

Los contratos aleatorios *

(Doctrina general)

RAFAEL ALVAREZ VIGARAY
(Doctor en Derecho)

SUMARIO.—1. Concepto de los contratos aleatorios.—2. Definición legal.—3. Naturaleza jurídica (especial consideración de la distinción entre contratos aleatorios y contratos condicionales).—4. El alea o riesgo y su inserción en el contrato aleatorio.—5. La cuestión de si existe un “*numerus clausus*” o “*apertus*” de contratos aleatorios.—6. Contratos aleatorios atípicos.—7. Clasificación de los contratos aleatorios.—8. Efectos de los contratos aleatorios, con referencia a la cuestión de si debe conservarse en el Derecho actual la distinción entre contratos aleatorios y conmutativos.

1. *Concepto de los contratos aleatorios.*

Los contratos aleatorios son contratos a título oneroso. Algunos autores consideran a los contratos aleatorios como una especie de los contratos bilaterales (1), pero semejante apreciación no es del todo exacta, ya que pueden existir contratos aleatorios que, aun siendo contratos a título oneroso, sólo hagan nacer obligaciones a cargo de una de las partes, como ocurre, por ejemplo, con el préstamo a la gruesa, el cual únicamente impone al prestatario la obligación de devolver el capital percibido y abonar la remuneración pactada en caso de feliz llegada de las mercancías al puerto de destino. Igual sucede con el contrato de renta vitalicia que, una vez perfecto, no produce obligaciones más que a cargo del deudor de la renta. Por eso, acertadamente, prevalece en la doctrina (2) la orientación que considera a los contratos aleatorios como uno de los dos términos de la clasificación de

(*) El autor expresa su agradecimiento al ilustrísimo señor Gabriel Marty, Decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, por las facilidades concedidas para ampliar la preparación de este trabajo en la Facultad de su digna presidencia.

(1) En tal sentido, MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. SENTÍS, t. IV, Buenos Aires, 1955, pág. 477; y, en la doctrina anterior, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile* Florencia, 1903, t. IV, págs. 151.

(2) Entre otros, RIBERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil*, t. II, París, 1957, pág. 34; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. II, París, 1956, pág. 84; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. de SERRANO SUÑER y SANTACRUZ, vol. II, Madrid, 1931, pág. 270.

los contratos onerosos, los cuales pueden ser conmutativos o aleatorios.

Ahora bien: es muy discutido si, además de los contratos aleatorios a título oneroso, pueden existir contratos aleatorios a título gratuito, planteándose por numerosos autores (3) la posibilidad de que existan ciertos contratos gratuitos que, no obstante, sean aleatorios. Se citan como ejemplos: la apuesta en la que sólo una de las partes se obliga, con el fin de robustecer una afirmación suya, a entregar una cosa a la otra parte, sin que ésta a su vez contraiga una obligación semejante, para el caso de que resulte cierta la afirmación sostenida por la otra parte; la renta vitalicia a título gratuito (art. 1.807 del Código civil); los sorteos de publicidad; el derecho a regalo en el recibo de pago de la compra; el seguro gratuito (4).

En cuanto al primero de estos ejemplos (la apuesta unilateral), se ha estimado que no es válida por carecer de causa, ya que no puede decirse que su causa sea el ánimo de liberalidad, pues resulta inconciliable el intento de enriquecerse propio de los contratos de juego y apuesta, la esperanza de vencer en ellos, con el ánimo de liberalidad, con la intención de enriquecer a otro propia de la donación (5). Pero creemos que esta apreciación no es del todo exacta, pues los fines que se pueden intentar con la apuesta son varios, y concretamente en la apuesta unilateral el fin que se propone al apostante no es enriquecerse, sino únicamente robustecer una afirmación suya, y con ese objeto se compromete a efectuar una prestación a la otra parte, en el caso de que se demuestre que está equivocado. Por tal motivo, parece más acertada la opinión de que, si sólo una parte ha prometido una cosa para el caso de que esté equivocada, el contrato produce obligaciones, aunque no sea una apuesta onerosa u ordinaria (6).

(3) Así, entre otros, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid (I. N. E. J.), 1967, págs. 273-274; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París, 1960, pág. 1291; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-I, (1960), págs. 140-142.

