, 12 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 1, 180). En el mismo sentido Angers, 24 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 2, 211) y Montpellier, 17 de Enero de 1868 [Daloz, 1870, 1, 258].

pedir la restitución. En cuanto á la garantía por punto de los vales que circulan nos parece que la acción es prematura; sería una acción por punto de un derecho que no está abierto, que tal vez no se abrirá jamás, y nuestras leyes no conocen estas acciones; cualquiera demanda judicial debe apoyarse en un derecho nacido y cierto, al menos en cuanto á su existencia.

206. Las letras suscritas por el que pierde enuncian generalmente una falsa causa. De aquí las dificultades de prueba que hemos examinado en el título *De las Obligaciones* (t. XVI, núms. 169 y 175) al tratar de la prueba. (1)

*Núm. 2. De la excepción de pago voluntario.*

207. El art. 1967 dice que en ningún caso el que pierde puede repetir lo que voluntariamente ha pagado. Es la aplicación á las deudas de juego del principio que rige las obligaciones naturales. «La repetición no se admite para con las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas» (art. 1235). Por esto es por lo que las deudas de juego producen el mismo efecto que las obligaciones naturales y por lo que generalmente se les coloca entre las obligaciones naturales. Hay, sin embargo, una diferencia. Los autores del Código reproducen las deudas de juego por motivo de que el juego, cuando tiene por objeto la ganancia, es contrario á las buenas costumbres y al orden público. En este sentido las deudas de juego son obligaciones de causa ilícita, y estas obligaciones no excluyen en principio la repetición de lo que ha sido pagado. El interés público parece, al contrario, exigir que el juego no aproveche nunca al que gana; permitirle conservar lo que el que pierde le ha dado ¿esto no es indirectamente proteger á los jugadores y el juego? Hubiera sido más lógico en este orden de ideas dar al que pier-

Aubry y Rau, t. IV, p. 576, nota 13, pfo. 386. Pont, t. I, p. 315, número 639.



de una acción en repetición. El Orador del Tribunado, que califica el juego de monstruo antisocial, se encuentra turbado y titubea cuando se trata de justificar la disposición del art. 1967 que permite á este monstruo guardar lo que ha sacado de la pasión del que pierde. Dice que la restitución lastimaría el derecho de propiedad. El propietario tiene el derecho de usar y de abusar, puede disipar en locuras todo lo que tiene; la ley civil respeta las locuras que comete, salvo cuando la ponen bajo consejo judicial; pero mientras conserva su capacidad completa no le permite pedir la restitución de lo que ha gastado locamente; la consecuencia lógica de este poder absoluto del propietario, dice Duveyrier, es que el que pierde no puede repetir lo que ha pagado. "Lo que ha perdido y pagado en el juego lo puedo perder en cualquiera otra operación inconsiderada, hubiera podido darle." El argumento nos parece ser malo. Duveyrier olvida que la ley no da libertad completa á las personas que juegan; si son libres para tirar su dinero por la ventana no lo son para jugarlo dando al que gana una acción contra el que pierde; en este sentido el juego aunque no sea una deuda, es, sin embargo, un hecho ilícito, y la libertad del propietario no llega hasta cometer actos ilícitos.

Duveyrier da aún otra razón para justificar la disposición del art. 1967. Dice que "el que pierde paga aunque sepa que no debe, obedece á su conciencia, que sería difícil callar á cierta delicadeza que no se podría condenar á la equidad natural que siempre impone una exacta reciprocidad." (1) Nuestra contestación es siempre la misma. Si es verdad que el juego está reprobado porque ataca las buenas costumbres y el interés social los jugadores están en su derecho para invocar su conciencia y para obrar conforme á los sentimientos más honorables, sin duda, pero que en el caso acababan por contrariar indirectamente una ley de orden pú-

1 Duveyrier, Discurso núm. 4 [Loché, t. VII, pá. 354 y siguientes].

blico. El derecho de la sociedad debería, pues, prevalecer.

208. La ley no valida toda especie de pago; para que no dé lugar á la repetición es preciso que el que pierde haya pagado *voluntariamente*. ¿Cuándo el pago es voluntario? Acerca de este punto, nos trasladamos á lo que fué dicho acerca del art. 1235 en el título *De las Obligaciones*; el principio es idéntico (t. XVII, núm. 26).

