

7.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

Efectos de los préstamos otorgados a un jugador por el Casino

Comentario a cargo de:

JOAQUÍN RAMS ALBESA

Catedrático de Derecho civil (universidad Complutense de Madrid)

SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán

Asunto: Rectificación y modificación de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª sobre los efectos de préstamos efectuados a un jugador por el propio Casino.

Tratamiento de la legislación reguladora del juego en establecimientos autorizados como de legislación imperativa, en concreto de la prohibición de concesión de préstamos a los jugadores establecida en los artículos 10 del Real Decreto 444/1977, dictado en desarrollo de lo previsto en el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero, y 2, 1) de la Ley 34/1987, de 26 de diciembre puesta en relación con el artículo 6.3 del Código civil con el resultado de declaración de la nulidad de pleno derecho del préstamo.

La Sala admite que la nulidad de pleno derecho predicada por el artículo 6.3 del Código civil puede y debe producirse en los casos en los que la normativa imperativa contravenida no tenga carácter civil, en el caso claramente administrativa, y que hubiera debido tenerse en cuenta por el acto o contrato celebrado y del que se insta su nulidad de pleno derecho.

La Sala declara haber lugar al recurso y aplica al supuesto los efectos de la nulidad, tanto por la ilicitud del objeto del contrato, cuanto por su causa (artículos 1271, 1275, 1305 y 1306), así como por lo dispuesto en el artículo 1798 sobre negación legal de la acción para reclamar lo ganado en un juego de envite, suerte o azar.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008

Consecuencias de los préstamos otorgados a un jugador por el Casino

JOAQUÍN RAMS ALBESA

Catedrático de Derecho Civil (Universidad Complutense de Madrid)

Resumen de los hechos

La sociedad mercantil Casino de Zaragoza, S.A. interpuso una demanda ante el Juzgado de primera Instancia contra D. Jaime, solicitando se le condenase al pago de 10.000.000 ptas., más los intereses legales y las costas. En la misma exponía que el demandado era un cliente que visitaba con frecuencia las instalaciones de la actora y que, en ocasiones, adquiriría las fichas de juego mediante cheques, aunque a veces solicitaba que no se presentaran al cobro porque los pagaría, como así fue en algunas ocasiones. Estos hechos se repitieron con asiduidad, pero, al tratarse de un cliente habitual y supuestamente solvente, la empresa continuó aceptando cheques y pagarés, hasta un importe de 10 millones de las antiguas pesetas, que no fue abonado. El demandado continuó oponiendo excusas al pago, llegando a afirmar que había firmado los últimos pagarés después de que se emitiese una prohibición de entrada en el Casino.

Dichos pagarés se presentaban, unos contra una cuenta titularidad del demandado y otros contra una cuenta de la empresa de la que éste era representante legal. Con el fin de agilizar el cobro, la entidad demandante había ofrecido la condonación de una parte importante de la deuda, lo que pareció aceptado en un primer momento por el demandado, si bien no llegó a materializarse.

En los fundamentos de la demanda se precisaba que la acción ejercitada era “la acción causal que mi mandante detenta contra el demandado con base en la relación jurídico-obligacional que se estableció entre las partes con la *compraventa* de fichas de juego y por la falta de pago de las citadas fichas de juego”. Asimismo se afirmaba en la demanda que, si bien era cierta la existencia de una prohibición de entrada al Casino, la misma no había sido comunicada a la parte actora hasta después de la emisión de los pagarés.

El demandado se opuso a la demanda alegando que la entidad actora había pasado por serias dificultades económicas, llegando incluso a instar decla-

ración de suspensión de pagos, pareciéndole incomprensible que el crédito o préstamo concedido no se hubiera documentado o que la intervención de la suspensión de pagos en que incurrió no hubiera intentado cobrarlo. Alegaba igualmente falta de causa, puesto que el Reglamento de Casinos prohibía la concesión de préstamos para apostar, por lo que se daba una nulidad de pleno derecho, con arreglo al artículo 6 CC. Asimismo afirmaba la existencia de un vicio de voluntad, ya que la asiduidad no era normal, sino causada por el fallecimiento súbito de una hija, que le causó una alteración de su capacidad, a lo que coadyuvó la propia actuación de los dirigentes del Casino, disponiéndosele de forma totalmente gratuita de bebidas alcohólicas, copa tras copa, lo que anulaba totalmente su poder de decisión y su conciencia y voluntad. Todo ello le llevó –seguía afirmando el demandado– a una enfermedad psicológica y a una depresión que desembocó en una ludopatía, refugiándose en el juego y en la bebida. Hasta tal punto llegó la situación que su padre acordó con el Casino que se le prohibiera la entrada y se cursó la solicitud administrativa de autoprohibición. Además, reiteraba que éste pretendía cobrar unas deudas contraídas después de que se dictara la prohibición de entrada en el Casino.

Tras los trámites pertinentes, el Juzgado dictó sentencia en 26 de enero de 2000, declarando probado que los pagarés fueron entregados como medio de pago, unos contra cuenta de la cotitularidad del demandado y otros contra cuenta de la empresa de la que era el legal representante, pero que éstos carecían de antifirma, por lo que no obligaban a aquella, sino a quien los libró, según doctrina emanada de la misma Sala de 30 de enero de 1995. Igualmente consideró probado que las entradas del demandado al Casino fueron anteriores a la notificación a éste de la prohibición de entrar.

La sentencia afirmaba la existencia de una relación instrumental entre la adquisición de fichas para juego y el juego mismo, cumpliendo la entrega de las mismas contra un cheque la función de un préstamo, en la medida en que aquellas representan dinero y se entregan contra una orden de pago, que es el pagaré. Sin embargo, aplicando la doctrina contenida en las Sentencias de la misma Sala de 23 de febrero de 1988 y 30 de enero de 1995, se rechazaba que la prohibición de préstamos transformara en ilícito el juego, ya que la norma sancionadora administrativa establecía una sanción específica distinta de la nulidad.

Asimismo manifestaba la sentencia que, siendo el demandado representante legal de sociedad, acostumbrado al tráfico mercantil, resultaba muy extraño su comportamiento, realizando tachaduras y enmiendas para transformar, incrementando, las cantidades escritas en los mismos.

Como consecuencia de todo ello y considerando que la patología del demandado motivaba un comportamiento “desadaptativo, persistente y recurrente”, la sentencia estimó parcialmente la demanda, dado que no podía desestimarse por haberse legalizado el juego, condenando a D. Jaime al pago de 6.500.000 ptas., más los intereses legales.

Contra la misma el demandado interpuso un recurso de apelación ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, alegando falta de litisconsorcio pasivo necesario y reiterando los argumentos ya presentados en primera instancia.

En fecha 13 de noviembre de 2000 se dictó la correspondiente sentencia, la cual estimó en parte el recurso para reducir el importe de la obligación, por entender que no podía haberle pasado desapercibido a la parte actora la actuación irregular del demandado, si bien aceptaba los fundamentos de Derecho contenidos en la apelada, rechazando la falta de litisconsorcio pasivo por extemporánea y por ser innecesario demandar a la sociedad a cuyo cargo se habían librado los pagarés, ya que la única acción ejercitada había sido la causal. Se rechazaba igualmente la nulidad del contrato de juego fundamentada en la concesión de un préstamo prohibido, porque la única consecuencia sería una sanción administrativa. Por último, se señalaba que, aun admitiendo que la patología del demandado sí podría justificar la nulidad del contrato por falta del consentimiento, se rechaza, ya que no existe certeza de que no tuviera capacidad, puesto que del informe psicológico, emitido a instancia de parte, no se deducía la existencia de ludopatía; por el contrario, en él se indicaba que el demandado no presentaba rasgos de personalidad patológicos, sino que el hecho desencadenante de sus alteraciones ocurrió durante el periodo en que se generó la deuda.