(4) Estos ejemplos, si bien los más importantes, no tienen carácter limitativo. En general puede decirse que junto a cada contrato aleatorio a título oneroso cabe representarse (y de hecho puede existir) el correspondiente contrato aleatorio a título gratuito. Así, paralelamente a la "emptio spei", cabe que un pescador prometa liberalmente a un amigo la redada de peces, que consiga en una noche determinada o que un ganadero done a un familiar suyo las crías que espera obtener de cierta res. Igualmente, al lado del préstamo a la gruesa ("foenus nauticum" o "pecunia traiecticia"), una persona puede conceder a otra un préstamo sin interés para que adquiera unas mercancías, que han de transportarse en barco, comprometiéndose a no exigir la devolución de la suma prestada en caso de que los géneros no lleguen al puerto de destino.

(5) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1, (1960), pág. 142; VALSECHI, *Gioco e scommessa*, Vol. XXXVII, t. 2, del "Trattato" dirigido por CICU y MESSINEO, Milán, 1954, pág. 29, n. 35 bis.

(6) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. y notas de FADDA y BENZA, Turín, 1925, t. II, pág. 629.

Ahora bien, aun cuando a juicio de algunos autores (7) los ejemplos citados constituyen verdaderas liberalidades o donaciones comunes, procede insistir en que estos contratos revisten un aspecto aleatorio (8), pues "las previsiones del autor de la liberalidad pueden quedar frustradas" (9) y además, al igual que ocurre en los contratos aleatorios propiamente dichos u onerosos, en los contratos aleatorios gratuitos el evento, que es considerado por algunos como condición de la liberalidad (10), en vez de influir sobre la eficacia del contrato, actúa sobre la prestación de la persona obligada, determinando la incertidumbre en cuanto a su extensión o cuantía.

Existen, sin embargo, una serie de circunstancias que, a primera vista, parecen oponerse a que se consideren como contratos aleatorios verdaderos a los contratos aleatorios a título gratuito, pues dan la impresión de que entre estos últimos contratos y los contratos aleatorios a título oneroso son más las diferencias que las aproximaciones. En primer lugar, sólo en los contratos aleatorios onerosos el riesgo o alea se convierte en causa del contrato, mientras que en los contratos aleatorios gratuitos la causa es el ánimo de liberalidad. Además, la respectiva naturaleza de contratos onerosos o gratuitos determina un diverso régimen jurídico entre uno y otros. Así, por ejemplo, a la renta vitalicia constituida a título gratuito es aplicable el artículo 1.807 del C. c. español, en virtud del cual el constituyente puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista. En términos más generales los contratos aleatorios a título gratuito vendrían considerados como liberalidades a los efectos de forma del negocio, capacidad de las partes, ejercicio por los acreedores de la acción revocatoria y también en lo que se refiere a

(7) Según VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. y notas de ROCES, t. I, 1.ª edic., Madrid, 1934, pág. 57, n. 4 el seguro gratuito es una donación, pues siempre que una persona promete indemnizar gratuitamente un daño de que no es responsable, realiza una donación.

(8) Como hace notar DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, página 273, "aun cuando el art. 1.790 del C. c. define el contrato aleatorio como si fuera más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el art. 1.274, parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa". Es también muy significativo que PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil française*, t. XI, París, 1932, págs. 517-518, después de citar una abundante bibliografía contraria a que se le reconozca carácter aleatorio a las constituciones de renta vitalicia a título gratuito, observan: "Sin embargo, es preciso subrayar que, incluso entonces, subsiste en cierto sentido un alea importante, que consiste en que el constituyente no puede medir el alcance de la obligación que asume". Igualmente a favor de la existencia de contratos aleatorios a título gratuito, entre otros, MAZEAUD, H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París, 1960, pág. 1291; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto civile", VI-1 (1960), pág. 142.

(9) MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit civil*, t. III, París 1960, pág. 1291.

(10) PASSEFONS, *Du nauticum foenus*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 11, considera una liberalidad condicional el préstamo a la gruesa concedido sin hacerse prometer en compensación ventajosas serias.

revocación por ingratitud del donatario o superveniencia o sobrevivencia de hijos al donante y respecto a la reducción por lesión a la legítima, cosa que no tiene lugar en los contratos aleatorios onerosos (11).

