

DE ALEATORIIS PACTIS

IGNACIO NANTILLO

Alea jacta est.

I. PRÓLOGO

El álea en los contratos es un tema que, en general, no ha sido analizado en detalle por los autores contractualistas, quienes, en muchos casos, sólo interpretan los pocos artículos del Código Civil que tratan al respecto. Esto es, son estudios abocados a la descripción del álea dentro del seguimiento de los raciocinios de Dalmacio Vélez Sarsfield, incluido a su vez en el estudio del resto de la materia contractual. Si bien contribuyeron en grado sumo a comprenderlo mejor, actualmente muchas apreciaciones acerca del álea han cambiado y, además, considero que muchas otras seguirán cambiando. No por eso resulta menos interesante su lectura como forma de introducirse en el tema, completándola con la lectura del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, así como también la de unos pocos trabajos especializados muy bien realizados, algunos de reciente edición. Es un tema que, como primera impresión, parecería circunscripto a analizar antiguas discusiones, como la diferencia entre juego y apuesta, la posibilidad de repetir o no el pago y cuándo es posible hacerlo, las deudas de juego, etc. En realidad, tiene muchas más aristas que las que efectivamente ostenta, y de ahí la necesidad de su tratamiento.

Con la intención de profundizar su estudio, el objetivo de este trabajo es debatir las posturas y conclusiones preexistentes y, además, presentar una nueva clasificación de los contratos aleatorios, por un lado, y del juego en general, por el otro, que —considero— contribuirá a un mayor entendimiento del álea en la actualidad. Clasificación que, como todas, es arbitraria, toma rasgos o partes de clasificaciones preexistentes, reagrupa los elementos que ya estaban en el tablero e incorpora otros, pero que, en rigor, llama a pensar de nuevo. El trabajo estará centrado en los contratos de juego y apuesta, que son aquellos que me motivaron a iniciar este escrito, y donde creo hay mucho por aclarar o innovar, sin por ello dejar de mencionar otros contratos relacionados con este tópico.

II. CONCEPTO

En principio, debe distinguirse el *álea en los contratos* del *contrato aleatorio*. Lo primero supone la aparición de hechos futuros e inciertos que interfieren con el cumplimiento de un contrato. Lo segundo supone la creación de obligaciones contractuales sobre la base de hechos futuros e inciertos. Lo primero supone una contingencia; lo segundo, una disposición; lo primero es una imposición extrínseca; lo segundo, una imposición intrínseca. Ambas expresiones no reflejan lo mismo, resultando distintas. La existencia misma de un contrato implica siempre la previsión, en su redacción, de una gran cantidad de supuestos que llevarían al incumplimiento y su forma de resolverlos. No obstante, *nunca* pueden contemplarse todos los supuestos: la vida puede ser prevista, pero nunca enteramente previsible. La realidad, muchas veces, supera toda previsión. El *álea* en los contratos, como tal, representa un obstáculo imprevisto al efectivo cumplimiento contractual. El contrato aleatorio, en cambio, representa la supe-ditación voluntaria de las partes al designio de los hechos. Por ello, en este último caso, *álea* es sinónimo de *riesgo* (lo cual será analizado más adelante).

El *álea* en los contratos es un principio de inseguridad jurídica, un principio de incertidumbre. En el contrato aleatorio, en la medida en que las partes se comprometen al cumplimiento prestacional sobre la base de un hecho futuro e incierto, asientan dicho cumplimiento en un terreno riesgoso: se pone en riesgo la seguridad del acto jurídico ante el surgimiento de controversias. El riesgo o inseguridad no deviene del conflicto potencial, es decir, aquel que siempre es una posibilidad, sino de un conflicto que ya se encuentra en el origen mismo del contrato, en el nacimiento de las obligaciones. Las partes saben al momento de contratar lo azaroso y, por lo tanto, riesgoso de su proceder. El *álea*, en este caso, genera un esfuerzo mayor por parte del juez: para resolver la controversia no sólo ha de tener en cuenta cuestiones fácticas, sino también fatídicas, en su acepción de pronóstico de lo porvenir. Lo que rige la resolución, más que el *factum* (hecho), es el *fatum* (destino). El juez no habrá de resolver necesariamente la *litis* sobre la base de lo que sucedió, sino sobre la base de lo que presumiblemente habría de suceder o, mejor dicho, habrá de resolver la *litis* sobre la base de lo que sucedió pero ateniéndose a lo que presumiblemente habría de suceder.

En conclusión, si bien no todo contrato es aleatorio, todo contrato es posible de ser influido por un *álea* o aleatoriedad.

III. TIPOS DE ÁLEA

Ahora bien, debe distinguirse entonces el *álea* en uno y otro caso. El *álea en los contratos* es un *álea no predispuesto*, mientras que el *álea de los contratos aleatorios* es un *álea predispuesto*. El *álea no predispuesto* es aquel que influye en cualquier tipo de contrato y en cualquier etapa contractual. Por ejemplo, si

una persona acuerda con otra la venta de cosecha futura y sobreviene una inundación como consecuencia de la explosión del dique cercano a los campos, dicha situación es un álea que irrumpe en una relación jurídica. El álea predispuesto, en cambio, se halla ínsito en los contratos aleatorios; yo mismo sujeto la relación jurídica, o la misma relación jurídica se halla sujeta, a un acontecer incierto. Por ejemplo, una persona acuerda con otra la venta de su biblioteca sólo si ésta se recibe de médica, o bien, una persona se obliga a entregar a otra un capital a cambio de que ésta asuma el compromiso de pagarle una renta periódica durante la vida de una o varias personas designadas en el contrato. Cabe señalar, acorde con estas afirmaciones, que en el único caso donde resulta procedente la teoría de la imprevisión es en el caso de álea no predispuesto (tema que no es objeto de este trabajo) ¹.

El álea, se sostiene, “es un factor de desequilibrio patrimonial voluntariamente aceptado por las partes de un contrato u otro acto jurídico, que habrá de revelarse una vez celebrado el acto o el contrato, cuando se entre a la etapa de cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo que sean, al cumplirse un plazo indeterminado o una condición” ². Considero que esa definición corresponde al álea predispuesto, a lo que cabe agregar la de álea no predispuesto: es un factor de desequilibrio patrimonial acaecido por sobre la voluntad de las partes de un contrato u otro acto jurídico, que se manifiesta una vez celebrado el acto o el contrato, cuando se entra en la etapa de cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo que sean. Esta última circunstancia obedece a que el trabajo es acerca del álea en los contratos, pero bien puede irrumpir el álea no predispuesto en la etapa precontractual o en la etapa poscontractual, lo cual incrementa el campo de estudio. Hecha la aclaración, a continuación, sólo analizaré lo pertinente al álea no predispuesto.

