

se trate de granos, convención que no se castiga como delito, pero que se funda en una causa ilícita.

230. Los tratos ficticios en bonos públicos son, con mucho, las operaciones más numerosas que se hacen en la Bolsa, según lo dicho por la Corte de Lyon, bien colocada para saberlo. Pero los jugadores tienen interés en dar á sus tratos todas las apariencias de convenciones serias: primero, para substraerse á las penas pronunciadas por el Código Penal (art. 422) contra las apuestas en los bonos públicos, y además de estas promociones para dar al ganancioso una acción que la ley niega á las deudas de juego. De ahí dificultades de hecho amenudo muy grandes para distinguir los tratos serios de los ficticios. Tomaremos un ejemplo de la jurisprudencia de la Corte de Casación. La Corte comienza por decir cuáles son los tratos serios: son los que tienden á la entrega y real pago de los títulos; poco importa que el vendedor los haya poseído cuando la venta ó que los haya obtenido sólo en el momento de la entrega, pues es precisamente en este último caso cuando hay ventaja en concluir un trato á plazo; la ley protege estas operaciones como protege todas las convenciones por las que los hombres pueden procurarse las cosas que les son necesarias. Pero la ley no podría conceder su protección á operaciones de Bolsa que toman con embuste la forma de los tratos á plazo y esconden en realidad el juego y sus azarosas especulaciones. El Código Penal de 1810 califica de apuestas estas especulaciones en la baja y alza; comprende bajo este denominado todo lo que es juego. Para distinguir el juego de las especulaciones serias el juez debe apreciar los actos y los hechos sin detenerse en la forma exterior que las partes han dado á sus actos, pues estas formas tienen por objeto engañar á la justicia haciendo pasar como serias ventas y compras ficticias. En el caso dos personas, por intermedio de un agente de cambio, habían comprado á plazo, y luego ven-

dido, una cantidad considerable de valores y bonos públicos de todas clases; para sólo dos meses la liquidación se traducía en una pérdida en saldo por 27,000 francos. La sentencia atacada comprobaba que los contratantes nunca habían tomado posesión de las acciones que habían comprado para ellos; ellos mismos reconocían que no habían tenido la intención de entrar en posesión de los títulos, proponiéndose pagar á cada vencimiento la diferencia que presentaría el curso de los valores. Así, por su propia confesión, el objeto era especular sobre diferencias; este es el término técnico en lenguaje de Bolsa que está uno inclinado á comparar con un *dialecto*. Interrogados en justicia acerca de los fondos con los que podían cumplir los compromisos, suponiéndolos serios, se habrían encontrado en la imposibilidad de indicar medios suficientes. En realidad no habían entregado al agente de cambio más que la subscripción destinada á cubrir sus diferencias; volveremos á esta *cubierta*. El objeto de la especulación de los contratantes junto al estado de su fortuna no dejaba duda acerca de la naturaleza de sus convenciones: éstas eran juegos de Bolsa. Sin embargo, habían dado á sus operaciones el nombre de *trato á plazo*; era una engañosa apariencia hecha para engañar. ¿Es comprador aquel que no quiere ó no puede recibir la entrega de los títulos? ¿Es vendedor aquel que nunca entregará la cosa vendida porque el pretendido comprador no tiene con qué pagar el precio? Una de las partes no puede vender á la otra y ésta no le puede comprar. Lo que los contratantes tienen en vista es el pago de las *diferencias*. Se dirá que en el trato á plazo hay también una especulación y una suerte de ganancia ó pérdida. Sin duda; pero en los tratos serios la pérdida ó la ganancia se realizan por la ejecución que reciben los contratos, mientras que en los tratos ficticios no hay ejecución de la venta, el vendedor no entrega y el comprador no paga; la especulación versa únicamente en la buena

ó mala suerte que resulta de las variaciones de las cotizaciones; las partes no especulan más que en las *diferencias* y la convención se limita á pagarlas; la parte que paga es la que tiene la suerte en contra, como un jugador que pierde; la otra gana en el juego. Todo se reduce, pues, á una especulación en las *diferencias*; la pretendida venta es la engañosa apariencia para substraerse al Código Penal y á la aplicación del art. 1955.

Vienen ahora las objeciones; es decir, las combinaciones evitadas para dar color de convención sería á lo que sólo es una apuesta ó un juego. Se sostiene que en cada vencimiento las operaciones se hacen efectivas. Pasa con el corte de cuentas como con el trato á plazo: es una forma tomada de las operaciones serias para difrazar las ficticias. El corte de cuenta se hace el instrumento de los juegos de Bolsa al permitir aplazar sin cesar la realización de los tratos, favoreciendo al especulador azaroso, quien aprovecha de este nuevo plazo para correr nuevos riesgos. Es verdad que el *reportante* recibe la entrega y ésta es la objeción de los jugadores; pero, dice la Corte, el *reportante* anula inmediatamente el efecto de la entrega mediante una reventa á plazo que se hace en el mismo instante y mantiene al *reportado* en la situación que se había formado. Luego el reporte, lejos de probar lo serio del trato, pone al desnudo la ficción y el juego.