Aun siendo ciertas estas diferencias entre los contratos aleatorios onerosos y los contratos aleatorios gratuitos, es fácil observar que son simples consecuencias del diferente carácter a título oneroso o gratuito de unos y otros, sin que esas diferencias tengan que ver con la aleatoriedad común a todos ellos y que da lugar a que en los contratos aleatorios a título gratuito se presenten cuestiones iguales o semejantes a las que suscitan los contratos aleatorios onerosos, como es, por ejemplo, la necesidad de delimitar previamente el alea y reducirla matemáticamente a un valor concreto, pues, aun cuando esta necesidad se plantea en una y otra clase de contratos por motivos diversos (en los contratos aleatorios a título oneroso, principalmente, a los efectos de determinar si procede la rescisión por lesión, en los contratos aleatorios a título gratuito, preferentemente, al objeto de determinar si lesionan la legítima de los herederos forzosos), la operación es sustancialmente idéntica.

No obstante, hace notar De Buen (12) que la tesis de que los contratos aleatorios son contratos a título oneroso es doctrina seguida por el propio Código civil, pues de la misma definición legal (artículo 1.790) resulta que los contratos aleatorios son siempre onerosos, ya que en ellos la obligación de cada parte se contrae en equivalencia de otra obligación adquirida por la parte contraria. De todos modos, aun en el caso de que se estime que en rigor los verdaderos contratos aleatorios son los contratos aleatorios a título oneroso, no podrá menos de reconocerse que existe una categoría más amplia de negocios aleatorios "lato sensu", entre los cuales deberán incluirse los contratos aleatorios a título gratuito.

Dada la mayor importancia práctica de los contratos aleatorios onerosos en lo sucesivo nos referiremos preferentemente a ellos.

Las diversas definiciones de los contratos aleatorios que se exponen en la doctrina obedecen a uno de estos dos procedimientos: bien se basan en la imposibilidad que existe en esta clase de contratos de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que de ellos ha de seguirse para cada una de las partes, o bien toman como base el concepto de riesgo, partiendo de la distinción entre el riesgo común a todos los contratos y el riesgo propio de los contratos aleatorios.

Pueden incluirse en el primer grupo las definiciones de los contratos aleatorios de varios civilistas españoles de finales del siglo pasado y comienzos del actual, como son las propugnadas por Sánchez Román, Manresa y Navarro Amandi.

(11) En contra de que la categoría de los contratos aleatorios pueda referirse a los contratos a título gratuito, entre otros, BARASSI, *La teoria general delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 289.

(12) *Notas al Curso elemental de Derecho civil de COLÍN y CAPITANT*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 637.

Según Sánchez Román (13) son contratos aleatorios o de suerte todos aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, pero no bien determinado en el momento del contrato y sí dependiente de un acontecimiento incierto.

En opinión de Manresa (14), mientras en los contratos conmutativos el equivalente económico está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, en los contratos aleatorios no lo está (15).

Para Navarro Amandi (16) son contratos aleatorios o de suerte todas aquellas convenciones cuyos efectos dependen, en cuanto a las pérdidas y ganancias, de un hecho incierto.

En la definición de Manresa se destaca que en los contratos aleatorios la prestación de una o ambas partes no está bien determinada al tiempo de celebrarse el contrato. Aunque esta idea no es errónea, conviene subrayar que la indeterminación de la prestación no es privativa de los contratos aleatorios, y por consiguiente no basta por sí sola para definirlos. Ciertamente cabe representarse contratos con prestación no plenamente determinada que, sin embargo, no son aleatorios; así, la compraventa de valores mobiliarios o de mercancías en la que el precio se determina por medio de la cotización que alcancen en determinado día en una bolsa o mercado (17), o un contrato de compraventa con prestaciones alternativas, por ejemplo, la venta por mil pesetas de cincuenta litros de vino o cincuenta litros de aceite, a elección del comprador.

Por tanto, es preciso señalar, además de la relativa indeterminación de una o ambas prestaciones, que produce el que una o ambas partes no puedan precisar al tiempo de la celebración del contrato si experimentarían a consecuencia de él una ganancia o una pérdida, el hecho de que la determinación del respectivo resultado económico, favorable o adverso, depende del azar. En este sentido se define el contrato aleatorio (18) como aquel en el que una de las partes o las dos se comprometen sin poder evaluar la contrapartida que ellas recibirán, cuyo valor depende del azar.

