

Id Cendoj: 28079110012010100201
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 862/2006
Nº de Resolución: 194/2010
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR: Partida de bacarrá perdiendo 39 millones de ptas. de los que el perdedor entregó 9 millones en metálico el día siguiente, entregó cuatro solares por valor de 13 millones mes y medio después, transmitió luego una vivienda por 9 millones y se obligó a pagar 8 millones en fecha determinada. Pleito anterior negando al ganador el pago de los 8 millones y el otorgamiento de escritura de transmisión de los cuatro solares. Irrepetibilidad de lo pagado por el perdedor, correlativa a la inexigibilidad de su crédito por el ganador. Relación del art. 1798 CC con el art. 1306-1ª y regulación del juego y la apuesta como contrato aunque bajo un régimen especial en atención a su causa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de dos mil diez.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el demandante D. Gabino , representado ante esta Sala por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, contra la sentencia dictada con fecha 15 de febrero de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén en el recurso de apelación nº 38/06 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 77/04 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá la Real, sobre restitución de lo pagado por juegos de suerte, envite o azar. Ha sido parte recurrida el demandado D. Higinio , representado por el Procurador D. José Luis Pinto Marabotto.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de marzo de 2004 se presentó demanda interpuesta por D. Gabino contra D. Higinio solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"- Se restituya los 9 millones de ptas de los que mí representado hizo entrega en su día a favor del demandado, con los intereses legales correspondientes.

- Se declare la nulidad del documento de fecha 7 de abril de 1994, en consecuencia, se declare la nulidad del contrato de compraventa de 16 de mayo de 1994, celebrado en cumplimiento del anterior documento, condenando al demandado a indemnizar al demandante en el valor actual de la finca.

- Se declare la propiedad de mi representado sobre los solares identificados en el documento de 7 de abril de 1994, con los nº NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 y se le restituyan en su posesión con todas las construcciones realizadas en los mismos por el demandado, sin que éste tenga derecho a indemnización.

- Se condene al demandado al pago de la costas procesales."

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcalá la Real, dando lugar a los autos nº 77/04 de juicio ordinario, y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda proponiendo la excepción de cosa juzgada material, oponiéndose a continuación en el fondo y solicitando se acogiera dicha excepción o, en su defecto, se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, en ambos casos con imposición de costas al actor.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el Sr. Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2005 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: "*Que DESESTIMANDO íntegramente la demanda formulada por la procuradora Dña. Isabel Jiménez Sánchez, en nombre y representación de D. Gabino , sobre declaración de nulidad y reclamación de cantidad, contra D. Higinio , debo ABSOLVER Y ABSUELVO a D. Higinio de los pedimentos efectuados en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora.*"

CUARTO.- Interpuesto por el actor contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 38/06 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2006 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por el actor-apelante contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado, a continuación de lo cual dicho litigante lo interpuso ante el propio tribunal articulándolo en dos motivos: el primero por infracción del *art. 1275 CC* y el segundo por infracción del *art. 1798* del mismo Cuerpo legal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, con fecha 28 de octubre de 2008 se dictó auto admitiendo el recurso, a continuación de lo cual la parte demandada-recurrida presentó escrito de oposición pidiendo la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 28 de enero del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin **Castan**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El presente recurso de casación, interpuesto por el demandante, pretende se le restituyan el dinero (9 millones de ptas.) y los cuatro solares que en su día entregó al demandado por una deuda de juego contraída en una partida de bacarrá, así como que se le indemnice por el valor de una casa transmitida en aquella misma ocasión al demandado por la referida deuda pero que posteriormente se transmitió a terceros.

El litigio fue promovido en 2004 por el hoy recurrente, la sentencia de primera instancia desestimó totalmente su demanda y este fallo fue confirmado en apelación.

Los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados son los siguientes:

1º. El día 18 de Marzo de 1.994, D. Gabino participó en el bar "La Oficina" de Jaén, en una partida de bacarrá en la que también participaron D. Rubén , D. Santiago , D. Sergio y D. Higinio , en el transcurso de la cual D. Higinio se ofreció a garantizar la devolución del valor de las fichas que se le prestaron para jugar, llegando a perder D. Gabino la suma total de 39 millones de pesetas.

2º. Al día siguiente, 19 de Marzo de 1.994, D. Higinio acudió a la empresa Alvic, S.A. en Alcaudete, donde D. Gabino es directivo, para que le pagara la deuda, entregándole el hoy actor la suma de 9 millones de pesetas.