En consecuencia, el tribunal de segunda instancia redujo el importe que el demandado debía abonar a la parte actora a 5.000.000 ptas.

El demandado interpuso contra esta sentencia un Recurso de Casación basándose en siete motivos: Primero: por infracción de la jurisprudencia sobre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Segundo: por infracción del artículo 10 del Decreto de 11 de marzo de 1977 en relación con el artículo 6.3 CC. Tercero: por infracción de los artículos 1261, 1262 y 1253 CC. Cuarto: por infracción de la Ley de Suspensión de Pagos. Quinto: por infracción de los artículos 94 y 95 de la Ley Cambiaria y del Cheque y del artículo 1214 CC. Sexto: por la autoprohibición del recurrente de entrar en Casinos de juego. Séptimo: por infracción de los artículos 1300, 1301 y 1302 en relación con los artículos 1262, 1265 y 1269, todos del CC.

Nombrado ponente, se decidió resolver el recurso sin celebración de vista y, teniendo en cuenta la existencia y contenido de sentencias anteriores de la Sala sobre la materia del recurso y de la deliberación entre los tres magistrados que formaban sala, se acordó suspender la votación y fallo y proponer al Presidente de la Sala que la decisión del recurso se atribuyera a todos sus magistrados, sometiendo su contenido a conocimiento del Pleno, que se celebró el día 19 de septiembre de 2008.

La sentencia se dictó en fecha 10 de octubre de 2008 y en la misma se estimaba el recurso, casando y dejando sin efecto la sentencia de segunda instancia

recurrida. Así mismo, el fallo revocó la sentencia de primera instancia de 26 de enero de 2000, desestimando totalmente la demanda interpuesta por la compañía mercantil Casino de Zaragoza y absolviendo al demandado.

COMENTARIO

Sumario: **1. Preliminar.** 1.1. Examen somero del fenómeno del juego desde la perspectiva jurídica que aporta la sentencia. 1.2. Repercusión en el ordenamiento jurídico civil de las denominadas técnicas administrativas de ordenación de las actividades privadas. 1.3. Aplicación de estos principios al juego organizado. **2. Examen del motivo de casación referente a la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario.** **3. Examen de la relación entre el Real Decreto 11 marzo 1977 y el artículo 6.3 CC.** 3.1. La solución en el caso controvertido. 3.2. La relación en el caso de la infracción y el artículo 6.3 CC. Rectificación de la línea jurisprudencial de la Sala. 3.3. Modificación de la línea jurisprudencial antecedente de la Sala sobre el juego. **4. Bibliografía.**

1. Preliminar

1.1. Examen somero del fenómeno del juego desde la perspectiva jurídica que aporta la sentencia

En una sociedad como la nuestra, proclive al dirigismo jurídico encubridor de una indefinible laxitud moral, hasta el punto de que es corriente pensar que todo aquello que no está expresamente permitido está prohibido (o se considera pecado), resulta arriesgado o, como mínimo, peligroso argumentar jurídicamente sobre las materias de juego y más sobre las prohibiciones generadas en torno a esta actividad. Las más de las veces las discusiones incluso las técnicas vienen precedidas del criterio personal y dan a conocer opiniones personales asimismo y no contenidos técnicos.

Esto es así, a pesar de que el Estado y las Comunidades Autónomas organizan juegos y apuestas en tal volumen económico y asiduidad temporal (¡todos los días de la semana y algunos dos o tres veces!) que, sin demasiado riesgo de equivocarse se podría tener a los promotores por entes favorecedores de la ludopatía de los ciudadanos.

También se sirven de estos juegos y apuestas otras organizaciones que se califican de entidades dedicadas a la beneficencia o de protección de personas con minusvalía que rivalizan en la organización de juegos de azar y apuestas y viven y se nutren de ellas. Aunque tal proceder no les impide señalar sin rubor alguno que el juego es un mal en sí mismo con consecuencias graves para el individuo que lo practica, su familia y la sociedad entera. Un derroche de coherencia.

Esta contradicción, pero operando a la inversa, aparece plasmada en la extraña regulación “del juego y la apuesta” en el Código civil (artículos 1798 a 1801). De la lectura atenta de los preceptos, redactados por personas que, como destacan eminentes filólogos, emplean la lengua española con gran precisión y belleza, en la disciplina que nos ofrecen se trata a los juegos de azar con una calculada indeterminación coincidente con toda la legislación europea del siglo XIX. [Sobre la discusión y origen de la indefinición y la negativa de la Comisión de Códigos a prohibir expresamente los juegos, véanse los Comentarios de GARCÍA GOYENA al capítulo dedicado al juego y la apuesta dentro del título “contratos aleatorios” y en concreto al artículo 1700 del Proyecto de Código civil de 1851].

Según el Repertorio de Concordancias de GARCÍA GOYENA (partidario decidido no sólo de la prohibición civil sino de la tipificación penal) sólo el Código civil prusiano declaraba en su tiempo expresamente prohibidos los juegos de azar y las apuestas y, en consecuencia, no solo no concede acción para reclamar lo ganado en el juego sino que al perdedor atribuye acción para repetir del ganador lo voluntariamente pagado.

Esta indeterminación conduce a negar acción para reclamar lo ganado al perdedor y también negársela a éste para repetir, en el caso de haber abonado la pérdida voluntariamente, conforme al modelo general europeo y contradiciendo los antecedentes romanos.

Ahora bien, sin manifestar una expresa prohibición, a lo más que se llega es a tratar los juegos y la apuesta como si estuvieran prohibidos (“no se considerarán prohibidos” interpretando a contrario el artículo 1800 CC.) y, con ello, la consecuencia inmediata de negar el derecho de repetición, salvo en los casos expresamente contemplados en el inciso segundo del párrafo único del artículo 1798 CC. (heredero directo del artículo 1700 del Proyecto de 1851).

De toda la literatura de contenido social de los siglos XVIII y XIX, que he tenido el gusto de leer, se colige que lo relevante es la sanción social no para los que juegan, ganen o pierdan, sino para aquellos que, perdiendo, no hacen honor a sus compromisos y se acogen a la falta de acción que se niega al ganador. No cabía esperar otra actitud en una sociedad bastante coherente que accedía a que los primeros servicios del Estado y las Arcas reales se nutriesen de las loterías que organizaban y de las concesiones otorgadas sobre casas públicas de juego.

La aparente contradicción que sufre el Código surge de la falsa necesidad (pues era inexistente y sigue siéndolo) de fomentar determinados juegos: los de habilidad en el uso de armas, carreras a pie o a caballo y el juego de pelota (¿) de los que se dice que ejercitan el cuerpo de los que juegan, pero no se dice nada de los que apuestan en los hipódromos, frontones y palestras que jamás fueron perseguidos.