209. El art. 1967, después de haber dicho que en ningún caso el que pierde puede repetir lo que voluntariamente ha pagado, añade: "Menos cuando haya habido dolo por la parte del que gana ó superchería ó fraude." Esta disposición no es más que la aplicación de un principio general de derecho. Es un antiguo adagio que el dolo hace siempre excepción aunque la ley no lo dice. No tiene necesidad de decirlo; el dolo vicia el consentimiento y la voluntad y, por consiguiente, vicia todo hecho jurídico en que interviene la voluntad. El que pierde paga por delicadeza, por un rasgo de pundonor; esto supone que el juego está considerado como honorable. Si antes del pago el que pierde hubiera sabido que fué víctima de un timo ó de un engaño, ciertamente es nulo porque está viciado por el dolo y el error. El que pierde tiene, pues, el derecho de pedir la nulidad del pago y, por consecuencia, reclamar la restitución de lo que ha pagado. (1)

210. La ordenanza de 1566 daba á los menores el privilegio de restitución que rehusaba á las personas capaces de contratar. Bajo el imperio del Código el privilegio de los menores se convirtió en el derecho común. Los menores, como todos los incapaces, están, además, protegidos por su incapacidad. Incapaz para contratar el menor es, con mayor razón, incapaz para jugar. Sucede lo mismo con la mujer casada incapaz de hacer ningún acto jurídico sin auto-

1 Duveyrier, Discurso núm. 5 [Loché, t. VII, p. 355].



rización marital. Sin embargo, la pasión del juego, para decir mejor, la riqueza que en él se busca, aprovecha á las mujeres, ¡juegan en la Bolsa! Las consecuencias de sus compromisos han dado lugar á procesos que se han llevado hasta la Corte de Casación. Nos debemos detener aquí: esto es, al mismo tiempo, un rasgo de costumbres y una lección de derecho.

211. Una mujer casada bajo el régimen de comunidad encarga á un corredor de operaciones de compra y venta de valores de la Bolsa, cuya cuenta fué liquidada después de muerto el marido. Había dejado en manos de su mandatario diversas sumas producidas por ventas serias á fin de cubrirlas en la serie de juegos que verificaba por su cuenta. Deudora en virtud de estos juegos, la mujer rehusó dejar que llevaran á su adeudo estas deudas como habiendo sido contraídas sin el consentimiento de su marido; reclamó, en consecuencia, la restitución de las sumas afectadas de las pérdidas que resultaron de estas operaciones; este pago anticipado no era más válido que las operaciones mismas en razón de su incapacidad. El primer juez desechó todas sus pretensiones y la decisión fué confirmada en apelación. La Corte contestó á la objeción sacada de que la mujer bajo la potestad del marido no había podido comprometer sin autorización los valores de la comunidad. «Era de notoriedad pública, dice la sentencia, que la mujer estaba encargada especialmente por su marido de administrar la fortuna mobiliaria de la comunidad; y resultaba de hecho y documentos de la causa que la autorización, al menos tácita, del marido, se extendía hasta la compra y venta de valores de la Bolsa, las que su mujer podía hacer.»

Recurso en casación. La demandante se prevaleció de los errores escapados al primer juez y que la Corte se había apropiado adoptando los motivos de la sentencia. Apartamos este debate. Se trataba de saber si la mujer había po-

dido pagar válidamente al corredor encargado de las operaciones de Bolsa y si, por consecuencia, había pago voluntario en el sentido del art. 1967 excluyendo la repetición. La Corte sentó en principio que la autorización dada por el marido á su mujer puede ser tácita y que la sentencia atacada comprobaba que había habido autorización, al menos tácita; aquí hay un error de lenguaje. El marido que encarga á su mujer la administración de la comunidad con un poder que abarca las operaciones de Bolsa ficticia no da á su mujer la autorización de que ésta tiene necesidad para cubrir su incapacidad, le da un mandato; no habría lugar á la autorización sino cuando la mujer jugaba á la Bolsa por su cuenta propia. En derecho hay dos cuestiones: ¿puede el marido mandar á su mujer girar la comunidad y aun hacer operaciones de Bolsa? La afirmativa es cierta. Como también que el mandato, como tal, puede ser tácito. La consecuencia era evidente en el caso. La mujer podía, como mandataria del marido, jugar á la Bolsa; estos compromisos eran nulos á título de juego, pero el pago voluntario hecho por la mujer á nombre de su marido y como mandatario era válido; por consecuencia, no había lugar á la repetición. (1)