3º. En la tarde del día 7 de Abril de 1.994, D. Gabino y D. Higinio , firmaron un documento en el que aquel reconocía adeudar a éste la suma de 39 millones. Dicho documento fue íntegramente redactado por D. Juan Carlos , quien lo ratificó como testigo, al igual que D. Juan Miguel . En dicho documento (documento nº 3 de la demanda) aparecen fotocopiados los documentos nacionales de identidad de demandante y demandando, y además de exponer los hechos acaecidos, se hacía constar expresamente que se había entregado con anterioridad la cantidad de 9 millones, sirviendo el documento "como la más eficaz carta de pago". De igual forma, se hacía constar que el resto hasta el pago de la totalidad de la deuda, lo haría D. Gabino con la entrega de un piso en camino viejo de la Fuensanta, frente al Consultorio de Salud, tal y como se describe, que valoraron en 9 millones, así como con la entrega de cuatro solares en la URBANIZACIÓN000 de Alcaudete, solares nº NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 , que las valoraron las partes en 13 millones de pesetas, comprometiéndose al pago de 8 millones de pesetas el día

20 de Junio de 1.994. En dicho documento se establecía que D. Higinio tomaba la posesión en dicho acto.

4°. El día 16 de Mayo de 1.994, D. Gabino , a través de D. Juan Miguel como mandatario verbal, con su posterior ratificación el día 30 de Mayo de 1.994, escribió a favor de D. Higinio el piso NUM004 , letra NUM005 , destinado a vivienda, situado en la planta NUM004 del edificio de la c/ CAMINO000 de Alcaudete, valorado en 9 millones de pesetas, ante el Notario D. Rodrigo Fernández-Madrid Molina (documento nº 6 de la demanda). Dicho piso fue transmitido a terceros el día 4 de Marzo de 2.002, inscribiéndose el nuevo titular en el Registro de la Propiedad el 10 de Abril de 2.002 (documento nº 8 de la demanda).

5°. El 22 de Julio de 1.994, D. Gabino realizó un requerimiento notarial a D. Higinio para trasladarle el contenido íntegro de una carta, a los efectos de notificación de la cesión de crédito efectuada por D. Santiago a favor del hoy actor presuntamente operada el 18 de Julio de 1.994. D. Santiago negó en todo momento -según se desprende de las documentales aportadas- la autenticidad de la firma que obra en dicha carta.

6°. D. Higinio interpuso una demanda contra D. Gabino ejercitando una acción de cumplimiento de contrato para que se declarara la obligación de D. Gabino de cumplir el documento de 7 de Abril de 1.994 y se le condenara a otorgar escritura pública de los solares que constan en dicho documento, así como a la entrega de ocho millones de pesetas (Menor cuantía nº 154/1.994). Por sentencia de fecha 23 de Marzo de 1.995 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Alcalá la Real (documento nº 11 de la demanda) la demanda fue desestimada absolviendo al demandado de los pedimentos efectuados en su contra. En dicha sentencia se hizo constar que la deuda tenía su origen en un juego no amparado por la ley (fundamento de derecho segundo), se manifestó la inexistencia misma del contrato cuyo cumplimiento pretendía el ahora aquí demandado al faltar un elemento esencial del mismo y por último, dejaba expresa constancia de la no repetibilidad de lo pagado voluntariamente, remitiendo a la correspondiente Oficina Liquidadora copia del documento para liquidar el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (fundamento de derecho tercero y fallo).

7°. Interpuesto recurso de apelación contra la resolución anterior por Higinio , la Sección 1ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén desestimó el mismo por sentencia de 21 de Julio de 1.995 (documento nº 12 la demanda). Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación que fue igualmente desestimado por sentencia de 8 de Julio de 2.000 de la Sala Primera del Tribunal Supremo .

8°. Por sentencia de fecha 16 de Abril de 1.996 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Alcalá la Real se desestimó la demanda de juicio hipotecario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria interpuesto por la entidad ALVIC, S.A., contra D. Higinio , constando expresamente en el fundamento de derecho sexto que dicho Juzgador estimaba resuelta cuestión de la propiedad de las parcelas entregadas por D. Gabino en la sentencia recaída en el procedimiento de menor cuantía del Juzgado nº 1, nº 154/1994 .