Las definiciones de los contratos aleatorios que toman como base

(13) *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1889, t. IV, pág. 363.

(14) *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 8.

(15) Una noción parecida de los contratos aleatorios se contiene en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1912, al decir que "Los contratos aleatorios se diferencian de los conmutativos en que en los primeros el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado como en los segundos, desde el momento mismo de su celebración".

(16) *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pág. 373.

(17) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 149; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 290.

(18) MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, t. II, vol. 1, París, 1962, pág. 57.

la imposibilidad de determinar al tiempo de la celebración del contrato las ventajas o pérdidas que éste supondrá para uno o ambos contratantes han alcanzado gran difusión en la doctrina (19). No obstante, recientemente han sido objeto de críticas y se propone sustituirlas por un concepto de los contratos aleatorios, que tome como base la idea del riesgo, distinguiendo entre el riesgo normal en los contratos y el riesgo propio en los contratos aleatorios. Así se afirma (20) que no es acertado definir el contrato aleatorio en base a la incertidumbre para las partes del resultado económico, positivo o negativo, de ventaja o de desventaja, pues esta nota se presenta también en los contratos con prestaciones ciertas y determinadas.

Anticipándose a esta objeción, hacía notar Sánchez Román, que si se atiende a la posibilidad de ciertos resultados aleatorios, que en definitiva cualquier contrato puede presentar, todos los contratos pueden tener este carácter. Tal sucedería, por ejemplo, con el caso de la compra de un caballo, que después de celebrado el contrato se muere, sin culpa del vendedor, pues entonces éste, además de la ganancia del precio, se habrá librado de la pérdida del valor del caballo, que tendría que soportar si la muerte hubiera ocurrido antes de venderle.

Ahora bien, el hecho de que en todos los contratos influye, en mayor o menor medida, la existencia de un riesgo, no es razón que justifique el abandono de las definiciones de los contratos aleatorios, basadas en la imposibilidad de determinar al tiempo de su celebración la contrapartida que una o ambas partes recibirán, pues, como observa Sánchez Román, los contratos conmutativos se caracterizan frente a los aleatorios en que, al tiempo mismo de la celebración del contrato, está bien determinado y es cuantitativamente apreciable el interés pecuniario de las prestaciones que genera en favor de cada una de las partes contratantes, *cualquiera que sea el riesgo posterior de que aquellas puedan ser objeto*.

En la doctrina italiana contemporánea existe una corriente doctrinal que define a los contratos aleatorios basándose en la distinción entre riesgo normal en todos los contratos y riesgo propio de los contratos aleatorios y tiene su fundamento legal en el C. c. italiano de 1942, que en su artículo 1.467 establece que la rescisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida no puede pedirse si ésta entra dentro del alea normal del contrato, con lo que insinúa la distinción entre un alea normal y un alea que exceda de lo normal. Siguiendo

(19) Entre otros, WINDSCHEID, *Il Diritto delle pandette*, trad. de Fadda y Bensa, Turín, 1925, t. II, pág. 257; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. II, París, 1957, pág. 34; MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84; ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 13; MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís, Buenos Aires, 1955, pág. 477; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milán, 1948, pág. 289.

(20) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 153.

esta orientación, se intenta (21) diferenciar el alea de los contratos aleatorios frente al alea normal de los contratos, diciendo que aquella es elemento esencial del supuesto de hecho del contrato productor de los efectos jurídicos, determina una prestación en su consistencia física y es intrínseca al contrato.

Analizaremos brevemente cada una de estas tres características que se señalan como propias de los contratos aleatorios. En primer lugar se afirma que el alea en los contratos aleatorios asume el papel de elemento esencial del supuesto de hecho del contrato, lo cual puede suceder de dos maneras: bien porque el alea sea una cualidad necesaria de la estructura de aquel tipo de contrato (así en el seguro, la renta vitalicia, el juego y la apuesta), de forma que no pueda concebirse sin insertarse en su estructura el alea, bien porque las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, hayan insertado el alea en el esquema de un contrato conmutativo convirtiéndolo así en aleatorio (por ejemplo: venta de esperanza).

