

La Corte de Casación ha consagrado estos principios en un negocio que presenta una notable circunstancia. En primera instancia y en apelación el tomador había contestado la validez de la obligación subscripta por él por causa de un préstamo, por único motivo de que se trataba de anticipos hechos por el prestamista no á él sino á la sociedad ilícita que existía entre ellos. Ante la Corte de Casación abandonó este sistema; sostuvo que se trataba de préstamos hechos á sabiendas por el prestamista con el fin de extinguir deudas de juego que el prestamista le había autorizado á hacer en su nombre. El medio era nuevo, decía el demandado, luego no admisible. Esta excepción no fué aceptada: es del deber y del derecho de la Corte apreciar este medio, dijo la sentencia, puesto que la nulidad que tiene misión de justificar se refiere á un interés de orden público. Luego la Corte comprueba los hechos tales como resultaban de la sentencia atacada. El prestamista había autorizado el empleo de su nombre hecho por el tomador en unos juegos de Bolsa; al prestar su nombre lo impulsaba la esperanza de recuperar sumas que el tomador le debía en parte por juegos de Bolsa anteriores; habiendo sucedido grandes pérdidas intervino un préstamo considerable de 49,000 francos destinado á saldar su monto. Resultaba de esto que el prestamista estaba comprometido en el juego, que su nombre servía al jugador para encubrirse, que favorecía, para sacar cierto provecho, los juegos de Bolsa, en los que era parte como mandante. Es evidente, dijo la Suprema Corte, que en estas circunstancias el prestamista era acreedor á una deuda de pago. Había, pues, que aplicarle el art. 1965; decidiendo lo contrario la sentencia atacada habría violado la ley abiertamente. (1)

221. Hemos supuesto hasta aquí préstamos hechos an-

1 Casación, 15 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 224) después de de liberación en Cámara de Consejo.

tes del juego ó mientras que el jugador se entrega á operaciones aleatorias de Bolsa. Si el préstamo está consentido después de consumado el juego, y para que el que perdió pueda saldar su deuda, el préstamo queda extraño al juego aunque el prestamista supiera que las sumas que anticipa están destinadas á pagar una deuda de juego. En efecto, la ley legitima el pago de las deudas de juego, negando al que pierde el derecho de promover la repetición; el préstamo tiene, pues, una causa legítima: lo que es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en este punto. (1)

222. Las operaciones aleatorias de la Bolsa no se hacen directamente por los jugadores, se hacen directamente por los jugadores, se hacen por intermediarios que tienen mandato de jugar y pagar. De ahí la cuestión de saber si los mandatarios tienen acción contra los mandantes. Si el mandato comprende á la vez el poder de jugar y pagar, no hay ninguna duda: el mandato tiene por objeto el juego; el artículo 1965 recibe, en este caso, su directa aplicación. La jurisprudencia es constante; volveremos á ella al tratar de los tratos á plazo. La cuestión es otra cuando el que pierde da mandato para pagar á una persona que permaneció extraña al juego. Este mandato nada tiene de legítimo, así como el préstamo contraído para pagar una deuda de juego. El mandato paga por intermedio del mandatario, y el que pierde tiene derecho de pagar, luego el mandato que así para el juego es válido y, por consiguiente, el mandatario tiene acción contra el mandante.

§ III.—DE LOS TRATOS A PLAZO.

Núm. 1. ¿Cuándo son un juego los tratos á plazo?

223. Los valores cotizados en la Bolsa, mercancías ó

1 Véanse las autoridades citadas por Pont, t. I, p. 221, núm. 647.

bonos públicos, tienen un valor variable. Cuando son objeto de una venta al contado esta variación es indiferente, el precio se fija por el curso del día, es una venta ordinaria. No sucede lo mismo cuando la venta es con plazo; el curso del día en que la venta tiene lugar puede ser inferior ó superior al del día en que se hace la entrega; esta diferencia entre estas dos cotizaciones forma una suerte favorable ó desfavorable, según que es vendedor ó comprador, y según que hay baja ó alza. Los tratos á plazo tienen, pues, un carácter aleatorio. ¿Quiere esto decir que sean ilícitos por razón de la suerte de ganancia ó pérdidas que sufren las partes? Nó, pues la ley no reprueba los contratos aleatorios, los sanciona, al contrario; sólo hay excepciones para el juego; es decir, para las convenciones que tienen por objeto una ganancia que las partes buscan en el azar. Y los tratos á plazo por sí mismos no son un juego: son ventas que deben ser seguidas de una entrega al vencer el plazo, por un precio convenido, aunque este precio haya también variado en el intervalo del trato á su ejecución. Sin embargo, los tratos á plazo pueden esconder un juego; esto sucede cuando las partes contratantes no tienen la intención de vender ni comprar; cuando en el vencimiento del plazo no se efectúa ninguna entrega sólo hay arreglo por las *diferencias* que resultan en la variación de los valores en provecho de una ú otra parte. Cuando el mercado á plazo disfraza un juego es seguro que cae bajo la aplicación de las leyes que reprueban el juego ó que al menos niegan toda acción á los jugadores. Queda por saber cuándo es serio el trato y cuándo sólo es un juego.