9°. En fecha 10 de Marzo de 1.997, D. Gabino interpuso querrela criminal por los delitos de amenazas y coacciones contra Higinio . Tras la práctica de las diligencias que se estimaron pertinentes, el día 4 de Febrero de 2.002 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Jaén, absolviendo a D. Higinio como autor responsable de un delito de amenazas. En los hechos probados de dicha resolución consta expresamente que no ha quedado acreditado que D. Higinio en ningún momento profiriera amenazas para lograr el cobro parcial referido, ni que el documento privado suscrito lo fuese por tal motivo. De igual forma, en sus propios fundamentos de derecho se señalan las dudas racionales sobre la propia existencia del individuo al que todos se han referido como "el alemán", detallando minuciosamente las contradicciones en que incurre el actor y los presuntos testigos del episodio, así como la vaga descripción que se hace del mismo".

A partir de estos hechos la sentencia razona que el documento de 7 de abril de 1994 no podía desplegar "mayores efectos de futuro" porque su causa era una deuda de juego cuyo régimen no podía burlarse mediante un reconocimiento de deuda; que no se habían probado las amenazas o presiones del demandado, por sí o valiéndose de otras personas, para que el actor firmara dicho documento; que en último extremo la acción de anulabilidad habría caducado; que la pretensión de restitución del demandante debía examinarse desde las perspectiva de la obligaciones naturales; que desde esta perspectiva la atribución patrimonial del actor al demandado era irrepetible porque lo que hizo "fue cumplir un deber reconocido socialmente y acorde con criterios socialmente aceptados de que el que pierde en el juego deber hacer frente a sus deudas"; que la irrepetibilidad de lo pagado resultaba claramente de los arts. 1798, 1305 y 1306 CC ; y en fin, que lo reclamado en la demanda no era más que la devolución de lo pagado por una deuda de juego de modo absolutamente voluntario, según resultaba de los hechos probados.

La sentencia de apelación, por su parte, tras aceptar expresamente los fundamentos de derecho de la

sentencia de primera instancia, entre ellos el que contenía los hechos probados, justifica la desestimación del recurso de apelación del demandante razonando, en esencia, que el documento de 7 de abril de 1994 había sido declarado nulo en el juicio de menor cuantía nº 154/94 y por tanto no podía desplegar los efectos restitutorios pretendidos en la demanda; que tampoco procedía estimar la anulabilidad por vicio del consentimiento consistente en intimidación porque ésta no se había probado; que la norma aplicable era el *art. 1798 CC* y por tanto, al no haber mediado dolo por parte del demandado, el actor no podía exigirle la devolución de lo pagado voluntariamente; y en fin, que la condición del demandado en relación con la partida de bacarrá, planteándose si era acreedor, fiador o cesionario, no era motivo de examen en el litigio, y si el documento de 7 de abril de 1994 había sido declarado nulo, *"no puede obtenerse del mismo la cualidad de acreedor, de fiador o cesionario de uno de los intervinientes para tratar de conseguir la repetición de lo pagado, repetición vedada como se ha expuesto en función de lo establecido en el art. 1798 del C.Civil citado o demostrar la existencia de enriquecimiento injusto"*.

El recurso de casación del actor-apelante contra la sentencia de apelación se articula en dos motivos, ninguno de los cuales trata ya de la anulabilidad del pago o del reconocimiento de deuda por intimidación ni del enriquecimiento injusto del demandado por no tener la condición de acreedor de la deuda de juego.

SEGUNDO.- El *primer motivo* se funda en infracción del *art. 1275 CC* porque, según su lacónico desarrollo argumental, si el contrato de 7 de abril de 1994 es nulo, lo pretendido en la demanda, y ahora mediante este recurso, no es más que volver a la situación anterior como dispone el *art. 1303 del mismo Código*. Así planteado, el motivo ha de ser necesariamente desestimado porque al omitirse en su alegato cualquier análisis de lo resuelto en el juicio declarativo que precedió al presente litigio, se elude que lo fallado entonces no se fundó en la nulidad radical de las obligaciones nacidas del juego, es decir de la partida de bacarrá perdida por el hoy recurrente, sino en la ineficacia del documento de 7 de abril de 1994 para transformar una deuda de juego, inexigible según el *art. 1798 CC* por el entonces actor y hoy demandado, en una deuda exigible en cuanto reconocida con independencia de su origen, como se desprende de la lectura de las sentencias de primera instancia, apelación y casación recaídas en ese pleito precedente.