En el primer caso se dice que el contrato es aleatorio por naturaleza y en el segundo que lo es por voluntad de las partes. Los contratos aleatorios por voluntad de las partes no deben confundirse con la regulación convencional del alea normal del contrato, pues los eventos que caracterizan al alea normal pueden, en virtud de la autonomía de la voluntad, ser objeto de convención, en el sentido de restringirla o extenderla a favor o en contra de quien la deba soportar (22); por ejemplo, en una compraventa las partes pueden convenir que el riesgo por pérdida fortuita de la cosa lo sufra el vendedor, o bien que éste no responda si la pérdida de la cosa se produce por culpa leve suya. Pues bien, el que en un contrato se inserte una de estas convenciones modificativas del alea normal no es suficiente para convertirlo en contrato aleatorio, y así la compraventa no se convierte en aleatoria porque se establezca que el riesgo por pérdida fortuita lo soporta el vendedor.

A precisar más la noción del alea en los contratos aleatorios, contribuyen las dos notas características, señaladas en segundo lugar. El alea en los contratos aleatorios determina una prestación (o ambas) en su consistencia física, influyendo en su nacimiento, extinción o extensión y es intrínseca al contrato, característica esta última que es una consecuencia de la indicada en primer lugar, o sea, de que el alea en los contratos aleatorios es elemento esencial del supuesto de hecho del contrato.

Creemos que no existe oposición sustancial entre el concepto de los contratos aleatorios basado en la imposibilidad en que una o ambas partes se encuentran al tiempo de su celebración de evaluar la contra-

(21) SCALFI, op. cit., pág. 151. A juicio de BOSELLI, *Alea*, en "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 471, la única distinción posible es la que diferencia el riesgo interno y el riesgo externo al contrato. El riesgo externo —continúa diciendo— no determina la aleatoriedad del contrato; por el contrario, es propio de la aleatoriedad el riesgo interno, que participa del cambio operado por las partes.

(22) SCALFI, op. cit., pág. 151.

partida que recibirán, por depender su valor del azar, y el concepto que parte de la delimitación del alea propia de los contratos aleatorios frente al alea normal de los contratos, como lo prueba el que los autores que siguen esta última orientación terminan caracterizando a los contratos aleatorios por la incidencia de un evento incierto sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación (23). No obstante, los estudios sobre la noción y delimitación del alea propia de los contratos aleatorios han sido útiles para una mayor precisión del concepto de esta clase de contratos y su distinción de otros supuestos con los que pudieran confundirse.

2. *Definición legal.*

El artículo 1.790 del C. c. define el contrato aleatorio en los siguientes términos: "Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado".

A dos pueden reducirse las diversas críticas que la doctrina hace a esta definición legal de los contratos aleatorios: la imperfección de caracterizar a estos contratos por la circunstancia de que la obligación de dar o hacer de una o de ambas partes se establezca para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado, y el haber prescindido en la definición de la noción del riesgo.

La censura de que el Código caracteriza a los contratos aleatorios por la circunstancia de que la obligación de dar o hacer de una o de ambas partes se establezca para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado la expone Sánchez Román (24) en los siguientes términos: "el pasaje final del texto del artículo 1.790 distingue claramente dos orígenes o motivos esenciales al contrato aleatorio y ambos son erróneos: No es exacto decir que la obligación una o recíproca de lugar al contrato aleatorio porque sólo se establezca para el caso de un acontecimiento incierto, en cuanto que este no es el supuesto del contrato aleatorio, sino del contrato meramente condicional; tampoco es exacto el que dicha obligación u obligaciones se establezcan para el caso o para el acontecimiento que ha de ocurrir en tiempo indeterminado, porque tal indeterminación en el tiempo no es nota precisa que forzosamente haya de originar un contrato aleatorio, sino más bien todo lo contrario, cualquier contrato aleatorio tiene por de pronto una base cierta de tiempo que es la duración, implícita o explícita, por el objeto y fin del contrato, de la relación contractual, y sólo el supuesto de su celebración, que tenga lugar dentro de ese período será el que esté dentro del contenido del contrato y al que únicamente alcancen sus efectos".