Los jugadores hacen otra objeción y se prevalecen del agente de cambio para inducir que hubo entrega realizada y, por consiguiente, posesión de los títulos. Sin duda el agente de cambio encargado de comprar compra; percibe, pues, los títulos, pero nunca los entrega á las partes, éstas no pueden disponer de ellos: si los vuelven á vender y entregan los títulos es por voluntad y consentimiento del agente de cambio; todo cuanto éste hace es serio en la forma, y en lo relativo á los jugadores todo es ficticio en el fondo,

la propiedad de los pretendidos compradores es puramente nominal; ¿cómo habrían de volverse propietarios cuando nunca pretendieron serlo? Si el agente de cambio detiene los valores no resulta de ninguna manera que su posesión se comunique á aquellos que, sirviéndose de su nombre y de su intervención, persiguen el juego y nada más; el agente de cambio detiene, pero para su seguridad vende los títulos y la diferencia le es pagada por el que pierde; en cuanto al agente de cambio se cubre ordinariamente sus anticipos por la entrega de dinero ó de efectos destinados á saldar las diferencias. Es, pues, verdad decir, esta es la conclusión de la Corte, que las partes nunca poseyeran los títulos vendidos; que sólo pudieran sufrir la pérdida ó realizar la utilidad de las diferencias traídas por la variación de cotizaciones; que esperando este resultado sólo de la suerte son verdaderos jugadores; que sus operaciones son ilícitas ó nulas y, además, castigadas por el Código Penal de 1810 como delitos. (1)

231. Cuando las partes interesadas recurren á tantos artificios para engañar á la justicia es un deber del intérprete recoger los testimonios que ministra la jurisprudencia y que pueden guiar al magistrado en la decisión de los procesos que á cada paso nacen suscitados por el juego y en los que rara vez preside la buena fe. Los principios de derecho son de gran sencillez. ¿Cuándo el texto es ficticio? ¿Cuándo es serio? Es serio cuando una las partes entiende vender y la otra comprar, y para que haya venta es preciso que haya translación de la propiedad objeto de la venta; el vendedor debe, pues, tener la intención de transferir la propiedad de los títulos al comprador y de recibir su precio, y el comprador debe tener la intención de adquirir esta propiedad mediante el pago de este precio. Si cuando la convención calificada de venta el comprador no tiene la intención

1 Denegada. Cámara Criminal, 9 de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 146).

de volverse propietario de los bonos públicos que encarga comprar á un agente de cambio, y si el vendedor, por su parte, no puede transferir por su parte la propiedad de estos bonos al comprador, no hay venta real; la operación es ficticia, no tiene por objeto translación de propiedad, luego no es una venta; en la intención de las partes sólo hay una especulación en la variación de las especulaciones. Este es el trato ficticio; es en este sentido como la Corte de Casación lo define: son tratos que sirven para disfrazar operaciones de naturaleza á resolverse necesariamente en diferencias *por el efecto de la voluntad de las partes*. Esto es el juego. (1)

232. La voluntad original de las *partes*, dice la Corte. Es, pues, necesario que esta intención sea la de jugar para que haya trato ficticio. Esto resulta de la misma esencia de las convenciones; éstas se forman por un concurso de consentimientos. Así como no puede haber venta real sino con el concurso de la voluntad de las partes, de las que una quiere vender y la otra comprar, así no puede haber venta ficticia ó de juego sino por concurso de voluntades; sólo que aquí las voluntades concurren para fingir y para jugar. Cuando, pues, una de las partes viene á decir que no entendió tratar seriamente; bastará este dicho para establecer un trato ficticio? Nó, seguramente; es preciso que sean dos para jugar ó para hacer una convención ficticia como son precisas dos personas para formar un contrato real; sólo hay una que pierde porque la otra gana. Admitiendo, pues, la declaración de verdad de una de las partes de haber querido jugar, no resulta que la operación sea un juego: la parte que entendió tratar seriamente tendrá una acción, puesto que la otra fingió, por su parte, tratar seriamente también. Esta no dió á conocer al contratar su intención de jugar; si pudiera decir después que sólo entendió jugar