IV. ÁLEA Y CONDICIÓN

De lo anterior se desprende un primer interrogante: ¿son contratos aleatorios los contratos condicionales? Para algunos autores (López de Zavalía, Salvat), por un lado se hallan los contratos aleatorios y por el otro los contratos condicionales ¹. Para otros (Leiva Fernández), el contrato aleatorio, por su naturaleza, es puro y simple, lo que no obsta a que pueda contener alguna condición, pero con el carácter accesorio de mera modalidad; no obstante, si el contrato contiene una condición que afecta una prestación principal, debe regirse

cae sobre las ventajas que las partes esperan realizar, pero no sobre el contrato mismo; en los condicionales, por el contrario, es la existencia misma del vínculo contractual y de las obligaciones y derechos derivados de él, lo que resulta incierto. En los primeros, el contrato existe desde su celebración, pero las ventajas del mismo quedan inciertas; en los segundos, es el contrato mismo el que existirá o se resolverá según la naturaleza y la suerte de la condición”.

por las reglas de los aleatorios ¹. Desde mi punto de vista, todo contrato condicional es un contrato aleatorio; la similitud es tal que el concepto de contrato condicional podría dejarse de lado. No habría, en sí mismo, contratos condicionales, sino obligaciones condicionales.

Se entiende por condición la cláusula en virtud de la cual la adquisición o la pérdida de un derecho se subordinan a un acontecimiento futuro e incierto (art. 528, CCiv.). Por extensión, suele llamarse condición al acontecimiento mismo del cual depende la adquisición o la extinción de un derecho ². La propia condición, entonces, implica un acontecimiento futuro e incierto y, por lo tanto, aleatorio; más precisamente, si bien no todo álea es una condición (el álea no predispuerto no es una condición), toda condición es un álea.

Por lo tanto, cuando se escribe sobre esta relación, debe distinguirse si se está diferenciando el álea de la condición o los contratos condicionales de los contratos aleatorios. Sólo en ese caso, la única diferencia entre el contrato condicional y el contrato aleatorio es que en el contrato condicional el acontecimiento al que se supedita la existencia de la obligación debe ser futuro, mientras que en el contrato aleatorio puede ser actual (por ejemplo, apostar sobre la base de tirar una moneda). La importancia de estudiar la relación entre el álea y la condición radica en sus efectos sobre la clasificación de los contratos aleatorios, que más adelante se expresa, debido a que todo contrato aleatorio se basa en obligaciones condicionales: hasta que no se cumpla la condición (álea), las partes no conocen las ventajas o desventajas de la celebración del contrato.

Para algunos autores, la condición en los contratos aleatorios existe como modalidad, de manera que sólo afecta a alguna de las prestaciones comprometidas, mas no a la existencia misma del contrato. Dichos contratos, por eso, son aleatorios de forma accidental. Para mí, la condición afecta a la existencia del contrato, porque la condición redunda, o bien en el objeto, o bien en la causa del contrato, que son sus elementos esenciales. Eso es así porque todo contrato aleatorio está impregnado de potencialidad, en la medida en que responde a la expresión “si”, conjunción condicional. Se sostiene: si no hay álea, no hay contrato; si no hay condición, no hay prestación, pero sí contrato. Para mí, como toda condición es un álea, si no hay condición, no hay contrato. Es evidente que si no hay álea no hay contrato, pero también es evidente que tampoco hay prestación.

¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. I, ps. 5/6.

² BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, 20ª ed. act., reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, cap. XIII, p. 230.

V. RIESGO

Surge también un segundo interrogante: el álea, ¿es o no sinónimo de riesgo? Caben dos respuestas. Para algunos autores (López de Zavalía, Salvat), el álea es riesgo en el sentido de peligro, de existir algún daño; tiene una connotación negativa³. Para otros (Leiva Fernández), el álea no es riesgo, en la medida en que lo venidero puede ser positivo o negativo: se puede ganar o perder⁴. Desde mi punto de vista, es evidente que lo sucedáneo puede ser positivo o negativo para una u otra de las partes, o para ambas, pero esa situación no le quita la calidad de riesgoso al álea. Es riesgo no en un sentido subjetivo, sobre lo que le pueda suceder al sujeto, sino en un sentido *objetivo*, en cuanto se arriesga algo.

La palabra “álea”, como sustantivo latino de primera declinación, lleva inserta el significado de riesgo; álea, suerte, azar, riesgo, juego son conceptos que en Roma eran uno solo. Cuando Julio César se dispuso a cruzar el Rubicón, río que lo separaba de Italia, al retornar de su campaña en las Galias, afirmó: “*Alea jacta est*”; la expresión se traduce como “la suerte está echada”. En aquella época, regía en la República romana una ley que ordenaba a todo general que entraba en Italia por el norte licenciar sus tropas antes de atravesar dicho río; César, señala Suetonio, cruza a su suerte, a su riesgo, violando la normativa vigente. Es el álea un riesgo, en el sentido de tomar una decisión atrevida.

En nuestro ordenamiento jurídico, la palabra riesgo es mencionada en diferentes artículos del Código Civil: 1113, 1198, 1332, 1404 a 1407. En general, la palabra conserva en dicha redacción un hálito subjetivista en el sentido de peligrosidad; por eso caben dos posibles soluciones: entender riesgo en sentido objetivo, esto es, como albur propiamente dicho, o bien reemplazar riesgo por álea.

El álea, entonces, es un concepto amplio comprensivo del concepto de riesgo.

VI. CONTRATOS ALEATORIOS

Los contratos se clasifican en conmutativos o aleatorios. Son contratos conmutativos aquellos en los cuales cada una de las partes conoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato. Son contratos aleatorios aquellos en los cuales cada una de las partes desconoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato, debido a que se hallan supeditadas a un acontecimiento incierto, futuro o actual. En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos aleatorios se hallan mencionados en el art. 2051, CCiv., entre otros, mientras que los contratos conmutativos no se encuentran expresamente

³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., cap. XXV; SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino...*, cit., cap. X.

⁴ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. I, ps. 2/5.

caracterizados, aunque sí mencionados, por ejemplo, en el art. 1198, 2ª parte, relativo a la teoría de la imprevisión. Dentro de los contratos aleatorios suele ubicarse tradicionalmente a los contratos de juego, apuesta, el contrato de renta vitalicia, el contrato de seguro. Son los contratos aleatorios típicos.

De la lectura del art. 2051, CCiv., se desprende que los contratos serán aleatorios cuando sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes o *solamente para una sola de ellas* dependan de un acontecimiento incierto. En la doctrina francesa se discutió acerca de la posibilidad o no de que la aleatoriedad de este tipo de contratos afectara a una sola de las partes, concluyéndose por la existencia de tal posibilidad (art. 1964, Código francés). Tal discusión fue retomada por parte de nuestra doctrina. Sin embargo, en este punto comparto la opinión de López de Zavalía, quien señalara: “No es posible encontrar un solo ejemplo de un contrato que sea aleatorio para una sola de las partes. Una aleatoriedad para sólo una de las partes significaría que para una, sus ventajas y sacrificios son ciertos, en tanto que para la otra, son inciertos. Eso es un imposible lógico”⁵. Agrega el autor que la aleatoriedad existe siempre para ambas partes, pudiendo ser ésta simple o doble. Es *simple* cuando únicamente es aleatorio el sacrificio de una de las partes y únicamente es aleatoria la ventaja de la otra; en este caso, la aleatoriedad de la ventaja de una de las partes se corresponde con la aleatoriedad del sacrificio de la otra parte (por ejemplo, contrato de seguro). Es *doble* cuando las ventajas son aleatorias para ambas partes contratantes, y las pérdidas también son aleatorias para ambas partes (por ejemplo, contrato de renta vitalicia).