(23) SCALFI, op. cit., págs. 136-137.

(24) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, págs. 808-809.

Aunque este juicio crítico no esté desprovisto de fundamento, creemos que es un ejemplo más del espíritu excesivamente severo con que se ha enjuiciado al Código civil. Desde luego, no hay duda en que la definición de los contratos aleatorios contenida en el artículo 1.790 no es perfecta; posiblemente su mayor defecto consista en no haber reducido a una unidad los diversos tipos de contratos aleatorios, cosa que, como observa Sánchez Román (25), se hubiera conseguido con relativa facilidad de haberla basado en la idea del riesgo. Falta, pues, en la definición del Código la homogeneidad de contenido propia de una definición esencial; en lugar de condensar en su texto los elementos esenciales que se manifiestan en todos los contratos aleatorios, se limita a describir un doble mecanismo a través del cual se estructuran estos contratos. Y es que, como hace notar Manresa (26), la fórmula del artículo 1.790 más que una definición es una descripción y, ciertamente, en lugar de decir en qué consisten los contratos aleatorios, como correspondería a una definición esencial, se limita a describir su estructura, explicando cómo se inserta y actúa en ellos el alea.

Admitido, pues, que se trata de una definición descriptiva y no de una definición esencial, cabe preguntarse si esa descripción es o no acertada. No hay duda de que en ella los redactores del Código han intentado reflejar con fidelidad las dos clases, distintas por razón de su estructura, de los contratos aleatorios: una en que la prestación o ambas prestaciones, y por consiguiente la ganancia o la pérdida de cada una de las partes depende de la realización de un acontecimiento incierto (así el seguro en la mayor parte de sus modalidades, el juego y la apuesta), y otra en que depende de la realización de un acontecimiento incierto en cuanto al momento en que se realizará, pero cierto en cuanto al hecho de que ha de tener lugar (renta vitalicia, seguro de vida). Sin embargo, es verdad que en la descripción de la primera hipótesis ("obligación contraída para el caso de un acontecimiento incierto") no aparece clara la distinción entre esta clase de contratos aleatorios y los contratos condicionales, y más bien aparecen ambas categorías involucradas (27).

En cambio, la segunda expresión ("que ha de ocurrir en tiempo indeterminado") es más aceptable. Indica que se trata de un aconte-

(25) Op. cit., pág. 809.

(26) *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.^a edic., Madrid, 1931, pág. 11.

(27) Como afirma CASTÁN, *Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1956, pág. 658, "hay que reconocer que la distinción que establece (el art. 1.790 del C. c.) entre aquellas especies aleatorias que dependen de un acontecimiento incierto (o incierto en el *an*), como el seguro, el juego y la apuesta, y aquellas otras que dependen de un acontecimiento cierto, pero que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (o sea, incierto en el *quando*), como la renta vitalicia, es verdadera. Pero, así y todo, siempre resulta que en la definición de nuestro Código no resalta con la debida claridad la diferencia que existe entre la incertidumbre característica de los contratos aleatorios y la que es propia de cualquier condición suspensiva."

cimiento que necesariamente se ha de producir, aunque no se puede determinar exactamente cuando, y fácilmente se comprende que la indeterminación del momento en que se ha de realizar ese suceso no puede ser absoluta, sino que viene contenida dentro de ciertos límites.

Ahora bien: aun cuando el apartado primero del inciso final del artículo 1.790 confunda, o al menos no delimite los contratos aleatorios respecto a los contratos condicionales, se trata de un defecto disculpable. Existe en realidad una gran analogía entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales, que han llevado a muchos autores a confundirlos y, como expondremos seguidamente, el principal problema que presenta el estudio de la naturaleza jurídica de los contratos aleatorios consiste precisamente en delimitar claramente ambas categorías. Es más, posiblemente los autores del Código civil se han esforzado por mejorar en la definición del artículo 1.790 el precedente establecido por una de las definiciones de los contratos aleatorios contenidas en el Código civil francés.

Existen en el Código de Napoleón dos definiciones de los contratos aleatorios, formuladas en los artículos 1.964 y 1.104. Según el artículo 1.964, "Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effects, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain." Con arreglo al artículo 1.104, "Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage a donner ou a faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire."