En un sistema de doble o triple moral siempre resulta difícil encasillar aquellas actividades que, no estando estrictamente prohibidas, están mal vistas por las personas que forman opinión o la encauzan.

La honestidad al juego no le puede venir dada como resultado de adicionar a la actividad una finalidad benéfica (la lotería oficial no la ha tenido nunca), ni la deshonestidad puede derivarse de la posibilidad hipotética de que el juego comporte la ruina moral o familiar de la persona que lo practica, porque no siempre ni necesariamente ocurre así. Estas consecuencias predicadas por los bienpensantes suelen ser más claras y directas en el consumo de alcohol, por ejemplo, pero no se ha recurrido ni a la mano pública para llamar a la moderación ni se predica abiertamente la abstinencia. Además, la experiencia de las leyes secas nos hablan de resultados social y jurídicamente catastróficos.

Lo que preocupó a los legisladores de la codificación, en conexión absoluta con la sociedad de su época, era el *quantum* de lo que se podía perder en los juegos permitidos o incluso fomentables (?) y para los casos de exceso, aunque haya acción reconocida para cobrar a favor del ganador del juego, se cuenta con el remedio de la moderación judicial, según el paradigma de “los usos de un buen padre de familia”. Luego los probos ciudadanos, los que sirven para la construcción del paradigma, llegado el caso y en algunas ocasiones, juegan.

La combinación de la negación de la acción para reclamar en los juegos de suerte, envite o azar, con la negación de la acción de repetición para lo perdido y pagado voluntariamente en estos mismos juegos, así como de la concesión de acción para los juegos (y apuestas) reconocidos como socialmente beneficiosos, pero asociada esta acción a la posibilidad de moderación judicial, pone de manifiesto que nos encontramos en una sociedad en la que pueden convivir sin contradicción la costumbre social de jugar con criterios de moderación y la reprobación del exceso.

La disciplina de los juegos de suerte, envite y azar, y la de las apuestas, no se ha entregado libremente a los particulares entendiendo que se trata de actividades extrajurídicas al menos mientras éstas se desarrollen “limpiamente”, sin fraudes ni dolo (en estos casos deberían tratarse dentro del ámbito propio de la estafa), sino que las Administraciones encargadas del juego han mantenido marcadas diferencias, al menos desde la introducción de la Lotería Nacional por Carlos III, desde entonces, con cambios temporales de mayor o menor restricción, se han mantenido tres regímenes distintos (tal vez más) de juego. A saber, en primer lugar, el de la lotería y los juegos promovidos directamente por el Estado (ahora también por las Comunidades Autónomas), junto a éstos deben situarse los juegos destinados en función de aplicación de los beneficios: diversas loterías y apuestas de la ONCE, apuestas benéfico-deportivas (Quinielas) y otras semejantes; en segundo lugar, la de los juegos practicados en los garitos, casas de juego, Casinos y bingos (según las denominaciones de cada época) en relación con los cuales la regulación va desde la prohibición radical hasta la tolerancia

más abierta, con todos los grados intermedios que podamos imaginarnos, aunque casi siempre con estricta vigilancia de las administraciones fiscal y policial; y, por último el del juego celebrado estrictamente entre particulares, visto con desconfianza cuando no se mantenía la debida discreción propia “de los vicios tolerados” llegando en algunos momentos a la persecución policial.

Con el cambio político y la “transición”, la aparición legal de las casas de juego (bingos) y los Casinos ponen a prueba este alambicado discurso generado entre débiles equilibrios que acabo de exponer.

La apertura y la gestión de los establecimientos “autorizados” se somete, al menos en teoría, a severas inspecciones y controles que van desde la clase de juegos que se pueden practicar en ellos hasta la solvencia que debe mantener la entidad explotadora para cubrir las potenciales ganancias de jugadores o apostadores, así como el máximo que pueden poner en juego éstos en cada apuesta o tirada.

Estamos en presencia de una actividad privada libre sometida a autorización administrativa; es decir nos movemos en el ámbito del ejercicio del derecho previo, pues la legislación sobre el juego, o la licencia de apertura del Casino no tienen valor ni función constitutiva del derecho a jugar, ya sea como banquero o como simple apostante, cuyo contenido está reglamentado tanto por “códigos de conducta” (reglas del juego) cuanto por normas jurídicas respecto a la capacidad, ejercicio del derecho y facultades de los jugadores así como prohibiciones.

1.2. Repercusión en el ordenamiento jurídico civil de las denominadas técnicas administrativas de ordenación de las actividades privadas

Sin la menor duda el artículo 6 CC. fue pensado a partir de una proyección cuasi constitucional para la totalidad del ordenamiento jurídico español, y buena prueba de ello es que la mayor parte de los conceptos generales del Título Preliminar se han incorporado a la Constitución española y a las principales leyes orgánicas de desarrollo de la misma, singularmente, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Poder Judicial.

Sin embargo, en los números 3 y 4 del artículo 6 CC resulta clarísima la influencia de la mejor doctrina administrativista y de la ciencia de la Administración [enseñanza desarrollada a lo largo de todo el segundo tercio del siglo XX bajo la influencia inicial de JORDANA DE POZAS y tras él el magisterio de GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA, MARTÍN-RETORTILLO S. entre otros muchos y de dos generaciones de administrativistas que han creado amplias escuelas]. En concreto, el número 3 parte de tomar en cuenta la denominada actividad administrativa de ordenación de las incumbencias y ejercicio de actividades privadas por los ciudadanos particulares y, dentro del conjunto riquísimo de supuestos de éstas, interesan aquí en particular las técnicas de condicionamiento y de autorización.

Se trata, en el fondo, de frenar el frenesí intervencionista que desde las ideas de planificación del llamado socialismo real, los postulados del “New Deal” y la jerarquización y subordinación de las economías privadas a los objetivos fijados por los diversos tipos de Estados fascistas o corporativistas, se habían apoderado de las sociedades europeas; y de volver a un equilibrio entre la iniciativa de los particulares y las orientaciones contenidas en las planificaciones públicas.

El estudio de la técnica de autorización ya ocupó la mente de los estudiosos de la Administración del Estado liberal de finales del siglo XIX y en ella se configuraron dos tendencias que hoy permanecen vivas en la formulación de supuestos y en la previsión de efectos de estas intervenciones sin duda necesarias en unas economías que, para mantener el desarrollo generado a partir de la Revolución industrial, necesitan del concurso eficaz de las administraciones públicas, en tanto que garantes de la subordinación de los intereses particulares al interés general y del mantenimiento del orden público socioeconómico.

De una parte, contamos con la propuesta del italiano RANELLETTI, hecha pública en 1893. En ella se parte de que los ciudadanos se ven compelidos a ejercitar sus derechos subjetivos en diversos campos al entenderse por la ley que la administración debe velar para impedir que las actividades y negocios privados llevados a efecto en ejercicio de aquel derecho subjetivo entren en colisión antijurídica con otros intereses concurrentes de otros particulares o puedan alterar el orden público general y el orden económico en particular. Para ello los particulares quedan sometidos a la carga de obtener de la administración del ramo de que se trate un acto de consentimiento a partir del cual quede encuadrada la actividad, y ésta sometida a regulación. Sus dos efectos inmediatos son: primero, la emisión de un acto declarativo de la naturaleza y contenido del derecho subjetivo que se ejercita; y segundo, la verificación del carácter y condiciones de ejercicio no lesivo para los intereses generales que se tratan de salvaguardar. En RANELLETTI el *prius* y la fuerza de ser de la actividad autorizatoria reside en la preexistencia del derecho de los ciudadanos que debe operar y la ley contempla esta actividad desde la perspectiva propia del poder y con el fin de evitar colisiones entre particulares y entre éstos y el Estado.