A continuación, procedo a caracterizar a los contratos de juego y apuesta, referirme a los denominados contratos de suerte, objetos de este trabajo, para luego ampliar lo concerniente a la clasificación de los contratos aleatorios. Esta inversión en el orden de presentación responde a que es más fácil primero caracterizar a los primeros para luego introducirlos en los segundos; también facilita su comprensión.

VII. JUEGO Y CONTRATO DE JUEGO

No hay nada más riesgoso que el juego. Lo que caracteriza al juego es que siempre estriba entre lo que se desea que suceda y lo que realmente sucede. Ya Boecio, el último romano, quien escribiera *De consolazione philosophiae*, mientras padecía una prisión injusta por orden del emperador godo Teodorico, había dicho que una diosa ciega nos hace girar en una rueda, que nuestra suerte se presenta en ciclos. Es la *rota Fortunæ*, la cual rige el juego, en particular, y los contratos aleatorios, en general, y de ahí lo difícil de su regulación jurídica.

⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 350/351.

Como principio, debe distinguirse ciertos conceptos que se hayan relacionados de tal forma que muchas veces se los confunde.

Se entiende por juego la acción de jugar, divertirse, recrearse; es el objeto de jugar. En sentido amplio, la palabra juego abarca al juego, la apuesta y la suerte; en sentido estricto, sólo al primero. En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil tomó el sentido estricto, de lo cual López de Zavalía ⁶ extrae sus caracteres particulares resumidos de la siguiente manera con algunas salvedades:

— Es una actividad en la que los intervinientes vuelcan su persona con lo que ella tiene de habilidad física o intelectual (es una actividad, no un trabajo o un deporte).

— Es una actividad competitiva entre dos o más (partes).

— La actividad es realizada para la superación de un riesgo artificialmente creado. En el juego, el hombre no se limita a supeditar una obligación a un riesgo determinado, sino que él mismo provoca y queda inmerso en ese riesgo que es el que le permite entrar en competición.

— Esa superación depende de la habilidad y del azar.

Habiendo ya definido el juego, cabe relacionarlo con el deporte. Si bien no todo juego es un deporte, todo deporte es un juego. La diferencia entre un juego y un deporte sólo es producto del entendimiento popular: todo el mundo sabe o considera que el juego de damas no es un deporte y el fútbol sí lo es; algunos consideran al truco un deporte nacional. Algunos encuentran la distinción en el hecho de que practicar un deporte denota una mayor habilidad, por un lado, y una mayor profesionalidad, por el otro. La distinción, desde mi punto de vista, es sólo superficial o, más bien, de apreciación personal.

La diferencia no radica, entonces, entre el juego y el deporte sino entre el contrato de juego y el contrato de deporte. Así es caracterizado este último por Ghersi: “El contrato de deporte (...) tiene como protagonista al jugador profesional, quien, en oposición al *amateur*, desarrolla su actividad en forma profesional, onerosa, sea individualmente o integrando el equipo de una entidad deportiva. Sin perjuicio de las distintas modalidades que la práctica del deporte puede adoptar, puede definirse al contrato deportivo como aquel en que una de las partes pone al servicio de la otra, generalmente en forma exclusiva, su habilidad, destreza y energía física para el ejercicio de determinado deporte, en forma profesional o habitual, por un plazo determinado, a cambio de una remuneración convenida en dinero, con más las primas o premios correspondientes de acuerdo con la reglamentación de cada actividad. Se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, conmutativo y no formal. Acorde con la modalidad de su ejercicio, puede ser o no de tracto sucesivo, dependiendo de que las prestaciones tengan o no continuidad en el tiempo, y hasta tanto se cumpla el

⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 368/371.

plazo que generalmente se pacta o el que dispongan los estatutos, o bien puede agotarse con la participación en un solo certamen. Además, es *intuitu personæ*, porque se tienen esencialmente en cuenta las cualidades propias del jugador”⁷. Respecto de la naturaleza jurídica del contrato deportivo, el autor distingue entre *ejercicio dependiente* y *ejercicio independiente*. En el primer caso, el vínculo que liga al deportista profesional con la institución deportiva es un *contrato de trabajo*, con su correspondiente regulación. En cambio, en el segundo caso, el deportista individual o *amateur* realiza una actividad autónoma, ejercida por cuenta propia, ni estar sometido a las órdenes o instrucciones de la entidad. En general, es contratado por la institución deportiva para actuar en un único certamen (por ejemplo, el campeón de una categoría de boxeo que expone su título en una contienda), o bien limitado a un número determinado y destinado a producir un espectáculo deportivo. El golf, el tenis, la natación, en ese sentido, son deportes de aficionados. El club no dirige la actividad del jugador en el aspecto profesional, por ello, el jugador no integra una relación laboral, sino que formaliza un contrato atípico regido por las disposiciones del Código Civil, que se asemeja por su naturaleza a las figuras de la *locación de obra* o *de servicios*. La diferencia sustancial, entonces, es que en el contrato de deporte, a diferencia del contrato de juego, existe como parte contratante una entidad o institución deportiva a partir de cuya intermediación se establecen diferentes vínculos contractuales. Además, el contrato de juego no necesariamente es *intuitu personæ*.

En nuestro país, según el Comité Olímpico Argentino, dependiente del Comité Olímpico Internacional, son deportes: a) de verano: atletismo, tiro con arco, bádminton, baloncesto, béisbol, boxeo, piragüismo, ciclismo, equitación, esgrima, fútbol, lucha, vela, gimnasia, balonmano (*handball*), hockey, judo, pentatlón, remo, tiro deportivo, *softball*, natación, tenis de mesa (*ping-pong*), taekwondo, tenis, triatlón, vóleibol, halterofilia (levantamiento de pesas); b) de invierno: *bobsleigh-tobogganing*, *curling*, hockey sobre hielo, *luge* de carreras, biatlón, patinaje, esquí.

Además, son deportes no olímpicos (según otras organizaciones, algunas asociadas al Comité Olímpico y otras no): automovilismo, motociclismo, ajedrez, actividades subacuáticas (por ejemplo, buceo), billar, *pool*, bochas, *bowling*, canoas, *cestoball*, colombofilia, deportiva militar, esquí náutico, *faustball*, golf, karate, padel, paracaidismo, patín, pelota, polo, *racquetball*, rugby, andinismo, *squash*, surf, *yachting*, yoga, críquet, etc.