1 Denegada, 1.º de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 1, 148).

podría romper un contrato de apariencia seria, lo que sería un medio fácil de negociar, y la ley no se presta al dolo. Se dirá á aquella de las partes que sostiene que ha jugado: «si nuestra intención no era contratar seriamente había que advertírselo á la otra parte contratante, quien tuvo la intención de hacer un contrato serio. Al guardar silencio y al hacer una convención seria en apariencia habéis engañado á aquel con quien tratasteis; debéis responder de las consecuencias de vuestro dolo ejecutando la convención seria en apariencia que habéis subscripto.» En este caso la venta producirá sus efectos en favor de la parte que haya obrado de buena fe, la moral está acorde con el derecho para decidirlo así.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Si ambas partes, dice la Corte de Poitiers, han comunicado que ninguna de ellas podrá ser obligada á hacer ó á recibir la entrega y que la operación se resolverá necesariamente en pago de *diferencias* según la cuotización en la época del trato y de la entrega, en este caso hay juego y ninguna de las partes tendrá acción en justicia. Puede suceder, agrega la Corte, que una de las partes quería sinceramente hacer un acto de comercio, venta ó compra, y que la otra haya tenido la intención de jugar; en este caso la justicia debe proteger al comerciante haciendo ejecutar el contrato contra el jugador que ocultó sus intenciones. En el caso unos negociantes de harina habían vendido á un cafetero, que se decía negociante, mil sacos de harina de sus marcas, entregables en París en Marzo y Abril próximos y pagaderos al contado. El comprador cafetero de una pequeña población no poseía más que una casa que no tenía pagada y se encontraba en la imposibilidad de pagar no sólo los 80,000 francos de su trato sino hasta la diferencia de las cuotizaciones, por pequeñas que fueran; esto no le impidió comprar en el mismo tiempo y en las mismas condiciones otros tres

mil sacos de harina, lo que hacía llegar su especulación á más de 300,000 francos cuando no tenía mil á su disposición. Era, pues, seguro que el comprador no entendía comprar, sólo quería jugar y ni siquiera tenía su tanto para el juego. El vendedor, al contrario, hacía negocios importantes y por su parte era serio. (1)

233. Ordinariamente la parte que pretende no haber tratado seriamente se arrepiente del trato porque la suerte se vuelve contra ella; la declaración de haber querido jugar cuando la otra parte ejecuta seriamente su contrato no merece, pues, crédito; en todo caso es inoperante. Un agente de cambio, desde el mes de Septiembre de 1867 hasta el mes de Enero de 1869, hace diversas operaciones de compraventa por un empleado de la sociedad Langrand-Dumonceau, famoso en Bélgica por haber querido cristianizar los capitales, lo que condujo á la ruina de los creyentes. El agente de cambio, acreedor por la suma de 3231 francos, de mandó al comprador; éste sostuvo que las operaciones constituían un juego de Bolsa. No basta, contestó la Corte de Bruselas, alegar que hay juego, hay que probarlo, y si el que opone la excepción de juego no prueba que realmente el trato fué ficticio tiene que sucumbir. Y no basta que el especulador establezca que realmente jugó con el alza y baja de los valores que son objeto de las operaciones, es necesario, además, que esté probado que la otra parte contratante y á la que se opone el medio seconstituyó en *contraparte* de este juego; si se trata de un agente de cambio es necesario que tenga conocimiento de que presta su ministerio para operaciones ficticias. De esto concluye la Corte que si el agente de cambio creyó hacer operaciones serias, las que en su mente debieran terminar por la entrega de los títulos, se encuentra al abrigo de la excepción. El demandado no había dado esta doble prueba que le incumbía; el trato permanecía lo

1 Poitiers, 19 de Marzo de 1863 [Daloz, 1863, 2, 214].

que era: una apariencia seria, y debía recibir su ejecución. (1)

Dos negociantes compran á plazo cierta cantidad de petróleo. El vendedor se niega á mantener el trato, pretendiendo que se trata de una operación ficticia de juego. Esta pretensión no fué admitida. Suponiendo, dice la Corte, que en la intención del vendedor la venta sólo fuera un juego, habría que probar todavía que los compradores entendieron igualmente jugar; y el demandado que opone la excepción de juego y que debería probar su fundamento no ministra esta prueba; y todas las probabilidades de la causa militan en favor de los compradores, negociantes serios y que en la misma época en que trataran con el demandado compraron una gran cantidad de petróleo y la recibían. Este era también un vendedor que, viendo la suerte volverse en su contra, se desprendía de sus obligaciones pretendiendo que había jugado. (2)

234. Aquel que invoca la excepción de juego debe probar que la intención de las partes cuando el contrato era hacer una operación ficticia. El punto de saber cuál fué la intención de las partes contratantes es una dificultad de hecho que el juez decide según las circunstancias de la causa. Es de principio que en estas materias las cortes de apelación tienen un poder soberano. (3) Lo que no quiere decir que la Corte de Casación no pueda apreciar los hechos tales como fueron comprobados por el primer juez y aun casar su disposición si sacó de ellos una consecuencia legal que sea contraria á la ley. Ya hemos citado ejemplos. Tal es además la regla general.