La otra tendencia opuesta a la anterior aparece en la Alemania bismarkiana de la idea y de la mano de OTTO VON MAYER. Este autor entiende, de acuerdo con el espíritu prusiano, que las conductas particulares de los ciudadanos y las actividades de éstos que puedan entrar en colisión con el orden y el interés público se consideran por norma prohibidas, pero la administración puede, tras las oportunas verificaciones y regulación de la actuación, levantar la prohibición para supuestos, casos y actos concretos.

En la doctrina civilista española se han dado y se dan ejemplos equivalentes a ambas posiciones en su proyección sobre el artículo 6.3 CC y su incidencia sobre los actos y contratos de los particulares sometidos a la actividad administra-

tiva de autorización. Han sido y son mayoría los partidarios de seguir la postura de reconocer el derecho subjetivo antecedente cuyo ejercicio se controla por la vía de la autorización, pero los partidarios de la autorización constitutiva del derecho han influido más en la legislación y, por supuesto en la jurisprudencia. De ahí la insistencia en las declaraciones jurisprudenciales en la necesidad de hurgar en la finalidad perseguida por la actividad sometida a autorización y las restricciones para su ejercicio.

Nuestra doctrina civilista ha insistido en el casuismo analítico, en tanto que la administrativista ha construido una teoría general de aplicación a estas actividades autorizativas que, entiendo, deberíamos hacer nuestra los civilistas. Me refiero a someter las actuaciones administrativas sobre actividades particulares a los principios de congruencia, proporcionalidad y *favor libertatis*, y, a partir de ellas, perfilar los efectos que deban seguirse para los casos de contravención.

El principio de congruencia obliga a cohonestar las medidas administrativas de regulación limitativa, las exigencias para la autorización y, en su caso, las sanciones con el debido respeto al derecho subjetivo particular que se condiciona y regula.

El de proporcionalidad constriñe a la Administración a elegir, de entre todas las posibilidades de intervención, aquellas medidas que resulten más respetuosas para con la iniciativa privada y los intereses a que sirve la autonomía de la voluntad y que sean, a su vez, suficientes en apreciación estricta para conseguir la salvaguarda del interés y del orden públicos alegados.

El principio de *favor libertatis* permite que los particulares puedan actuar libremente en el ejercicio del derecho subjetivo que se limita, ajustándose a la interpretación mínima de las exigencias de la regulación o de la medida de la prohibición y, correspondientemente, para la administración ésta no podrá servir-se en sus intervenciones de interpretaciones extensivas de las normas de regulación legal y menos aún de las reglamentarias, quedando excluida de forma radical la aplicación de la analogía (se regula una actividad y se prohíbe una concretísima acción) y no se podrá hacer de las sanciones previstas un ejemplo para, a partir de él, sancionar comportamientos y actividades similares o parecidas a la estrictamente prohibida. La contravención de estos principios daría lugar a una actividad administrativa anómala subsumible en los supuestos de desviación de poder; es más, constituyen los excesos en la reglamentación y sanción de derechos subjetivos regulables los ejemplos más corrientes de desviación de poder en que incurren las administraciones públicas: se trata de prohibir un poco más de lo debido para tener tranquilidad, libertad, etc.

1.3. Aplicación de estos principios al juego organizado

Las autorizaciones previas de apertura, la reglamentación de la actividad y el régimen sancionador de los juegos, suerte, envite o azar en establecimientos

públicos forman parte de esta categoría administrativa que hemos examinado y la contravención por los “autorizados” de estos estrictos marcos de actuación deberá ser corregida por la aplicación exquisita y ajustada de estas normas (no de otras más contundentes) y los actos y contratos civiles que las contravengan deberán ser corregidos o anulados por la vía del artículo 6.3 CC., pero entiendo que con una orientación respetuosa con la actividad e iniciativa privadas.

La actividad lúdica no forma parte de los actos que la sociedad entiende por sí mismos contrarios a la moral y al orden público, pues estos resultados perversos aparecen cuando el juego se sale de sus cauces o las pérdidas rebasan los límites económicos permitidos para un individuo, situaciones que sólo se pueden analizar caso por caso, por lo que se encuentran fuera del alcance de las medidas que una administración con actuaciones ajustadas a los principios constitucionales puede acordar y ejecutar. De ahí que en la regulación del juego se haya optado, para evitar las pérdidas astronómicas, por la prohibición de los préstamos de dinero en los establecimientos de juego autorizados y abiertos al público.

Ahora bien, en nuestra sociedad o, mejor, en buena parte de ella, se sigue pensando en un criterio de calificación del juego a la prusiana. O sea: entender que esta prohibido en tanto no está expresamente permitido y todo ello en previsión de casos muy aislados de ruina personal y familiar por la práctica del juego. Se entiende equivocadamente que la legislación del juego debe tener un contenido ejemplarizante.

El juego en establecimientos autorizados y el practicado en un marco estrictamente privado (clubes de socios, sedes de peñas o asociaciones sin organización funcional para este fin o domicilios privados) conforman dos mundos radicalmente diferenciados, a mi juicio, y difícilmente reconciliables para la aplicación de reglas jurídicas unívocas.

Para los primeros, creo que se debe estar al Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 febrero, al Real Decreto 444/1977, de 11 marzo y a la Ley 34/1987, de 26 diciembre, amén de las correspondientes legislaciones autonómicas en la materia. Para los segundos se estará a la regulación de los artículos 1798 a 1801 CC.

A mi juicio, los dos ámbitos de juego discurren y se regulan de forma separada, sin que las reglas jurídicas de desarrollo y regulación de la actividad se encuentren, completen o se yuxtapongan, y menos que las normas reguladoras se deroguen unas a otras.

Así el Decreto-Ley 25 febrero de 1977 entiendo que no derogó los respectivos preceptos del Código civil, ni la calificación de los juegos de suerte, envite o azar pero estos pasaron de estar prohibidos a considerarse permitidos y lícitos pero solo si se practican en establecimiento autorizado al efecto. Así lo entendió la jurisprudencia. El juego en establecimiento abierto al público y debidamente autorizado es una “actividad lúdica” estrictamente reglamentada y el juego privado sigue estando sometido a las restricciones que expresa el Código civil.

2. Examen del motivo de casación referente a la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario

La congruencia lógica exige que frente a quien acciona se encuentren como demandados todos los que tienen que responder: “conjuntamente considerados” – dispone el artículo 12.2 L.E.C.– y de esta exigencia lógica presente en los procesos civiles desde tiempo inmemorial nace la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario y también, aunque parcialmente, da lugar a la configuración doctrinal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que se hace eco el artículo 24.1 C.E.