Se entiende por contrato de juego aquel que tiene lugar cuando dos o más personas, entregándose al juego, se obligan a pagar a al que ganare una suma de dinero, u otro objeto determinado (art. 2052, CCiv.). En verdad, debe apuntarse “entre dos o más partes”. Las partes llevan a cabo determinada actividad,

⁷ GHERSI, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial-Empresas. Negocios. Consumidores*, t. II, 5ª ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2002, cap. XXXVII, ps. 393/403.

son parte de los hechos. Así, el juego es un hecho humano, mientras que el contrato de juego es un acto jurídico con contenido patrimonial, patrimonialidad derivada de una apuesta. La finalidad o causa-fin del contrato de juego es “jugar”, la del contrato de apuesta es “apostar”, aunque sea tautológico apuntarlo; sin embargo, el objeto en el contrato de juego y en el de apuesta es el tipo de apuesta. La principal diferencia, por lo tanto, entre uno y otro radica en su finalidad, lo cual tiene consecuencias en las obligaciones que se generan en uno y otro, y ahí me permito disentir con ciertas opiniones. Del contrato de juego legislado por nuestro Código Civil no surge una *obligación de jugar*, porque sólo se preocupa de las consecuencias de la postura. Para López de Zavalía ⁸ no existe una verdadera obligación de jugar sino un deber libre; en todo caso, del hecho de que uno de los jugadores se niegue a jugar, lo que podrá resultar es la pérdida de la postura. Desde mi punto de vista existe una obligación de jugar en la medida en que, en muchos casos, sino en todos, no jugar produce un daño y, por lo tanto, genera responsabilidad. La obligación de jugar se puede regular por el art. 505, CCiv., a saber: cumplimiento efectivo, cumplimiento por tercero, indemnización. Existen, así, dos obligaciones en el contrato de juego: de jugar, para ambas partes, y de pagar la postura, por parte del vencido. A su vez, existe una sola obligación en el contrato de apuesta: pagar la postura por parte del vencido.

Son caracteres del contrato de juego:

— Es bilateral o plurilateral.

— Es oneroso.

— Es aleatorio.

— Puede ser *intuitu personæ* o no: depende del tipo de juego.

— Es consensual: el contrato se perfecciona para producir sus efectos propios a partir del consentimiento de las partes. Según Luis F. P. Leiva Fernández, no es consensual ni real: no es consensual porque no basta el mero consentimiento de las partes para celebrarlo, sino que se exige que quienes actúan en calidad de partes se “entreguen al juego”, no que se comprometan a entregarse al juego ⁹. A mi entender, el contrato es consensual y, por lo tanto, existe promesa de contrato de juego y también responsabilidad precontractual ¹⁰.

En conclusión, si bien del Código Civil se desprende que en el contrato de juego no existe una obligación de jugar, ni tampoco su carácter consensual, no significa que no pueda ser de otra manera.

⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., ps. 374/375.

⁹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. V, p. 39.

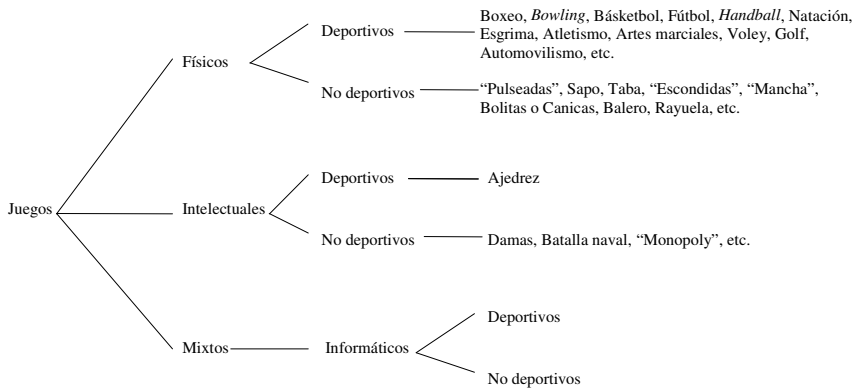
¹⁰ Ver *Tipos de incumplimiento y responsabilidad en los contratos lúdicos*, al final del trabajo (ps. 187/190).

VIII. CLASIFICACIÓN DEL JUEGO

El parámetro o criterio de clasificación de los juegos radica en las aptitudes que se han de poseer o desarrollar para intervenir o practicar el correspondiente juego. Los nombres escogidos son aquellos de conocimiento popular, algunos en inglés y otros en castellano, no siendo colocados todos por cuestiones de espacio. El carácter deportivo o no deportivo de los juegos mencionados deriva del entendimiento popular, como ya se señaló anteriormente. Los juegos, entonces, pueden clasificarse en:

Son juegos *físicos* aquellos en los cuales se requiere cierta habilidad o destreza física, esto es, corporal, para poder desarrollarlos, o bien, intentarlo.

Son juegos *intelectuales* aquellos en los cuales se requiere cierta habilidad o destreza intelectual, esto es, mental, para poder desarrollarlos, o bien, inten-



tarlo. El ajedrez es casi el único juego deportivo intelectual (existe hasta el día de hoy un gran debate acerca de si se trata o no de un deporte).

Son juegos *mixtos* aquellos en los cuales se requiere una conjunción de habilidades o destrezas físicas e intelectuales para poder desarrollarlos, o bien intentarlo. A mi entender, aquí caben los juegos informáticos porque a la habilidad intelectual de la estrategia o el raciocinio de la modalidad y reglas del juego debe sumársele la habilidad física para manejar los elementos informáticos. Estos juegos no sólo se desarrollan en computadoras, sino también en consolas especializadas, de marcas conocidas: no sólo debe conocerse el manejo del teclado o del *mouse*, sino también de distintos tipos de *joysticks*, para poder jugar. Tal es así que mucha gente, con la práctica, aprende la ubicación de las teclas necesarias, aprendizaje que es intelectual pero sobre todo manual, lo cual cons-

tituye un tipo de conocimiento que determina ganar o perder la partida. Parece un argumento, en principio, endeble, pero en realidad, de fácil demostración: si a uno lo invitan a jugar uno de estos juegos sobre la base de una apuesta y desconoce la utilidad de uno u otro botón, indefectiblemente se pierde por más que a uno lo adiestren en el momento; uno podrá decir “jugué”, lo cual es tanto como decir “pateé la pelota” que, en verdad, para nada expresa haber jugado al fútbol. Desde mi punto de vista, es una habilidad física que no todos poseen o pueden desarrollar. Ejemplos: deportivos = *FIFA '98* - *NBA* - *Golf* - *Tenis*; no deportivos: *Age of Empires* (recreación de combates y campañas militares históricas) - *Warcraft* (campañas y batallas espaciales) - *Counter strike* (es básicamente un juego de puntería: cacería, persecución, manejo de armas; existe, incluso, un campeonato internacional) ¹¹. En la Argentina, estos juegos se llevan a cabo, además de en ciertas cadenas de videojuegos conocidas, sobre todo en los denominados “locutorios”, modalidad contractual autóctona. Si bien el locutorio es expresión de un contrato de locación, en su seno pueden desarrollarse contratos de juego, y efectivamente así sucede: dos grupos de personas acuerdan competir en un partido de fútbol virtual o en una batalla medieval virtual, debiendo el grupo perdedor pagar al grupo ganador cierta suma de dinero.