Ya en el derecho antiguo estas cuestiones habían suscitado numerosas dificultades; decretos del Consejo de 2 de Septiembre de 1724 y 7 de Agosto de 1735, del 2 de Agosto de 1785 y 22 de Septiembre de 1786, habían intentado resolverlas é impedir las maniobras practicadas por los ju-

gadores para eludir disposiciones que tendían á proscribir los juegos de Bolsa. En el último estado de la legislación anterior de 1789 se admitía la validez del trato á plazo, pero bajo muy rigurosas condiciones: era necesario que el vendedor estuviera en posesión de los títulos en el momento del compromiso, que hiciera el depósito previo de estos títulos y que el vencimiento no pasase de dos meses. Todo trato á plazo que no reuna estas condiciones era reputado ficticio, asimilado al juego y reprobado como tal. (1)

224. ¿Los decretos del Consejo están aún en vigor? En Francia la jurisprudencia ha variado, acabó por pronunciarse por la abrogación. (2) También se invocaron estos decretos en Bélgica, pero fué sentenciado que nunca habían sido legalmente publicados; de suerte que no podían tener fuerza obligatoria. (3) La Corte de Bruselas dice muy bien que estos decretos están en oposición con los principios que consagra el Código Civil. Según el art. 1130 las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación; está, pues, permitido vender mercancías ó vales públicos que no se poseen en cuanto á la venta, lo que excluye la necesidad del depósito. La ley prevee el caso de ventas hechas á plazo y fija los efectos de la falta de entrega (art. 1610); lo que es igualmente incompatible con la legislación de los decretos del Consejo. Hay también incompatibilidad entre el art. 422 del Código Penal de 1810 y el derecho antiguo. Acerca de este último punto hay que notar que los arts. 421 y 422 del Código francés no han sido reproducidos por nuestro nuevo Código Penal; síguese de esto: primero, que ya no hay apuestas ni juego; que están considerados como un delito criminal, mientras que el art. 422, siempre en vigor en Francia, castiga como delito toda convención de vender ó entregar ob-

1 Véanse estos decretos en Merlin, *Repertorio, Trato á plazo*, pfo. II. Compárese Pont, t. I, p. 302, núm. 628.

2 Pont, t. I, p. 304, núms. 630 y 631 y las sentencias que cita.

3 Bruselas, 30 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 107).

jetos públicos que el vendedor no podrá probar haber existido á su disposición en el momento de la convención ó haber debido estar á su disposición cuando la entrega: el Código Penal asimila estas convenciones á una apuesta hecha al alza y baja de los bonos públicos y las castiga con un mes de arresto á un año y una multa de 500 francos á 1000. El Código Penal no castigaba el trato que tenía por objeto granos; había, pues, apuestas castigadas ó juegos prohibidos y castigados, los había lícitos en el sentido de que no se castigaban aunque los convenios fuesen de igual naturaleza. Esta disposición exparce alguna incertidumbre en la jurisprudencia francesa y en la doctrina de los autores. Desaparece en nuestro Código belga.

225. Consta, pues, que el trato á plazo es en sí una convención válida; ya no existe presunción legal de juego como la había en virtud de los decretos del Consejo. La Corte de Casación ha consagrado este principio. «Los tratos á plazo en vista de utilidades por realizar en la variación de las cuotizaciones de los vales públicos pueden ser serios y desde luego legítimos; no implican, pues, necesariamente y por sí mismos la presunción legal ó la prueba de juego.» (1) Estas convenciones quedan bajo el imperio del derecho común: serias, son válidas; ficticias, constituyen un juego y están, por consiguiente, destituidas de acción. Esto es también lo que dice la Corte de Casación. «En principio los tratos á plazo de bonos públicos ó de mercancías son válidos cuando son serios y reales. La ley no prohíbe más que aquellos que sirven á disfrazar operaciones de naturaleza á volverse necesariamente en *diferencias* por el efecto de la voluntad original de las partes y que constituyen desde luego operaciones de juego.» (2) Se está también bajo el imperio del derecho común en lo relativo á la prueba. Puesto