En el caso que me ocupa, la formulación por parte del recurrente de un motivo de casación (el primero de ellos) basado en la infracción de la jurisprudencia sobre la excepción (artículo 1692, 4.º L.E.C. de 1881) constituye un punto de necesaria reflexión, aunque limitada por ser otros los puntos esenciales de la sentencia objeto de comentario, en razón de la abusiva frecuencia con que los abogados de los litigantes recurren a esta excepción procesal sin la menor congruencia con su caso y no como motivo real de su defensa (piénsese que nos encontramos en un recurso de casación) sino como cortina de humo para intentar, normalmente, una dilación en el proceso y no infrecuentemente para tratar de llevar junto al demandado a personas físicas o jurídicas que, con excesiva frecuencia también, no son partes en la relación jurídica que constituye el meollo de la cuestión que se debate.

De las referencias a la realidad fáctica se puede deducir del cuerpo literario de la sentencia que el empleo de un talonario de cuenta corriente de la empresa de la que era representante el jugador demandado por deudas impagadas y recurrente victorioso en casación no puede deducirse de ningún modo ni que la empresa jugaba en el Casino –seguramente no sería esta la finalidad social de la misma– ni que el jugador estuviera empleando con una mínima corrección los talones de la cuenta, si quiera con la petición de que no fueran puestos en circulación; más bien pone de manifiesto un supuesto de abuso de confianza para con sus consocios si se trataba de una empresa organizada con personalidad jurídica, o una total falta de seriedad en el manejo potencial de los fondos de la empresa.

Menos todavía parece de recibo que, en la sustentación del recurso de casación, se exija como conducta esperable del juzgador de instancia que apreciase de oficio la necesidad de demandar por parte del Casino a la entidad referenciada en el talón, por mucho que se tenga razón en que el Casino, demandante inicial en este caso, no debió admitir tal instrumento mercantil en un caso de crédito necesariamente personal. Naturalmente quien debió abstenerse de tal entrega es el deudor ahora recurrente.

Entiendo que si bien en el fundamento de derecho tercero la Sala resuelve la cuestión con entera razón, rechazando de pleno el motivo y señalando que los

pagarés emitidos cumplían una función estrictamente probatoria de la entrega de numerario al jugador demandado por impago, no lo hace con la contundencia argumentativa que era de esperar y desear en una sentencia de plenario, aunque, repito, no sea éste el tema en el que la Sala quiere sentar doctrina.

No deja de ser sorprendente que se argumente respecto de un motivo de casación que no ha sido formulado conforme a las exigencias requeridas por la jurisprudencia de la Sala. Si no hay referencia a dos sentencias de la Sala que hayan sido desconocidas por el juzgador de instancia o por el órgano de apelación creo que se debe dar carpetazo al asunto y pasar a otra cosa; o bien, con todas sus consecuencias, se sienta cuál deba ser la doctrina a la que hay que estar, en cuanto que fijada en una sentencia de plenario. Este no es el caso. La Sala ni fija ni deja de fijar, más bien despacha aseadamente una cuestión inexacta, mal planteada y pésimamente traída al caso, tanto que de examinarse lo sería en demérito del patrocinado por la defensa.

3. Examen de la relación entre el Real Decreto 11 marzo 1977 y el artículo 6.3 CC

3.1. La solución en el caso controvertido

En el caso resulta capital el motivo segundo de casación (infracción del artículo 10 del Real Decreto 11 marzo 1977 en relación con el artículo 6.3 CC) y su análisis en los fundamentos de Derecho cuarto, séptimo y octavo de la sentencia de plenario objeto de comentario.

La parte recurrente, ahora sí, centra el meollo mismo de la cuestión al entender, a mi juicio correctamente, que el Casino infringió la prohibición de conceder un préstamo a un jugador, su patrocinado. En el escrito se dice “deliberadamente” para subrayar el “infringió” que le sirve para formular el motivo; el adverbio es absolutamente inútil en esta ocasión.

Esta prohibición de prestar (que ha sido objeto de movidas discusiones y distinciones en la doctrina y que ha dado lugar a diversas posiciones jurisprudenciales en las que se reflejan, a mi personal entender, más las posiciones morales de los juzgadores que los problemas técnico jurídicos) está claramente formulada en el artículo 10 del R.D. citado que dispone: “*queda prohibida la realización de cualquiera de los actos siguientes: d) Otorgar préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares en que tengan lugar los juegos*”. Esta norma reglamentaria tiene, en este caso, fuerza de ley por venir amparada por la autorización contenida en el artículo 4.1.a) del R.D.L. 16/1977 [No ayuda demasiado a la discusión ni a la eficacia de las normas la ausencia de regulación general y clara del juego, de una parte, ni el empleo de reglamentos administrativos para dar cuerpo a las prohibiciones, no obstante resulta conveniente recordar que el artículo 1701

del Proyecto de Código civil de 1851 preveía la regulación reglamentaria de los juegos]. Tampoco sirve excesivamente al propósito el que se mantengan dos regulaciones, como ya he señalado, y menos, que la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, dedicada a la potestad sancionadora de la Administración en esta materia, tipifique en su artículo 2, 1) como infracción “muy grave”, “*Otorgar préstamos o permitir que se otorguen por terceros a jugadores o apostantes en los locales y recintos en los que tengan lugar los juegos*”.

En el supuesto de este apartado transcrito llama poderosamente la atención la extensión de la prohibición del préstamo a terceros, y más haciendo responsable de esta conducta al titular de la empresa organizadora del juego, aunque entrar en el análisis de este elemento por mi parte daría lugar a abrir un debate fuera del marco del caso. El préstamo del que se ocupa la sentencia lo concede el Casino, demandante en primera instancia, y lo hace a título de acreedor; el préstamo se efectúa en el recinto del Casino y con la entrega de fichas para jugar y no con numerario de circulación legal y forzosa; y, con la finalidad de que el deudor prosiga el juego que le ha dejado sin fondos propios y en su bolsillo, por lo que no es preciso que entremos en la más que perturbadora discusión del préstamo efectuado por un tercero con la finalidad de jugar y en los locales destinados a tal actividad.

Sin la menor duda por mi parte, nos encontramos ante una actividad prohibida en sí misma, al menos para una de las partes: el Casino, y no sirve oponer el que se encuentre en un texto reglamentario y de Derecho administrativo: baste apuntar a los efectos civiles y exclusivamente civiles que para limitar las facultades ordinarias de la propiedad, nada menos, es suficiente con que un Ayuntamiento impida en una ordenanza la edificación o limite su ocupación. Ello a pesar de que el artículo 348 CC. predique que no se admitirán frente al derecho de goce sobre las cosas “*más limitaciones que las establecidas en las leyes*” y tales normas estrictamente reglamentarias (la ordenanza municipal) no traen causa de la defensa de la función social de la propiedad *ex* artículo 33.2 C.E., sino del control edilicio que desde la antigua Roma se reconoce a los órganos municipales en la regulación del goce del suelo y de la construcción sobre él. Es más, la dicción del artículo 6.3 CC. se hace cautamente refiriéndose “a las normas” y no “a las leyes” (entendiendo por éstas cualquiera de las manifestaciones propias y legítimas del poder legislador que contengan en sí cualquiera de los poderes del Estado) como hacen los números 1 y 2 de ese mismo artículo. Otra cosa bien distinta es la conveniencia de que las normas prohibitivas debieran tener expresión clara no sólo de la prohibición sino de la extensión de ésta, y se observase en ellas técnicas que dejasen fuera de toda duda que los Poderes del Estado se ejercitan dentro del límite objetivo de la seguridad jurídica: las limitaciones a los derechos subjetivos de naturaleza civil deberían constar en leyes formales. Pero esto no deja de ser un *desideratum*.