Distinta es la cuestión de saber si el marido puede autorizar á la mujer para jugar en la Bolsa por su propia cuenta; lo que supone que posee valores muebles en los que tiene derecho de disponer con la autorización marital. La negativa nos parece cierta: la autorización marital fué establecida para garantía de la incapacidad de la mujer; supone que después de la entrega el marido aprueba el acto jurídico que la mujer se propuso hacer como siendo útil á la mujer y á la familia. Se necesita, pues, que se trate de una convención seria, lo que excluye el juego que la ley reprueba como una convención ilícita, y si el marido no puede

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1865 [Dalloz, 1866, 1, 112].



autorizar á su mujer á que juegue menos puede autorizarla á pagar una deuda de juego. Lo que hace la cosa evidente es que con la negativa del marido la mujer puede dirigirse á la justicia; y ¿se concibe á la justicia autorizando á la mujer á jugar en la Bolsa y á pagar las daudas que contrae en este juego?

212. ¿Una mujer separada de bienes puede jugar á la Bolsa sin autorización marital? Hemos citado una sentencia en este sentido en el título *Del Contrato de Matrimonio* (t. XXII, núm. 320). Conforme á lo que acabamos de decir la mujer separada de bienes jamás puede entregarse á estas operaciones tan peligrosas como inmorales. La capacidad de administrar no da el poder para cometer actos de disipación y de desorden. Y la autorización dada para hacer semejantes operaciones no se concibe ni en moral ni en derecho. En el caso se trataba también de saber si la mujer podía repetir las sumas que había pagado voluntariamente á su agente de cambio. Se invocaba contra ella el art. 1967. La Corte de Casación contestó que la ley valida el pago voluntario; esto supone que el pago tiene capacidad legal de querer, y la mujer casada, aunque separada de bienes, no tiene capacidad para pagar una deuda de juego; luego puede repetir lo que ha pagado.

213. El art. 1967 da lugar á dificultades más serias. El que pierde no puede repetir lo que voluntariamente ha pagado. ¿Cuándo se puede decir que hay pago? Las partes depositan su dinero en la mesa; ¿este depósito es un pago anticipado y como tal no está sujeto á la restitución? La cuestión está controvertida. Se admite generalmente que los arts. 1965 y 1967 son inaplicables en este caso, en el sentido de que suponen un juego, según la palabra; mientras que, en el caso, hay un juego al contado, un depósito de sumas que el que pierde debe pagar; este depósito es un pago condicional; cada una de las partes transmite á la otra la pro-

iedad de las sumas que deposita sobre la mesa; si las pierde la condición se realiza: el que gana es propietario y, por lo mismo, no se puede tratar de repetir contra él los dineros que han entrado á su patrimonio; esto sería despojarlo de su propiedad. Sucedería lo mismo si las apuestas hubiesen sido puestas en manos de un tercero: éste debería devolver la suma de que era depositario al que ganara, que se hacía propietario; no tendría el derecho de restituirla al depositante porque el depositante deja de ser propietario para que el que gana se convierta en propietario. (1)

Esta doctrina nos deja dudas. La consecuencia del principio está en contrariedad con él mismo. En efecto, resulta que toda convención de juego no es nula: el juego al contado sería válido y la ley anularía sólo el de á la palabra. Esta distinción no está ni el texto ni en el espíritu de la ley. El texto no prevee la dificultad: ¿se dirá que hasta esto para validar el juego al contado en virtud del principio de que todo lo que no está prohibido es permitido? A decir verdad la ley no prohíbe terminantemente el juego, se limita á rehusar toda acción á las deudas de juego. ¿Pero por qué no les concede acción? Porque el juego distrae del trabajo y conduce á la inmoralidad. ¿Es por casualidad el juego á la palabra menos inmoral que el de al contado? Hacer válido el juego al contado sería defender el juego y favorecerlo. Los jugadores comienzan siempre por jugar al contado pagando al momento lo que pierden, pero bien pronto sus recursos se agotan y el juego continúa á la palabra. El juego siempre es el mismo y no cambia de naturaleza; si la ley reprobaba el juego á la palabra debe también reprobár el de al contado.