1 Denegada, Cámara Civil, 26 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 439).

2 Denegada, 1.º de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 148).

que no hay ya presunción legal de juego la prueba incumbe al demandante que sostiene que la operación es ficticia y disfraza un juego. En vano se ha sostenido que las probabilidades y, por consiguiente, las presunciones estaban en favor de la ficción. La Corte de Lyon confiesa que en la Bolsa el número de tratos ficticios excede desmedidamente el de los mercados serios; á la vez que deplora esta funesta tendencia, la Corte agrega que se hacen, no obstante, serios tratos cada día y que basta con este hecho para que la ficción no se presuma *a priori*. (1) Hay un argumento más perentorio: es que no hay presunción *a priori*; es decir, legal sin ley. Y á falta de presunción dispensando al demandante probar lo que es de su cargo hay que aplicar la regla elemental del art. 1315 que impone al demandante el fardo de la prueba. En esta materia más que en cualquiera otra la prueba es difícil, pero la dificultad de la prueba no modifica el derecho.

226. Bajo otro punto de vista también los tratos á plazo permanecen bajo el imperio del derecho común. Según la legislación francesa los tratos á plazo ficticio por mercancías ó granos no constituyen un delito, mientras que los tratos á plazo ficticio por bonos públicos están castigados por el Código Penal. Estando abrogados en Bélgica los artículos 421 y 422 del Código Penal de 1810 ya no hay diferencia entre los tratos ficticios; ninguno es delito, pero todos quedan sometidos á la disposición del art. 1965 que niega toda acción á las deudas de juego. Estas deudas tienen todas la misma naturaleza; si no son delitos, si en este sentido son lícitas, se puede decir también bajo el punto de vista del Código Civil que tienen una causa ilícita en el sentido del art. 1133, pues las convenciones de juego son contrarias á las buenas costumbres y al orden público, y, por tanto, estas convenciones no pueden tener ningún efecto, según el

1 Lyon, 30 de Julio de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 11).

art. 1131. A este respecto la abrogación de los artículos 421 y 422 del Código Penal de 1810 no trajo ningún cambio al derecho civil.

227. Hay numerosas sentencias que admiten la validez de los tratos á plazo cuando son serios. Tomamos algunos ejemplos en la jurisprudencia. Un negociante da orden para comprar cierta cantidad de alcohol llamado Holanda para ser entregado en varias épocas. Estas compras fueron hechas por intervención de corredor. Unas facturas en forma comprobaban por parte del vendedor la obligación pura y simple de entregar la mercancía en los plazos convenidos y la obligación del comprador de tomar las partidas y pagar contado al vencimiento. Después de tres entregas del alcohol el negociante se negó á recibir las entregas que debían seguir, por motivo de que la compra hecha por su cuenta tenía por objeto un juego de Bolsa. En cuanto á las facturas del corredor que se le oponían la apartaba diciendo que estos escritos bien comprobaban la compraventa, pero no establecían la prueba de la verdad del contrato. Sin duda, dijo la Corte de Burdeos, los escritos no prueban la realidad y sinceridad de la convención, pero siendo también la pretendida simulación una especie de dolo tocaba probarlo á aquel que lo alegaba. Debíó haber dicho que siempre toca al demandante dar la prueba; es, pues, aquel que sostiene que un trato serio en apariencia esconde una operación de juego el que debe probarlo. Y en el caso el negociante que oponía la excepción de juego no había probado lo que alegaba; su propio hecho atestiguaba en su contra, puesto que había recibido una parte del alcohol comprado por su cuenta. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

Se ve cómo la sospecha de juego se explota por las partes

1 Denegada, 29 de Noviembre de 1836 (Dalloz en la palabra *Juego y apuesta*, núm. 21, 2.º)

que cuando el contrato no entendían jugar y que se niegan á mantener los tratos que les salen desfavorables. La jurisprudencia ofrece demasiados ejemplos de esta mala fe que deshonor el comercio. Dos corredores del mercado de trigo hacen por cuenta de dos panaderos, y por su orden, compras y ventas de harinas para entregarse en 1846-1847. Estos se negaron á cumplir sus compromisos alegando que sólo habían tenido por objeto un juego á la baja de las harinas, cuyo resultado debía saldarse según la diferencia de las cuotizaciones. Fué sentenciado que los tratos eran serios y que la mala fe de los panaderos que alegaban un hecho que no probaban no podía nulificar los compromisos que los corredores habían contraído seriamente; y cuya inejecución les causaba un gran perjuicio. (1) Estos mismos reproches de mala fe han resonado más de una vez ante los tribunales de Bélgica; se cumple el trato á plazo cuando es favorable y se desecha cuando se vuelve perjudicial por la variación de la cuotización, pretendiendo que la operación es un juego. Hay que atenerse rigurosamente al principio consagrado por la Corte de Casación: el trato á plazo es válido por sí, á no ser que disfrace una operación de juego. Al demandante toca probar que las partes, al contratar, no tenían la intención, una de vender y la otra de comprar; que no tenían más objeto que jugar al alza y baja; si esta prueba no se hace el trato será mantenido. (2)

228. Los mismos principios se aplican al trato á plazo que tiene por objeto bonos públicos. En teoría es seguro que se deben considerar como lícitas las operaciones á plazo por bonos públicos, con la única condición de que sean serias; es decir, que tiendan á la real entrega de los títulos,

1 París, 14 de Agosto de 1847 [Dalloz, 1849, 2, 214]. Compárese París, 17 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 169).