Cabe apuntar que, si bien existen juegos puramente físicos, intelectuales o mixtos, todo juego requiere de aptitudes físicas e intelectuales en mayor o menor grado. Por ejemplo, el fútbol es también estrategia y el ajedrez es también celeridad.

IX. CASOS ESPECIALES

Son aquellos juegos que no son completamente físicos ni completamente intelectuales, ni tampoco mixtos, pero sí son indudablemente juegos porque redundan en una actividad competitiva sobre la base del azar y habilidades personales. Entre ellos pueden señalarse: todo juego de naipes (truco, póker, canasta, bacará, etc.), ta-te-ti; piedra, papel y tijeras; *dinenti* y *backgammon*.

En conclusión, todo contrato de juego puede radicar en cualquiera de los juegos mencionados, o los que se desarrollen, acorde con el criterio clasificatorio adoptado. La definición del contrato de juego es una sola; lo que cambia es el tipo de juego. Lo que para mí es importante resaltar es que la cantidad de juegos es infinita y se actualiza todos los días, pudiendo celebrarse infinidad de contratos. Por ejemplo, se puede celebrar un contrato de juego tanto sobre un encuentro de colombofilia o triatlón como sobre una partida de “el estanciero”.

¹¹ Los juegos informáticos mencionados en bastardillas son marcas registradas (ley 22.362).

X. APUESTA Y CONTRATO DE APUESTA

Se entiende por apuesta tanto el convenio por el cual varias personas (o partes) deciden que la que acierte o tenga razón en algo recibirá de las demás una cantidad de dinero u otra cosa como el objeto que se apuesta; es decir, es tanto el contrato de apuesta como lo que se apuesta. Por ejemplo: “Apuesto a que mañana gana River (contrato de apuesta); te apuesto \$ 50 pesos (apuesta) a que así sucederá”. La apuesta, como objeto, puede ser de distinto tipo:

— apuesta con valor pecuniario: suma de dinero u objeto determinado o determinable (por ejemplo, cosecha futura);

— apuesta sin valor pecuniario: prestaciones (por ejemplo, acompañar al que acierta a un lugar), prendas (por ejemplo, un beso, disfrazarse), etc.

Son caracteres de la apuesta:

— es una operación en la que sus intervinientes arriesgan patrimonio.

— es un operación competitiva entre dos o más partes;

— es una operación que no depende de habilidad alguna, sino sólo del azar.

Se entiende por contrato de apuesta, entonces, aquel en el que dos personas que son de una opinión contraria sobre cualquier materia convienen que aquella cuya opinión resulte fundada recibirá de la otra una suma de dinero o cualquier otro objeto determinado (art. 2053, CCiv.). Sin embargo, si bien tampoco se desprende de la lectura del Código Civil, el contrato de apuesta no sólo tiene por finalidad dirimir opiniones contrarias, sino muchas veces simplemente apostar, en el sentido también de arriesgar patrimonio (por ejemplo, loterías, rifas), como se indica más adelante. Las partes no llevan a cabo actividad alguna; son terceros observadores o, mejor dicho, interesados en el resultado de los hechos. El contrato de apuesta, a diferencia del contrato de juego, es un contrato pasivo, no activo; se aguarda un resultado. En ese sentido, me parece interesante reflexionar acerca de un supuesto particular: el contrato celebrado entre uno de los jugadores y un tercero. Para distinguir el juego de la apuesta, algunos autores (Salvat) tienen en cuenta el criterio del papel activo o pasivo de los contratantes: en el juego, los que formulan la postura tienen un papel activo en la superación del evento, en tanto que en la apuesta la producción del evento es independiente de la voluntad y del hecho de las partes. Según otros (López de Zavalfa), dicho criterio deja un vacío sin llenar: el contrato de apuesta sobre el resultado de un juego, siendo una de las partes jugadora; por eso, se sostiene, la apuesta es todo aquello que no es juego, por un principio negativo. Según otro pensar (Leiva Fernández), dicha situación no es más que un contrato de apuesta. Desde mi percepción, una y otra cosa son ciertas: es un supuesto de *excepción*. La situación en la cual una persona apuesta con otra sobre el resultado de un juego, *en el cual juega*, es una excepción al principio clasificatorio del contrato de apuesta por el cual sus partes no intervienen. No se puede decir que es

un contrato de juego, tampoco que se trata de un contrato de apuesta, *ergo*, es una excepción a un principio general.

Tanto el contrato de juego como el contrato de apuesta son, en general, contratos *no formales* o consensuales propiamente dichos, es decir, aquellos que no están sujetos a formas de ninguna clase y pueden ser otorgados como las partes estimen conveniente, *aun verbalmente*, con las particulares dificultades de la prueba. Sus caracteres son los mismos del contrato de juego.

Por último, unas breves líneas respecto de la suerte. Se entiende por suerte el puro azar artificialmente creado, el hado, el encadenamiento de los sucesos, etc. Algunos autores (López de Zavalía) entienden por contrato de suerte el sometimiento de una apuesta entre dos o más partes a la suerte (por ejemplo, someter a la suerte particiones de propiedades, tirando una moneda). Esta categoría ha sido superada actualmente, al menos doctrinariamente, dado que los denominados contratos de suerte no son otra cosa que contratos de apuesta: tienen por finalidad apostar.

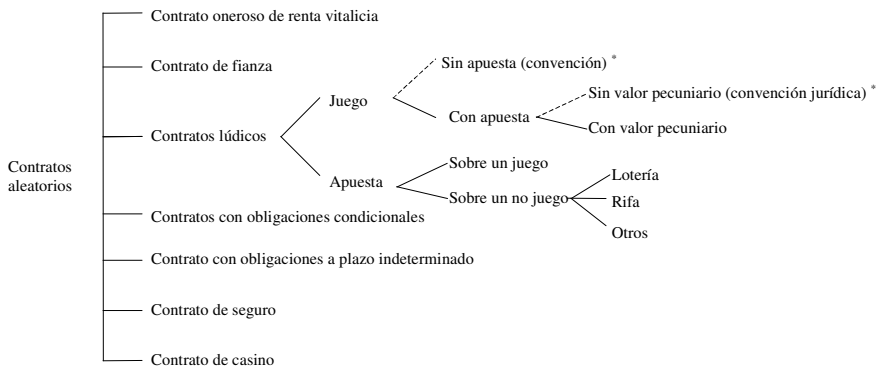
XI. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS

Los contratos aleatorios suelen clasificarse según aquellos en los que las partes desafían al azar o aquellos en los que al menos una de las partes busca protegerse del azar. La primera categoría abarca a los contratos de juego, apuesta, y la segunda al de renta vitalicia y al de seguro. También pueden clasificarse en contratos aleatorios por voluntad de las partes y contratos aleatorios por su naturaleza (renta vitalicia, seguro, juego, apuesta) ¹². Esta última clasificación es incorrecta: no cabe la distinción por voluntad de las partes o por su naturaleza porque, teniendo en cuenta los contratos, se refieren a lo mismo. La clasificación que considero más apropiada es aquella que toma como criterio la *finalidad* del contrato, en forma genérica; luego, en todo caso, sobre ella podrá hablarse de bilateralidad o unilateralidad. La clasificación teleológica permite distinguir, aunque más no sea tentativamente, los distintos supuestos que la realidad jurídica nos presenta. Así, pueden distinguirse:

El cuadro puede describirse de la siguiente manera:

1) Contrato oneroso de renta vitalicia: es aquel contrato por el cual alguien, por una suma de dinero o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una

¹² LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. II, p. 12.