El argumento jurídico por el que se quiere justificar el juego al contado es más sutil que verdadero. Si la ley vali-

1 Durantón, t. XVIII, p. 93, núm. 116. Pont, t. I, p. 330, núms. 637 y 658. Aubry y Rau, t. IV, p. 578, nota 20, pfo. 336.



da el pago voluntario de las deudas de juego es que supone que el pago se hace después que ha terminado el juego, cuando la pasión no anima á los jugadores; el que pierde y paga entiende salvar una deuda de honor. ¿Es esto mismo lo que pasa cuando los jugadores ponen su apuesta en la mesa ó la depositan en manos de un tercero? Nó, es en la excitación de la pasión por lo que hacen su depósito, no para pagar una deuda, no la tienen aún sino para hacer presente que es su voluntad pagar. Es, pues, una promesa de pago más que un pago. El pago supone una deuda y la deuda de juego no nace sino cuando el juego ha terminado; el pago anticipado y voluntario de una deuda de juego no se comprende. Pagar anticipadamente es pagar lo que no se debe, y se puede repetir lo que se ha pagado sin deberse; si la ley no admite la repetición es solamente cuando el deudor paga cuando todo se ha acabado y que tiene conciencia de lo que hace. (1)

No conocemos sentencia acerca de la materia. (2) Hé aquí la única especie que se ha presentado. Dos personas jugaban al billar y subscribieron antes letras de 1200 francos cada una que se entregarían al que ganara. ¿Es este un pago anticipado ó, como se dice, un juego al contado ó un juego á la palabra? En la especie no había duda; la entrega de una letra á la orden no es un pago, es una simple promesa de pago, y prometer pagar una deuda es jugar á la palabra. Luego si las partes no se hallan ya en los términos del artículo 1967 no hay pago; el portador de la letra ó del pagaré reclama el pago y á esta acción el que pierde puede oponer la excepción de juego. (3)

1 Troplong, *De los contratos aleatorios*, núms. 201 y 202. Mourlón, p. 431. 2.º, núm. 1079.

2 En materia de juegos de Bolea y de saldos dados á los agentes de cambio hay sentencias que deciden que no puede haber pago anticipado. Véanse más adelante.

3 Angérs, 13 de Agosto de 1831 [Daloz, en la palabra *Juegos y Apuestas*, número 14].

214. En los términos del art. 1243 el acreedor no puede ser obligado á recibir otra cosa que la que le es debida, pero es libre para aceptar; lo que se llama una donación de pago equivale al pago mismo: libera al deudor y el acreedor se hace propietario de la cosa como lo sería por una renta. Desde luego el art. 1967 es aplicable. El deudor puede dar en pago no sólo una cosa mobiliar ó inmobiliari sino también un crédito. Solamente las cesiones de los créditos están sometidas á ciertas formas que varían según la naturaleza del derecho cedido. Los créditos civiles son cedidos por vía de venta, esto es lo que el Código llama una cesión ó un transferimiento; el art. 1689 dice que entre el que cede y el cesionario la entrega se opera por la entrega del título; pero en los términos del del art. 1690 el cesionario no está en posesión, con relación á los terceros, más que por la nctificación de la translación por el deudor ó por una acta auténtica. Si el que pierde hace una cesión en estos términos ó condiciones es cierto que hay pago. El caso se presentó recientemente ante la Corte de Casación. (1) En el acta de cesión sedecía que el deudor, queriendo libertarse, había ofrecido á su acreedor que aceptaba varios créditos; el acreedor se hallaba en posesión de los títulos; la cesión había sido notificada á los deudores cedidos y el acreedor había recibido de los deudores abonos vencidos de la suma debida. Sin embargo, el deudor la pide la nulidad de la cesión como reposando sobre una causa ilícita. La Corte de Casación, después de haber recordado los hechos que mencionamos, decidió que *en esas circunstancias*, asimilando la cesión á un pago, las sentencia atacada había hecho una justa aplicación del art. 1967. La Corte dice: *en esas circunstancias*. Esta es una restricción que debe anotarse. Se trata de saber si la cesión es un pago voluntario en el sentido del art. 1967; toda cesión no basta, aunque válida entre el cedente y el cesio-

1 Denegada, 7 de Julio de 1869 [Daloz, 1871, 1, 203].