La petición por la parte recurrente en casación de que se declare la nulidad de pleno derecho del préstamo por la conexión existente entre la prohibición del artículo 10 del R.D. 444/1977 y lo dispuesto en el artículo 6.3 CC. es exacta y congruente.

Esta y no otra es la finalidad primera de este artículo 6.3, y nada impide la imposición, en su caso, de una sanción, sea ésta civil, penal o administrativa. La nulidad del acto procede de la contravención de una norma imperativa (lo de prohibitiva, aunque vale para el caso, no deja de ser una redundancia innecesaria), pues la norma impeditiva de la libertad o de la autonomía de la voluntad queda referida al meollo mismo del acto o contrato y el efecto distinto previsto, en su caso por la norma, deberá mirar al conjunto de la finalidad buscada por el actor o por las partes en caso de contrato, como aquí ocurre, y no refiriéndose a la sanción en sí misma. Claro está, salvo que ésta tenga la finalidad de atender legítimas prestaciones de la contraparte perjudicada por la infracción no siéndole a ella misma imputable.

Las prohibiciones de conceder préstamos en los Casinos, y especialmente por éstos, tiene la finalidad, no desmentida en ninguna de las distintas o divergentes interpretaciones de la tal prohibición, de impedir que los jugadores obtengan dinero para seguir jugando con dinero efectivo o la de fomentar el juego en aquellos que acuden al Casino como meros espectadores y sin numerario para participar en los juegos y apuestas. Las sanciones son paralelas, aunque es cierto que las normas en las que se regulan tienen un marcado carácter recaudatorio.

Estas normas prohibitivas se deben insertar en el género acuñado por la romanística del XIX entre las leyes civiles *plus quam perfectae*, porque no solo anulan el efecto propio y ordinario del acto o contrato entre particulares, sino que además de este efecto propio de las *perfectae* desencadenan la facultad sancionadora de la administración o jurisdicción a quienes la ley encomienda su control. La sanción no impedirá nunca la nulidad del acto o contrato prohibido, aunque no haya lugar a la sanción.

Este es el caso sobre el que versa la Sentencia: la acción personal de invalidez que pertenece al jugador-deudor mantiene su vigencia, en tanto que la acción administrativa está caducada.

La nulidad, pese a lo que alega la parte recurrente, no se deriva de la voluntad pública de punir al quebrantador de la norma imperativa, sino que se deriva y es propia del quebrantamiento. Es la irregularidad (ilegalidad) de la actuación la que desencadena una y otra consecuencias diferenciadas: la privación de efectos del contrato de préstamo por ser éste ilegal; y la sanción administrativa por llevar a efecto el Casino una actividad tipificada como infracción muy grave.

3.2. *La relación en el caso de la infracción y el artículo 6.3 CC.* *Rectificación de la línea jurisprudencial de la Sala*

En este recurso de casación el “interés casacional” proviene de la discrepancia latente que en materia de juego y actos conexos con él se daba en la ju-

risprudencia de la Sala Primera (también en los órganos jurisdiccionales de instancia y apelación). Así también lo entendieron el ponente y los magistrados que inicialmente formaron sala, cuando en Providencia de 3 de enero de 2008 se advirtió que no existía unidad de criterio en orden a determinar si, en el supuesto de préstamo a jugadores, era o no de aplicación la doctrina derivada del artículo 6.3 y, en caso afirmativo procedía como consecuencia revisar y cambiar la doctrina sentada por las SSTS 23-02-1988 (RJ 1988/1275) y 3-01-1995 (RJ 1995/180).

La STS 23-02-1988 mantuvo tras un desarrollo minuciosamente ceñido a la liberalización del juego que la disciplina ordenada por los artículos 1789 y ss. CC había sido derogada, y desde estas premisas, entendió que el artículo 6.3 no puede operar en el caso porque la presencia del juego “no transforma el juego que es lícito en ilícito”. Creo que esta última conclusión es correcta y también lo es el que a un juego practicado en un Casino debidamente autorizado por la autoridad administrativa no le son aplicables las reglas restrictivas del Código y la moderación judicial que en ellas se promueve, ni se trata de un supuesto de causa torpe, puesto que nos encontramos ante un caso radicalmente distinto al que sirve de hipótesis para la regulación del Código civil.

Ahora bien, mi conformidad no llega a que el préstamo efectuado por el Casino y celebrado en su sede sea lícito, sino que entiendo contraviene una prohibición legal, directa, clara y expresa. El siempre conflictivo discurso causal para el control de la moralidad de un convenio, acto o contrato, conduce a desviaciones en la línea lógica que sirve de base a la sentencia.

Los artículos 10 del Real Decreto 444/1977 y 2.1) de la Ley 34/1987 son terminantemente prohibitivos y ello es suficiente para poner en marcha los efectos de la nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 CC sin necesidad de efectuar ningún *excursus* sobre la licitud o ilicitud del juego o su inmoralidad, rechazo social o conformación de una causa torpe, pues ese juego es lícito y ha perdido su tacha de inmoralidad. Aunque en ocasiones pueden ser la causa de la ruina económica o moral de los jugadores, es evidente que no siempre las actividades dañosas están prohibidas, si bien es algo que está sujeto a reglamentación. Dentro de ésta el otorgamiento de préstamos a jugadores en el local en que se practica esta actividad se tipifica de contravención muy grave y esta tipificación no se limita a desencadenar la posibilidad de sancionar al prestamista sino que su efecto se extiende al préstamo en sí.

La conexión de la norma imperativa con el artículo 6.3 del CC es eficaz, pero también se podría atacar el contrato de préstamo de dinero a un jugador por la conexión de los preceptos antes citados con el párrafo tercero del artículo 1271 CC, pues este contrato tiene un objeto ilícito; e incluso puede haber conexión con la causa ilícita (no torpe) del artículo 1275, que negaría efecto al contrato.

Optar por la vía del artículo 6.3 CC tiene la doble ventaja de que la doctrina que lo ha comentado (incluso aquellos autores que mantienen la necesidad

de una interpretación estricta y restrictiva del precepto como son ALBALADEJO, DELGADO, LACRUZ, RIVERO HERNÁNDEZ, VÁZQUEZ DE CASTRO o yo mismo) admite que para su aplicación basta con que se infrinja una norma imperativa que debió observarse, sea la misma de naturaleza penal o administrativa, lo que ha de desencadenar la nulidad de pleno derecho con todas sus consecuencias (aunque haya discusión sobre cuáles sean éstas).

Los efectos de la denominada nulidad de pleno derecho han sido ponderados en demasía por una parte de la doctrina civilista en torno a las ideas del maestro DE CASTRO, y han sido matizadas por otra parte de la doctrina, si bien circunscribiéndose a demandar una interpretación restrictiva de los supuestos que deben someterse a tan radicales efectos. La jurisprudencia inmediatamente posterior a la aprobación de la actual versión de Título preliminar del Código civil ha mantenido la pauta fijada por DE CASTRO para el anterior y derogado artículo 4 CC, y ha declarado como efectos de esta específica nulidad la insanabilidad del acto nulo, el automatismo del efecto de la nulidad desde el momento de la contravención (por lo que se la misma se puede apreciar de oficio y se le niega al acto la producción de efectos jurídicos) y la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la misma.