2 Bruselas, 7 de Abril de 1827 (Pasicrisia, 1827, p. 126). Gante, 3 de Agosto de 1834 (Pasicrisia, 1834, 2, 214). Bruselas, 11 de Junio de 1860 (Pasicrisia, 1860, 2, 284) y 11 de Enero de 1865 [Pasicrisia, 1865, 2, 93].

no escondan tratos ficticios y de juego. Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Casación. (1) Pero aquí se verifica, por desgracia, la verdad de lo que dice la Corte de Lyon (núm. 225, nota 2); hay pocas sentencias que mantengan tratos serios hechos en fondos públicos, mientras que las hay muchas que anulan los convenios ficticios que se hacen diariamente en la Bolsa. Son los bonos públicos en los que se juega de preferencia porque las suertes de alza y baja son diarias. Esto no impide mantener el principio de la Corte de Casación; los tratos á plazos por sí son válidos á no ser que se pruebe que disfrazan una operación ficticia y de juego. Un agente de cambio recibe orden de comprar 150 acciones del Ferrocarril del Norte, entregables por los vendedores el 15 de Agosto, ó más temprano, á voluntad del comprador, contra pago de 46,987 francos. El agente de cambio levanta los títulos y los hace ofrecer al comprador por notificación de diligenciario. Al negarse el comprador á recibirlos el agente hace vender los títulos por la Cámara Sindical en la Bolsa del 23 de Agosto; la pérdida que resulta de esta venta se carga en cuenta al deudor por saldo de 4762 francos, de los que el agente de cambio reclama el pago. El comprador contesta que no se podría ver operaciones serias en las órdenes dadas por él, que se trataba de especulaciones sobre las diferencias que no dan lugar á ninguna acción. La Corte de París decidió que no estaba probado que las operaciones que habían tenido lugar fuesen juegos de Bolsa. Esto era decisivo. Al demandado que oponía la excepción de juego tocaba probar que había juego; desde que no lo probaba debía sucumbir en la excepción. (2)

229. Hemos supuesto tratos á plazo serios y éstos se hacen

1 Denegada, Cámara Criminal, 19 de Enero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 40).
2 París, 25 de Abril de 1849 (Daloz, 1849, 2, 215). Cómparese Bruselas, 16 de Abril de 1816 (Pasierisá, 1816, p. 102).

amenudo en materia de granos. Sin embargo, las operaciones ficticias no faltan. El 8 de Junio de 1846 un negociante de harinas vende á un panadero 1200 sacos de harina entregables por 100 sacos, de quince en quince días, en Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre. El día después, 9 de Junio, el mismo panadero vende al mismo negociante 1200 sacos de harina de igual procedencia, entregables del mismo modo y en iguales fechas. Estos dos tratos, dice la Corte de París, no eran evidentemente serios; si se les tomara al pie de la letra ambas deudas se hubieran extinguido por compensación en el mismo momento en que se formaban. Para dar un sentido á las convenciones de las partes había que ver en ellas especulaciones acerca del alza y baja de las harinas. Esto era efectivamente lo que resultaba de un corte de cuenta del 7 de Septiembre de 1846, comprendiendo 5 quincenas y, por consiguiente, el saldo de 500 sacos de harina; las partes sólo tenían cuenta de las diferencias de los precios de ambos tratos. Después el panadero se negó á cumplir sus compromisos oponiendo la excepción de juego. Estaba fundado en derecho, dijo la Corte, apesar de su mala fe; los hechos de la causa probaban suficientemente que la doble operación intervenida entre las partes no tenía más objeto que un juego y una apuesta. La Corte agrega que si los tratos á plazos ficticios deben ser anulados como *ilícitos* la moral y el interés público reclaman una aplicación más severa aún de los principios cuando se trata, como en el caso, de juegos y apuestas, cuyo resultado podría alterar el curso regular de los efectos alimenticios y de primera necesidad y aumentar así las necesidades y padecimientos de las poblaciones. (1) Esta decisión es la aplicación de los principios que hemos sentado (núm. 225); la Corte califica de *ilícitos* los tratos á plazo ficticios, aunque

1 París, 14 de Agosto de 1847 (Daloz, 1849, 2, 215).