De estas dos definiciones la doctrina francesa se inclina a favor de la contenida en el artículo 1.104, por estimar que la definición del artículo 1.964 incurre en el error de creer que el carácter aleatorio de un contrato puede existir para una o solamente algunas de las partes, sin afectar a las otras (28). Pues bien, los redactores del Código civil español, al definir en el artículo 1.790 los contratos aleatorios, se han inspirado en la definición del artículo 1.964 del Código civil francés, el cual, según señala la doctrina (29), lo que en realidad quiso decir, pero lo dijo mal, es que el acontecimiento incierto enfocado en el contrato puede producir el efecto de suspender las obligaciones, bien de ambas partes, bien de una de ellas solamente, y eso es lo que principalmente expresa el texto del artículo 1.790 del Código civil español.

3. *Naturaleza jurídica.*

Como se ha indicado antes, uno de los principales defectos de la definición descriptiva que el artículo 1.790 del Código civil español

(28) RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. II, París, 1957, pág. 35; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 566. En opinión de ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 14-15, ambas definiciones son equivalentes.

(29) COLIN y CAPITANT, *Curso elemental* cit., pág. 566.

hace de los contratos aleatorios es que, llevado de la gran semejanza que existe entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales, no ha diferenciado ambas categorías. Y es precisamente la delimitación entre ambas especies de contratos la tarea que fundamentalmente plantea el estudio de la naturaleza jurídica de los contratos aleatorios.

Desde luego, es indudable que no todos los contratos aleatorios son susceptibles de esa asimilación con el contrato condicional. Ya en la definición legal del artículo 1.790 se distingue entre contratos aleatorios en que la obligación de una o de ambas partes se contrae para el caso de un acontecimiento incierto y contratos en los que se contrae para el caso de un acontecimiento que ha de ocurrir en tiempo indeterminado. Sólo los primeros son susceptibles de ser asimilados a los contratos condicionales, no los segundos, en los que el evento determinante del riesgo, si bien futuro, no es incierto, al menos en cuanto al hecho de que se realizará. Hay, pues, contratos aleatorios, como los de renta vitalicia, venta de usufructo, venta de nuda propiedad, etc., en los que en rigor la equiparación a los contratos condicionales no puede plantearse.

Para aquellos contratos aleatorios que tienden a confundirse con los contratos condicionales, la doctrina propone varios criterios de distinción, basados en distintos puntos de vista y que no todos tienen el mismo valor.

Así, para nuestro Derecho, carece en absoluto de utilidad la observación de que mientras la condición ha de consistir en un hecho que además de incierto sea futuro, el evento en algunos contratos aleatorios (apuesta, seguro) puede consistir en un suceso pasado, cuya realización es ignorada por las partes (30), pues desde el momento en que el artículo 1.113 del C. c. admite que la condición puede consistir en un suceso pasado que los interesados ignoren, desaparece toda diferencia en este punto.

Tampoco parece de gran solidez la distinción basada en el diverso interés del acreedor respecto a la realización del evento (31) en el sentido de que mientras en la obligación bajo condición suspensiva el acreedor está interesado en que se realice el evento, en tanto que al deudor le conviene que no se realice, en los contratos aleatorios, y especialmente en el seguro, el acreedor tiene interés en que no se realice el evento. Por el contrario, en la realidad puede ocurrir que el acreedor bajo condición suspensiva esté interesado en que no se realice el evento (por ejemplo, un inquilino, a quien han denegado la prórroga de arrendamiento, alquila o compra otro piso para el caso de que la sentencia le sea desfavorable) (32) y que en los contratos aleatorios el acreedor

(30) BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. I, pág. 470.

(31) SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), págs. 142 y 157.

(32) Aun en las liberalidades bajo condición suspensiva, especialmente si es potestativa, al acreedor puede interesarle que no se cumpla la condición; por ejemplo, dejo 100 a X, si aprende tal oficio. Es posible que X no quiera moles-

tenga interés en que se realice (así sucede generalmente en los contratos de juego y apuesta, y hasta puede ocurrir en el mismo contrato de seguro, por ejemplo, al dueño de una casa asegurada contra incendios, que ha intentado venderla sin encontrar comprador, puede interesarle que arda, para así recibir su valor en dinero. Que esto es posible lo demuestran las normas legales y las cláusulas de las pólizas de seguros, dirigidas a evitar que el asegurado provoque el siniestro).