Poco después la jurisprudencia se asustó de su propia osadía, por lo que es preciso advertir que han sido multitud de sentencias la que exigen prudencia en su apreciación, sobre todo cuando a la acción declarativa de la nulidad de pleno derecho se acumula una pretensión recuperatoria. Por todas, puede verse la STS de 15 junio 1994 (RJ 1994/4922).

En el caso objeto de comentario resulta poco comprometido afirmar que el prestamista no tiene acción para reclamar la devolución de lo que prestó, pero suena bastante más escabroso afirmar que el receptor del dinero del préstamo nulo no debe reembolsar el montante prestado, y todo ello como efecto de esta categoría reforzada de nulidad radical (ya sé que una y otra cosa son lo mismo, pero está clara, al menos para mí, que *suenan* de modo muy distinto).

Si lo que se trata de lograr es que por parte de los empresarios del juego organizado se cumpla a rajatabla la legislación que disciplina la Ley 34/1987, creo que esta sentencia logrará su finalidad, tanto por sus efectos económicos, cuanto por ser un claro incentivo para que actúe la Comisión Nacional del Juego.

Es evidente, en el plano propio de una análisis riguroso de la legislación contravenida, que el Casino es el único contraventor de la misma, pues en ella no se sanciona al jugador por pedir y recibir dinero prestado, actividad que bien podría sancionarse también. Pero como los organizadores del juego son los únicos destinatarios de la ley y sólo para éstos se manifiesta la imperatividad, y como el artículo 6.3 CC no manifiesta unas consecuencias específicas, habrá que acudir a lo que resulte aplicable dentro del elenco de supuestos enumerados en los artículos 1303 y siguientes CC.

Ahora bien, dado que la nulidad de pleno derecho constituye la más grave sanción que señala el Código por la contravención de una norma imperativa, y como el supuesto, a su vez, no es constitutivo de ilícito penal, deberá apreciarse la equivalencia con el artículo 1306, regla segunda, CC, que contempla los efectos de la nulidad por causa torpe, en el que se decide que el infractor no puede “repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato”.

No se trata de que la nulidad de pleno derecho reconduzca a la disciplina de los artículos 1798 y siguientes. Tampoco de que estemos en presencia de un préstamo con causa torpe. Simplemente se ha dado un comportamiento contrario a una norma imperativa que, por las razones que fueren y que no se incorporan a la literatura de la norma, prohíbe al Casino prestar dinero a los jugadores en las instalaciones del mismo. Las frecuentes referencias a la causa torpe, sin especificar qué finalidad inmoral anida en los supuestos de juego enjuiciados, no suelen tener más razón y propósito que facilitar la aplicación a la cuestión controvertida del artículo 1306, regla 2^a. La sanción más grave de las previstas para el supuesto también más grave de nulidad.

No creo que, en este caso, el Casino quisiese de forma específica llevar a la ruina al jugador inicialmente demandado y recurrente en casación. Esto sería un completo absurdo. El propósito del Casino que, por lo deducido del propio caso, hace préstamos a los jugadores conocidos con habitualidad, es que éstos sigan jugando cualquiera que sea el resultado y para ello hace caso omiso a las reglas y prohibiciones que no sean las del propio juego. Y éstas favorecen estáticamente a sus organizadores...

La aplicación del artículo 1306 se podría justificar, con alguna liberalidad metodológica en cuanto al régimen de la disciplina procedimental, acudiendo a lo que se dispone en el artículo 5.6, párrafo segundo, inciso final de la Ley 34/1987, “los particulares perjudicados (por las irregularidades sancionables en que incurra el Casino) podrán comparecer ante el órgano competente para la incoación de expediente y solicitar la entrega de la parte de aquellos (los infractores) obtenida a su costa...”, para este caso vale la argumentación *a simili*: la no devolución del numerario prestado por el Casino y perdido por el prestatario.

No obstante, el desequilibrio de las consecuencias económicas entre organizador del juego y jugador que esta solución genera, pese a su corrección jurídica, merece alguna reflexión, pues, a mi juicio, no se trata de ejemplarizar a la sociedad a golpe de sentencia, sino de poner orden y cordura en una actividad deficientemente regulada con criterios extrajurídicos, de pura “moralina”, cuando era preciso introducir ideas de equilibrio. Aunque este objetivo resulte difícilísimo de alcanzar.

La descripción de los hechos acaecidos es clara: constantes reincidencias en las pérdidas y en las solicitudes de crédito, más un perfil del jugador que, coincidente o no con la realidad, lejos de inspirar piedad por sus desgracias, –me atrevo a decir ternura, que es lo que busca su defensa–, incita a crear frente a él barre-

ras y distancia (porque acaba por representar todas y cada una de las lacras del adicto al juego con patología mental –ludopatía– o sin ella). Por ello, debió evitarse la presencia, que parece excesiva, en la sentencia, de datos ya que para el caso no son determinantes: ni la pérdida de seres queridos ni las dificultades empresariales tienen solución, ni sirve de bálsamo consolador en el desordenado apetito por enriquecerse milagrosamente por un acto del azar tan racionalmente esquivo. Parece claro que de ningún modo pueden organizarse las desdichas para tratar de dar la idea de que el reincidente jugador con fondos propios y a crédito padecía un trastorno incapacitante que le hacía víctima de los manejos del Casino para acrecentar las ganancias de éste necesarias para re-flotar su empresa. Es una argumentación que si se analiza cuidadosa y desapasionadamente, tiene más posibilidad de volverse en contra el demandado. El abogado hasta se atreve a hacer responsable a la empresa de admitirle en el Casino pese a su comunicado de autoexclusión que resulta haberse notificado en fecha posterior a la de los débitos impagados.

Se quiera o no, no deja de ser llamativo que un jugador que mantiene una conducta como la descrita, salga indemne.

3.3. Modificación de la línea jurisprudencial antecedente de la Sala sobre el juego

La sentencia dedica varios Fundamentos de Derecho a efectuar un análisis conciso pero riguroso de la jurisprudencia de la Sala sobre la incidencia de las normas imperativas ordinariamente no civiles pero que inciden en negocios privados, bien para tratar sectores sometidos a regulación, bien por su incidencia directa o potencial en áreas de colisión con los intereses generales o con la preservación del orden público.

Este examen se centra en sentencias dictadas en la última década y en todas ellas la actividad negocial desplegada va más allá del marco en el que la autonomía de la voluntad puede desarrollar sus propios y beneficiosos efectos, y entra en conflicto con los fundamentos materiales que dan lugar a una normativa de carácter imperativo, bien el ámbito de la actuación administrativa de autorización, bien con las reglas que disciplinan políticas de fomento, bien con aquellas en las que la contravención puede provocar fracturas en el orden público sistemático.