En cuanto á la intención de las partes debe ser la inten-

1 Bruselas, 3 de Julio de 1869 (Pasicrisia, 1869, 2, 353).

2 Bruselas, 3 de Marzo de 1866 (Daloz, 1867, 2, 118). Compárese Bruselas, 10 de Abril y 24 de Julio de 1873 [Pasicrisia, 1873, 2, 236 y 339].

3 Denegada, Cámara Criminal, 9 de Mayo de 1857 [Daloz, 1857, 1, 146].

ción *original*, como dice la Corte de Casación (núm. 231); es decir, la que tenían cuando contrataron. Lo que algunas veces ha equivocado á los tribunales es que en las largas relaciones que existían entre el comprador de granos y el comisionista que los vende se liquidan á veces cuentas que las partes llaman diferencias; y esta palabra técnica, que designa ordinariamente convenciones ficticias, parece indicar que las partes han juzgado realmente. Las operaciones sinceras, dice la Corte de Bruselas, no excluyen compensaciones, y éstas, cuando se operan en valores desiguales, arrastran necesariamente diferencias. Pero de esto se haría mal en concluir que las operaciones eran ficticias; no son los cortes de cuentas los que deben tomarse en consideración para decidir que hubo juego, hay que considerar la intención común de las partes cuando contratan. (1)

235. Los numerosos procesos que surgen en los tratos á plazo prueban que la pasión del juego no va disminuyendo. Esto es un signo del tiempo, las ciencias morales hacen falta en aquellos mismos que pretenden tener el monopolio de la moral, y á éstos más que á nadie. En semejante estado social los hombres no tienen ya más que una pasión, la de los goces materiales, y para entregarse á ella es necesario el oro á toda costa. Bueno es citar hechos que pueden servir de lección; serán cuando menos lecciones de derecho que aprovecharán á los magistrados en estas oscuras materias. Tomaremos de la jurisprudencia ejemplos de convenciones ficticias; al familiarizarse con los hechos el lector aprenderá á distinguir la verdad y la ficción.

La venta de granos para entregar en la cosecha, hecha por un negociante de granos ¿constituye un trato á plazo ficticio? Hay evidentemente trato á plazo, puesto que se

1 Bruselas, 12 de Mayo de 1849 (Pasicrisia, 1849, 2, 323). Compárese Bruselas, 23 de Noviembre de 1861 (Pasicrisia, 1862, 2, 90) y 7 de Diciembre de 1874 (Pasicrisia, 1875, 2, 45).

venden granos que aun no existen. En el caso el vendedor había quebrado, los síndicos pretendieron que la operación era un juego en el alza y baja de los granos. La Corte de Metz estableció muy bien que, según las circunstancias de la causa, la venta era seria, bien que constara que el vendedor se entregaba á operaciones ficticias. Desde luego el comprador era un negociante serio que hacía comercio de granos en gran escala. Era, pues, natural que comprase, en los meses que precedan á la cosecha, trigos destinados á su comercio. La compra litigiosa no presentaba, además, ningún rastro de operación ficticia; las mercancías vendidas estaban en relación con la naturaleza del comercio de quien las había adquirido; el contrato estipulaba con precisión el lugar, época y modo de entrega de los trigos vendidos. El acta entraba en pormenores que atestiguaban que la intención de las partes era regularmente la de ejecutar la venta efectiva de los granos: imponía la obligación al comprador de devolver los envases en que se entregarían los granos. Se objetaba la facultad estipulada por el vendedor de sólo hacer las entregas en Noviembre, Diciembre, Enero y Febrero. Esto es, al contrario, dice la Corte, un indicio de la verdad de un negocio en el que el comprador quiere dar al vendedor el tiempo necesario para procurarse con la trilla los granos que eran objeto del trato. La convención no fué ejecutada; al principio de Diciembre era seguro que el vendedor no quería ó no podía entregar los granos vendidos; desde luego el comprador tenía que conformarse con las diferencias de precio á título de daños y perjuicios. De que este trato se resolvió en diferencias no podía concluirse que desde el principio la intención de las partes había sido la de especular en diferencias; todos los hechos de la causa atestiguaban contra esta intención. Si el comprador hubo de contentarse con las diferencias en lugar de recibir los granos fué apesar suyo;