En definitiva, el recurrente pretende enlazar directamente y sin más el *art. 1275 CC* con su *art. 1303* eludiendo no sólo la norma especial fundamentalmente aplicada al caso por el tribunal sentenciador, el *art. 1798* del mismo Cuerpo legal, sino también las reglas asimismo especiales sobre los efectos de la nulidad contenidas en su *art. 1306-1º*, que ya esta Sala tuvo en cuenta en su sentencia de Pleno de 10 de octubre de 2008 (rec. 5707/00) como aplicable al juego, no siendo admisible que si el documento de 7 de abril de 1994 se consideró en su día ineficaz, por razón del origen de la deuda, para que el ganador exigiera su pago total, pretenda ahora el perdedor, prescindiendo precisamente de la razón de esa ineficacia y por tanto del origen de la deuda, recuperar lo pagado voluntariamente, como si el documento en cuestión no tuviera su razón de ser en la partida de cartas que ha provocado tan larga sucesión de actuaciones civiles y penales.

TERCERO.- El *segundo y último motivo* del recurso se funda en infracción del *art. 1798 CC* con base en dos tipos de argumentos: uno señala que la privación de la acción de repetición no puede fundarse en una obligación natural sino en el principio aplicable a las obligaciones con causa torpe, con arreglo al cual sería irrepetible únicamente lo pagado *"de forma libérrima, espontánea y, lo que es más, simultáneamente al juego"*; y el otro tipo de argumentos aduce que ha quedado jurídicamente indefinida la propiedad de los solares entregados a la firma del documento de 7 de abril de 1994, porque si en el pleito precedente se le negó al hoy demandado el otorgamiento a su favor de escritura pública de transmisión de dichos solares por ser nulo el documento, entonces resulta que este mismo demandado está poseyendo los solares sin justo título.

Pues bien, tampoco este motivo puede ser estimado.

En cuanto al primer tipo de argumentos, es cierto que el fundamento del *art. 1798 CC* en la idea de la obligación natural resulta más que dudoso, como hace ya tiempo se indicó por un importante sector de la doctrina científica, y es más razonable hallarlo en el régimen de las obligaciones nacidas de un contrato con causa ilícita o con *causa torpe de los arts. 1305 y 1306* del mismo Cuerpo legal, siempre sin olvidar que para éste el juego y la apuesta son contratos, regulados en el Título XII de su Libro IV como contratos aleatorios. Sin embargo de ello no se deriva la consecuencia propuesta en el motivo, esto es que sólo sea irrepetible lo pagado durante la partida de cartas, pues el *art. 1798 CC* extiende la irrepetibilidad a lo pagado "voluntariamente", y por tanto no hay razón alguna para excluir de la irrepetibilidad los pagos voluntarios aunque sean posteriores a la partida, como sucedió en el caso examinado. En definitiva, despenalizados hoy el juego y la apuesta, aunque no legalizados sino bajo determinadas condiciones, el origen de la deuda

en una partida de cartas no incluíble entre los juegos no prohibidos del *art. 1800 CC* permite poner su *art. 1798* en relación con su *art. 1306-1ª* y, en consecuencia, negar al perdedor de la partida la repetición de lo "dado en virtud del contrato", pues participó en el hecho de igual modo que el ganador de la partida.

Por lo que se refiere al otro tipo de argumentos, los relativos a la indefinición jurídica de la propiedad de los solares, tampoco pueden ser acogidos: primero, porque el *art. 1798 CC*, única norma citada en el motivo como infringida, nada tiene que ver con lo que plantea el recurrente, que al referirse a la posesión de los solares por el demandado sin título, o tras haber sido éste declarado nulo, parece estar refiriéndose a la necesidad de título y modo para transmitir la propiedad según el *art. 609 CC*; segundo, porque la indefinición jurídica aducida en el motivo afecta más al demandado que al actor hoy recurrente; y tercero, porque si existió contrato, el de juego, seguido de la entrega de los solares en concepto de pago, y el *art. 1798 CC* establece la irrepitibilidad de lo pagado en virtud de tal contrato, entonces tampoco el *art. 609 CC* sería obstáculo a la transmisión de la propiedad de los solares entregados.

CUARTO.- Desestimados los dos motivos del recurso, procede, conforme a los *arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1*, todos de la LEC, confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por el demandante D. Gabino, representado ante esta Sala por el Procurador D. Carmelo Olmos Gómez, contra la sentencia dictada con fecha 15 de febrero de 2006 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén en el recurso de apelación nº 38/06.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin **Castan**.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin **Castan**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.