* Nota: las líneas punteadas indican que dichos ítem no son contratos, pero por motivos didácticos aparecen en el gráfico.

renta anual durante la vida de uno o muchos individuos designados en el contrato (art. 2070, CCiv.). Por sus caracteres propios, constituye un caso especial.

2) Contrato de fianza: es aquel contrato en el cual una de las partes se obliga accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero acepta su obligación accesorial (art. 1986, CCiv.). Su aleatoriedad es demostrada por Luis F. P. Leiva Fernández, en su obra *El Álea en los Contratos*, a cuyos argumentos sucintamente remito: “El contrato de fianza es aleatorio por razón de su propia naturaleza, toda vez que se supedita a un hecho futuro e incierto —que el deudor afianzado pague su obligación—, la existencia no de la obligación misma —que es pura y simple, no condicional— sino de una pérdida patrimonial en cabeza del fiador, es decir, la suerte de su prestación: pagar o no pagar”¹³.

3) Contratos lúdicos: son aquellos contratos que tienden a la recreación de las partes intervinientes, con o sin un interés lucrativo. Pueden distinguirse dos subclases:

a) Contrato de juego: son aquellos contratos en los cuales las prestaciones consisten en el desarrollo de algún juego, sobre la base de una apuesta, objeto del contrato, susceptible de apreciación económica. A su vez, pueden distinguirse:

i) Juego sin apuesta: no es un contrato, sólo una convención, un acuerdo de voluntades sin consecuencias jurídicas. Son los denominados por López de Zavalía *juegos desinteresados* que, a diferencia de los interesados, no presentan apuestas o posturas, y por ello no interesan al derecho¹⁴. Por ejemplo: dos

¹³ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El àlea en los contratos*, cit., cap. II, ps. 15/16.

¹⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., cap. XXV.

grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo; el juego de naipes “solitario”.

ii) Juego con apuesta sin valor pecuniario: no es un contrato, sino una convención jurídica, es decir, un acuerdo de voluntades con consecuencias jurídicas; la juridicidad del acto está dada por la apuesta. Sin embargo, no es un contrato en la medida en que carece de patrimonialidad; puede decirse que es un acto jurídico aleatorio. Por ejemplo, dos grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo, apostando que el equipo perdedor debe vestirse de mujer, como prenda. La prenda es un tipo de apuesta sin valor pecuniario.

iii) Contrato de juego con apuesta con valor pecuniario: es el único contrato de juego. Por ejemplo, dos grupos de personas se ponen de acuerdo para jugar un partido de fútbol el domingo, apostando que el equipo perdedor debe pagar el asado y las bebidas; dos amigos compiten en un locutorio en un juego de carreras, debiendo el perdedor pagar lo consumido.

b) Contrato de apuesta: son aquellos contratos en los cuales las partes apuestan, es decir, sujetan el pago de determinada apuesta susceptible de apreciación económica, objeto del contrato, a un acontecimiento aleatorio. De ahora en adelante, entenderé la palabra apuesta referente a aquella con valor pecuniario. La apuesta, a su vez, puede versar sobre un juego o sobre un no juego. Por ejemplo, en el primer caso, dos personas apuestan pagarse determinada suma de dinero conforme al resultado de un encuentro pugilístico; en el segundo caso, dos personas apuestan pagarse determinada suma de dinero conforme a las condiciones meteorológicas del día siguiente. Así, pueden distinguirse:

i) Contrato de apuesta sobre un juego: la apuesta puede versar sobre el resultado de una competición de cualquiera del sinnúmero de juegos mencionados anteriormente, u otros, siempre y cuando se respete el criterio clasificatorio (incluso, los casos especiales). En este caso, la apuesta parte de opiniones contrarias.

ii) Contrato de apuesta sobre un no juego: la apuesta versa sobre actividades que no responden al criterio clasificatorio de juego, ni a los casos especiales. En este caso, la apuesta puede partir de opiniones contrarias o no. En el primer supuesto, es ejemplo el hipódromo (se apuesta sobre carrera de caballos) o galgódromo (se apuesta sobre carrera de perros), apostar sobre resultados electorales o cualquier otro acontecimiento futuro e incierto que no redunde en juego; en el segundo supuesto, son ejemplo la lotería y la rifa, en virtud de las cuales se apuesta no necesariamente sobre la base de opiniones adversas (en todo caso, sobre decisiones o elecciones personales o colectivas). Desde mi punto de vista, la lotería y las rifas, y afines, no son juegos sino más bien apuestas, porque no redundan en el desarrollo de una actividad competitiva, sino en

el desarrollo de una operación competitiva de riesgo patrimonial. Para mí, no son contratos de juego, sino contratos de apuesta sobre no juegos ¹⁵.

4) Contratos con obligaciones condicionales: son aquellos contratos cuyas prestaciones están supeditadas a una condición determinada. Esa definición, en verdad, responde a todo contrato aleatorio, pero desde el punto de vista teleológico, esa caracterización es la que los diferencia del resto y además los permite agrupar. Por ejemplo: donación, compraventa, permuta, locación, etc. Son del tipo de expresiones: “te dono una computadora si”; “te compro tu auto si”; “te cambio mi bote por tu bote si”.

5) Contratos con obligaciones a plazo indeterminado: son aquellos contratos cuyas prestaciones están supeditadas a un plazo indeterminado. De la misma manera que en el caso anterior esa caracterización bien puede responder a algún otro contrato aleatorio, pero, desde el punto de vista teleológico, es precisamente esa característica la que los distingue. El plazo indeterminado es una subespecie del plazo incierto. En el plazo incierto propiamente dicho, el acontecimiento que marca el plazo está fijado con precisión, aunque no se sepa por anticipado cuándo ocurrirá (una muerte, la próxima lluvia); en el plazo indeterminado el acontecimiento que lo establece es impreciso, incierto (mejoramiento de fortuna) y por ello debe ser fijado judicialmente, lo que no ocurre en el plazo incierto típico ¹⁶. Por ejemplo: donación, compraventa, permuta, locación, etc.

6) Contrato de seguro: es aquel contrato en el cual una de las partes (asegurador) se obliga con la otra parte (asegurado), mediante el pago de una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. La finalidad perseguida consiste en trasladar riesgos a un tercero mediante la asunción de las consecuencias provocadas por un hecho determinado y dentro de los límites acordados. El contrato puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley.