Pese a que son bastantes los fallos del Alto Tribunal que declaran la nulidad de los negocios jurídicos, es de destacar que la actuación jurisdiccional se ha desarrollado con la contención que expresó la STS 26-06-1982 (RJ 1982/3443), que construyó la aplicación del artículo 6.3 CC a los siguientes supuestos: “1º, que exista un precepto específico de la ley que imponga la nulidad *per se* del acto o contrato; 2º, que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exige la ley determinados requisitos y falta alguno

esencial en el evento de que se trate; 3º, cuando la materia, objeto o finalidad del acto impliquen un fraude a la ley, sean atentatorios a la moral o supongan un daño o peligro para el orden público”.

A esta tripleta de supuestos en los que se aprecia que la autolimitación que la sentencia se impone debe añadirse por obvio (aunque no por ello casi siempre desdibujado y oculto tras un bosque impenetrable de detalles que desvían o pueden desviar la atención a la función pedagógica que debe tener toda sentencia de casación, y sobre todo las de plenario), que la incidencia de la norma imperativa contravenida sobre el negocio de cuya nulidad se trata en el fallo debe ser terminantemente principal. Por esta razón de la principalidad no suelen solucionarse por esta vía aquellas potenciales nulidades que vendrían dadas por elementos normativos referentes a la forma (aunque en esta materia creo que se debería ser mucho más exigente cuando la forma ampara la aportación de una seguridad jurídica proporcionada al caso o de conocimientos legales que una de las partes, al menos, debiera conocer o ser instruido para formarse una cabal voluntad contractual), requisitos tangenciales o adjetivos a la ejecución del acto o contrato, o a la fiscalidad que se sigue de la celebración del contrato o que con esto se evita o mitiga.

En el Fundamento de Derecho octavo se hace patente que el propósito casacional que lleva esta cuestión a plenario reside en imponer un cambio sustancial en la jurisprudencia sobre préstamos efectuados por los Casinos a los jugadores, y poner de manifiesto que las infracciones tipificadas como muy graves no tienen como sanción natural y ordinaria la de dar lugar para su corrección solamente a una sanción económica impuesta por la Administración, por cuantiosa o perturbadora que resulte para el contraventor. Más bien se trata de facilitar el control de la actividad del juego organizado con la finalidad de que se desarrolle sin contrariar ninguna de las reglas que imperativamente se fijan, y para ello la sentencia recalca que la sanción económica no podrá de ningún modo facilitar que queden “sin efecto el régimen del propio Código civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (artículos 1261 párrafo tercero, 1275 y 1305)”.

Esta debe ser la reacción ordinaria y contundente ante la declaración de falta muy grave del otorgamiento de préstamo por el Casino a los jugadores. La radical prohibición es claramente deducible, pese a la más que deficiente redacción de la norma del artículo 2.1) de la Ley 34/1987 de 26 de diciembre.

No se trata aquí de hacer una valoración negativa de la moralidad del juego, ni siquiera de lo perturbadoras que puedan resultar las pérdidas enumeradas en los planos personal, familiar o social (como podemos apreciar en la realidad y en la literatura de todo género que se hace eco de la ruina moral de los jugadores compulsivos), sino de preservar con el debido rigor el ordenamiento jurídico y su función social. Prestar dinero por parte del organizador del juego no es una actividad más o menos legítima según sean las circunstancias que la

rodeen, la posición económica del prestatario o la reducida cuantía de la operación en relación con lo que sea habitual arriesgar por el jugador de que se trate, sino porque se trata de una operación que le está completamente vedada por la Ley al prestamista en tanto que organizador del juego. Estamos en presencia de una contravención a una norma imperativa directa que prohíbe una actividad jurídica a unas personas, pese a que la misma sea habitualmente legítima para otras.

La aplicabilidad al caso del artículo 6.3 es directa, con independencia de la calificación moral que nos merezca en sí el juego o la dedicación habitual o profesional al mismo. Por esto parece innecesario apelar a la regulación del juego en el Código civil (a mí, al menos, esta referencia me parece perturbadora para la claridad de la conclusión de la sentencia de plenario que comento), porque la materialidad del juego entre demandante y demandado es a todas luces enteramente legítima. El Casino es un ente autorizado, no un garito clandestino, y no tenemos noticias de que en el caso no se observasen todas y cada una de las reglas y requisitos que deben presidir la actividad del juego en establecimiento autorizado. Tampoco hay queja sobre trampas, arbitrariedades o actividades ilegítimas que viciasen la relación jurídica que de manera estricta se deriva del juego: el demandado perdió y en su defensa sólo se toman en consideración motivos por los que en ningún caso se le debió de prestar dinero, no se le debieron admitir los pagarés emitidos o se hace relación de la conducta del prestatario en tanto que tal (nunca la de jugador) como persona de consentimientos potencialmente viciados por su personalidad y sus específicas causas personales.

Ahora bien, el Casino sí tiene terminantemente prohibido conceder préstamos en sus locales a los jugadores, sin que la norma distinga los motivos a que pueda obedecer la prohibición (explotación de la mala racha, valerse del estado del nerviosismo que acarrearán las pérdidas, exaltación del ego y de la codicia del jugador, competencia desleal para la atracción de jugadores, etc.), aunque supongo que todos estos y otros más estuvieran en la mente de los legisladores. Para la solución del caso no hay que internarse en la averiguación de la finalidad práctica de la prohibición.

La nulidad de pleno derecho no se predica del juego, sino del préstamo para seguir jugando y este elemento debe ser tratado, entiendo, en exclusiva. Porque así lo demanda la naturaleza extraordinaria y prohibitiva de la norma que conduce a la aplicabilidad del artículo 6.3 CC y por ello lo destaco en el comentario de una sentencia que merece, por lo demás, aplauso y atención.

4. Bibliografía

CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 6 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. I, vol. 1, Madrid, 1992.

- DÍEZ-PICAZO, «El juego y la apuesta en el código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1967, pp. 719 y ss.
- ECHEVARRÍA DE RADA, *Los contratos de juego y apuesta*, ed. Bosch, Barcelona 1996.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de 1852, (revisada por el equipo de la cátedra del Profesor Lacruz), Zaragoza 1974.
- GAYA SICILIA, «Comentario de la STS de 23 febrero 1988», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 16.
- GITRAMA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 1798 CC», en *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, t. II Madrid 1993.
- GUILARTE ZAPATERO, «Proyección de la S. 23 febrero 1988 en el régimen de los juegos de azar sancionado en el Código civil ¿Una interpretación derogatoria del artículo 1798?», *Centenario del Código civil*. Madrid 1990.
- GUTIÉRREZ TERÁN, «El juego y su normativa», *Revista General del Derecho*, enero-febrero 1985.
- JORDANO BAREA, «Dictamen sobre abuso del derecho y fraude a la ley», *Anuario de Derecho Civil*, 1960 p. 958.
- LLOBET AGUADO, *El contrato de juego y apuesta* La Ley n° 3297, 1993.
- RAMS ALBESA, «Comentario a los artículos 1261, 1271 y 1272 CC» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigido por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART) t. XVII. vol.1° B, EDERSA, Madrid, 1993
- RIERA AISA, voz “juego” NEJ vol. XIII, 1968.
- RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 6 CC», en *Comentarios al Código civil* (coordinados por RAMS ALBESA), t. I. Barcelona 2000.
- MIGUEL DE LAS TRAVIESAS, M. *El juego y la apuesta* RDP, 1917.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*. pp. 127 a 147. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.