7) Contrato de casino: es aquel contrato en el cual una de las partes (casino) pone a disposición de la otra (jugador o apostador) ciertos juegos o no juegos, sobre los cuales se celebran contratos de juego o de apuesta. Es un contrato complejo, atípico, comprensivo de los contratos lúdicos: es bilateral, oneroso, aleatorio, no formal (a veces), consensual, no es *intuitu personæ*. Es un contrato comercial, surgido de la práctica empresarial. Muchas veces está asociado a la hotelería, brindando otros servicios, sobre la base de contratos de hospedaje. Por sus caracteres propios, también constituye un caso especial.

Esta enumeración no es taxativa, sino enunciativa, elaborada con la intención de abordar la mayor cantidad de supuestos. Además de los indicados, pue-

¹⁵ Ver el estudio de las loterías y rifas en: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El álea en los contratos*, cit., cap. XI, ps. 89/100.

¹⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., cap. XIII, p. 261.

den figurar: préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo (arts. 1120 a 1154, CCom., antes de la reforma introducida por ley 20.094, Ley de Navegación); venta de cosas futuras, o cosas sujetas a riesgo (arts. 1332 y 1404 a 1407, CCiv.); cesión de derechos hereditarios sin obligación alguna de garantía a cargo del cedente (art. 1476, 1ª parte, CCiv.); cesión de un derecho de usufructo (art. 2220, 1ª parte, CCiv.); etc.

Por último, me interesa analizar brevemente el siguiente interrogante: los *concursos*, como género, antiguo y mutante, de carácter televisivo, radiofónico, electrónico, etc., ¿son contratos?; y si lo son, ¿son aleatorios? En principio, depende de cada concurso. En general, son contratos, porque responden a sus caracteres (acto jurídico bilateral con contenido patrimonial) y a sus elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa-fin). En general, son aleatorios, porque responden a la premisa de que las ventajas o pérdidas del contrato respecto de ambas partes dependen de acontecimientos inciertos, futuros o actuales. En general, son contratos de adhesión, porque sus estipulaciones son determinadas unilateralmente por una de las partes, debiendo la otra sólo aceptarlas o rechazarlas. Pueden ser contratos de juego: por ejemplo, programas de preguntas y respuestas en radio o televisión. Pueden ser contratos de apuesta: por ejemplo, el envío de tapitas de cierto producto por correo para participar de un sorteo con premio, o bien de un juego, en cuyo caso se torna contrato de juego, en todos los cuales la apuesta está dada por el pago de los productos consumidos y el costo del envío postal. En general, son contratos no formales.

XII. TIPOS DE INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS LÚDICOS

Pueden distinguirse los siguientes sistemas de responsabilidad, relacionados, o bien con la obligación de jugar en los contratos de juego, o bien con la responsabilidad existente entre los integrantes de los equipos a participar. Por ejemplo:

Responsabilidad precontractual: deriva de la violación de las tratativas precontractuales o *pourparlers*. Puede ser de naturaleza contractual o extracontractual ¹⁷.

Resulta ejemplo del primer supuesto:

— Por vicisitudes de la oferta y la aceptación:

a) Retracción o revocación de oferta o aceptación: es el caso de la retracción de oferta pública.

b) Responsabilidad precontractual objetiva por “gastos efectuados en la ignorancia de la muerte o incapacidad sobreviviente del oferente”: dos perso-

¹⁷ Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, LL 1998-D, secc. Doctrina.

nas deciden llevar a cabo un partido de tenis de mesa sobre la base de una apuesta importante en virtud de una rivalidad personal, y una de ellas fallece; en desconocimiento de tal suceso, la otra parte efectúa gastos en calidad de: vestimenta (pantalones, camiseta, etc.); alquiler de una cancha unas horas al mes para practicar, etc.

Resulta ejemplo del segundo supuesto:

— Por dolo: una de las partes del futuro contrato adultera la realidad o la oculta a la otra de suerte que la ignorancia de lo falso o el conocimiento de lo verdadero hubieran llevado al otro negociante a celebrar el contrato; es decir, se busca evitar que las negociaciones lleguen a buen puerto. Por ejemplo, una persona está “negociando” con otra, conocida, formar parte de un equipo de truco para competir en una partida sobre la apuesta de un asado, estando ya casi confirmada su incorporación; dicha persona lo está analizando cuando el equipo contrincante le ofrece formar parte de éste. Sabiendo que el equipo contrincante es mejor que el de su conocido, decide integrarlo y así hace todo lo posible para desligarse de su parcial compromiso anterior: dice que tiene cosas que hacer, que no le interesa, que está ocupado, etc.

— Por ruptura de las negociaciones, subtipo “no respetar los acuerdos parciales ya logrados”: un grupo de amigos acuerda participar en un campeonato universitario de *handball*, que tiene por premio \$ 500 pesos mensuales en calidad de beca a cada miembro del equipo. Las partes acuerdan, en particular, las posiciones (es decir, quién será arquero, quién estará a mitad de cancha, quién estará al frente, etc.), las suplencias y demás particularidades de la formación del equipo. Al momento de inscripción, uno de los integrantes decide ocupar otra posición, y ante la negativa del resto de los integrantes y la generación de nuevas controversias, el equipo se desmiembra. En este caso, muchas veces se pagan señas de participación.

— Por ruptura de las negociaciones, subtipo “iniciar o continuar tratativas sin seriedad”: un grupo de amigos se pone en contacto para participar en un campeonato de fútbol cinco el cual premia al equipo ganador con una suma de dinero de \$ 5.000 y un viaje con todos los gastos pagos para presenciar los partidos de la selección argentina en el Mundial de Fútbol Sudáfrica 2010. Uno de los integrantes del equipo confirma su participación, sabiendo que no podrá jugar porque para la fecha de realización del campeonato tiene otro compromiso impostergable; aun así, inicia las tratativas y, a su vez, las continúa. A pocos días de deber presentarse las listas de equipos participantes, dicha persona desiste, incurriendo en responsabilidad precontractual. O también: dos personas conocidas del mundo del box deciden desarrollar una pelea, al punto que comienzan a efectuarse grandes apuestas aun antes de la pelea. Uno de los contrincantes continúa las tratativas sabiendo que está enfermo y que no podrá participar, tratativas que alcanzan incluso a la reservación del lugar ha desarrollar el encuentro.

— Por nulidad: una de las partes negociantes, en realidad, es menor de edad, aunque no parece, y habiendo mentido al respecto, celebra un contrato de juego con otra sobre la base de una competición en la cual no puede participar; este supuesto puede darse también en los concursos.

Responsabilidad contractual: está supeditada al incumplimiento de un contrato aleatorio. Por ejemplo, en un contrato de juego, una de las partes no “juega” al momento de ejecución de las prestaciones o no paga la deuda de juego; en un contrato de apuesta, el deudor no efectúa el pago de la suma de dinero adeudada. También puede mencionarse un caso extraído de la realidad: una persona envía una carta a un programa televisivo para participar de un juego que tiene, en función de una elección (escoger un número en un tablero), determinados premios, entre ellos, un auto. Su carta es escogida de entre muchas otras de forma aleatoria (se tiran las cartas al aire y una persona toma una) y es remitida a la conductora del programa para efectuar el llamado telefónico; dicha conductora se equivoca de número, llama y la otra persona que, a su vez también había participado del concurso, pero cuya carta no había sido efectivamente escogida, participa y gana el auto. Debido a la responsabilidad contractual devenida del concurso, finalmente se arregló entregar un auto a cada una: a la persona efectivamente seleccionada y a la erróneamente seleccionada.

Responsabilidad poscontractual: deriva de la violación de una obligación de no hacer. Puede ser de naturaleza contractual o extracontractual¹⁸. La responsabilidad poscontractual, en los casos de contratos lúdicos, no redundante entre las partes del contrato, sino, más bien, entre los integrantes de cada parte contratante. Por ejemplo:

— De naturaleza contractual: deber de confidencialidad: dos personas integran un equipo de vela, participan de un certamen y ganan el primer premio. Al año siguiente, se pelean, y una de las personas forma equipo con otra; la persona desplazada, con intención de perjudicar a la otra, informa a otros competidores sobre las técnicas, falencias o secretos que, amén de la habilidad necesaria, permitirían ganarle a su ex *partenaire*. Impera, principalmente, en los contratos de deporte, en los vínculos entre entidad deportiva y jugador o entrenador (que no son, como ya se señaló, contratos aleatorios).

— De naturaleza extracontractual: una persona compite con otra en un certamen de ajedrez y pierde; comienza a decir a los potenciales competidores de aquél, o bien descréditos, o bien técnicas para vencerlo.

Como se puede apreciar, los sistemas de responsabilidad precontractual y poscontractual se reputan en casos de contratos de juego, no así de apuesta, re-

¹⁸ Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad poscontractual”, LL 2002-D, secc. Doctrina.

dundando muchas veces en cuestiones de *fair play* (sobre todo en materia de responsabilidad poscontractual).

XIII. APRECIACIONES SOBRE EL MARCO LEGAL

En nuestro ordenamiento jurídico, entiendo que las normas imperantes en este tema están atrasadas o bien resultan extemporáneas: incluso la redacción de los artículos del Código Civil es anticuada y no refleja la realidad de nuestros tiempos. El ejemplo más claro de ello es el art. 2055, que reza: “Prohíbese demandar en juicio deudas de juego, o de apuestas que no provengan de ejercicio de fuerza, destreza de armas, corridas, y de otros juegos o apuestas semejantes, con tal que no haya habido contravención a alguna ley o reglamento de policía”. Es expresión del pensamiento de su época, y está bien que así fuera, pero no refleja nuestra época, en la cual los juegos de destreza intelectual son tan importantes como los de destreza física, y las deudas devenidas del incumplimiento de contratos celebrados sobre la base de tales juegos son tan exigibles como las de los contratos de juegos físicos. Es por eso que me parece más satisfactoria la redacción del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998. Sin embargo, estimo que podría contemplarse:

— agregar una categorización que distinga contratos aleatorios y contratos conmutativos;

— agregar la “obligación de jugar” o, en su defecto, indemnizar, en la definición de contrato de juego;

— agregar una definición de contrato de apuesta, siendo estimativa: “Hay contrato de apuesta si dos (2) o más partes compiten en una operación de riesgo patrimonial, para dirimir opiniones contrarias o no, obligándose a pagar a la que gane un bien mensurable en dinero”.

Respecto del “casino”, en nuestro ordenamiento jurídico, su regulación es una facultad delegada a cada distrito: provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En esta última, se halla prohibido en virtud de estar prohibida la concesión o privatización de los juegos de azar (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). En Estados Unidos de América, por ejemplo, además de existir una ciudad del juego y la apuesta (Las Vegas), su concesión se halla reservada en muchos casos a las minorías indígenas como forma de ingreso para sus comunidades, fenómeno que se ha multiplicado en los últimos años. Considero que el “casino” es la máxima expresión de la sociedad de consumo que impera en nuestros días y que constituye una opción más dentro de la lista de actividades económico-empresariales que puede desarrollarse en cualquier país; creo que debe, no fomentarse, pero al menos no prohibirse su establecimiento como forma de explotación privada. Así como existen *shoppings* existen casinos y, en todo caso, depende de cada uno dónde consumir y en qué consumir. No comparto los temores infundados que demonizan al casino como

expresión del ocio irrestricto; tampoco comparto los argumentos que plantean la absoluta ausencia de un marco legal. Como en toda sociedad, es imprescindible la regulación estatal: habilitación de los establecimientos; impositivamente, fiscalizando las operaciones o transacciones y, además, previendo que resulte redituable la actividad tanto para el empresario como para la comunidad; en protección del consumidor e incluso del ludópata, por ejemplo, puede imponerse un límite de apuesta, etc. La labor legislativa en esta materia es infinita.

XIV. CONCLUSIONES

— El álea denota tanto una situación extrínseca como intrínseca a los contratos. Si es extrínseca, no sólo puede reputarse de los contratos, sino de todo hecho voluntario lícito, esto es, meros actos lícitos y actos jurídicos; es un álea no predispuerto. Si es intrínseca, emana de la voluntad de las partes y caracteriza a los contratos aleatorios; es un álea predispuerto. Se puede decir que el álea es un elemento esencial de este tipo contractual, como el precio en la compraventa, la cosa en la locación o la gratuidad en el comodato.

— El álea, como concepto, es comprensivo tanto de la condición como del riesgo. Éste es el tema que más me llevó reflexionar, porque parte, por un lado, de definiciones, esencias y naturalezas jurídicas de conceptos que uno cree completamente estatuidos, pero que no lo están tanto y, por otro lado, de disquisiciones doctrinarias que se unen, se fragmentan y se vuelven a unir. Por eso, es un asunto abierto en el cual uno toma una posición sobre la base de lo que cree o, como me gusta señalar, lo que a uno le *sugiere* el tema.

— Los contratos aleatorios son aquellos en los cuales cada una de las partes desconoce cuándo habrán de producirse las ventajas o pérdidas del contrato, debido a que se hallan supeditadas a un acontecimiento incierto, futuro o actual, siendo las ventajas o pérdidas aleatorias para ambas partes. Son contratos aleatorios: contrato oneroso de renta vitalicia, contrato de fianza, contratos lúdicos, contratos con obligaciones condicionales, contratos con plazo indeterminado, contrato de seguro, contrato de casino.

— El juego es una actividad competitiva tendiente a la superación de un riesgo artificialmente creado que depende de la habilidad, física y/o intelectual, de sus intervinientes, y del azar. Todo deporte es un juego. Los juegos pueden ser físicos, intelectuales, mixtos (o especiales).

— La apuesta es tanto una operación competitiva tendiente a la satisfacción de un interés personal o colectivo, lucrativo o no, devenido de opiniones contrarias o no, como su objeto. La apuesta puede tener o no valor pecuniario.

— El contrato de juego es un contrato que tiene por finalidad jugar. El contrato de apuesta es un contrato que tiene por finalidad apostar. El objeto en ambos contratos es el tipo de apuesta (siempre con valor pecuniario).

— Son tipos de responsabilidad derivados del incumplimiento de contratos lúdicos: precontractual, contractual, poscontractual.