También se señala como elemento diferencial entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales la diversa importancia que, en la respectiva estructura de cada uno de ellos, asume el evento (33). En el contrato aleatorio el riesgo no es un elemento autónomo respecto a la configuración del contrato, como lo es, en cambio, la condición en el negocio condicional, o, dicho en otros términos, la condición es elemento accidental del contrato y tiene por ello naturaleza marginal respecto al tipo contractual a que pertenece el contrato en que se inserta, mientras que el alea es elemento esencial del contrato aleatorio. Creemos que esta nota distintiva resulta exacta respecto a determinados contratos aleatorios, pero no sirve para todos en el caso de que, como veremos más adelante, se admita la procedencia de la distinción entre contratos aleatorios por naturaleza y contratos aleatorios por voluntad de las partes. Sería aplicable a los contratos aleatorios por naturaleza (seguro, renta vitalicia, juego y apuesta), que ciertamente no pueden concebirse sin la existencia del alea. El riesgo es en ellos elemento esencial del tipo del contrato.

No sucede igual en los llamados contratos aleatorios por voluntad de las partes, que son aquellos contratos que responden a la estructura de un determinado contrato conmutativo, pero que los interesados han modificado insertando en él un riesgo, que es extraño al esquema normal de ese tipo de contrato. En ellos el alea no es elemento necesario del tipo contractual, y si forma parte de la estructura del contrato celebrado, es por haberlo querido así las partes, de modo semejante a lo que ocurre con la condición.

Posiblemente la forma de distinción más segura entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales es la que parte de la diversa función y efectos que asume el evento en unos y otros (34). Mientras que la condición suspensiva subordina a ella todo el contrato, haciendo que no se produzcan sus efectos en tanto no se realiza, en el contrato aleatorio el evento se limita a incidir en las relaciones y proporcionalidad entre las respectivas prestaciones, determinando en definitiva la ganancia o pérdida para cada uno de los contratantes. Hay, pues, una

tarse en aprenderlo, o que le sea más provechoso emplear el tiempo en otras actividades.

(33) SCALFI, op. cit., págs. 142 y 174; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentís, t. IV, Buenos Aires, 1955, pág. 478.

(34) SCALFI, op. cit., págs. 142 y 176; BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 472; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 13; ARAUD, *La rescision pour cause de lesion et les contrats aleatoires*, these, Toulouse, 1941, pág. 16.

diferencia indudable entre el contrato aleatorio y el contrato condicional, y es que el primero produce sus efectos inevitablemente: el azar no decide si el contrato producirá o no efectos, sino cuál sea ese efecto. En cambio, el contrato bajo condición suspensiva sólo produce sus efectos si el evento se realiza. El contrato aleatorio es, pues, de por sí, un contrato puro y simple (35).

No obstante, aun admitiendo que el contrato aleatorio es en su conjunto un contrato puro y simple, es posible pensar que alberga una o dos obligaciones condicionales, de forma que, si bien el contrato aleatorio no esté sometido a condición, sí lo están una o las dos obligaciones principales que constituyen su objeto. En este sentido, afirma Von Tuhr (36) que "la condición pactada en un contrato puede referirse a toda la relación obligatoria (compraventa condicional, arrendamiento condicional), o a un determinado crédito dentro de la relación obligatoria (así, por ejemplo, en un contrato de seguros no condicional, el crédito de indemnización se halla condicionado al hecho de que el daño se produzca)" (37).

Ciertamente, además del ejemplo del contrato de seguro, cabe representarse al contrato de apuesta conteniendo dos obligaciones subordinadas en forma contraria a la condición de que resulte o no cierta una de las dos afirmaciones contradictorias sostenidas por los apostantes o, en el contrato de juego, estimar el crédito de cada uno de los jugadores sometido a la condición de que resulte vencedor en la competición.

De admitir este criterio de que en el contrato aleatorio, en su conjunto puro y simple, una o ambas obligaciones son condicionales, habría que precisar si, en los contratos a que acaba de aludirse (seguro, juego y apuesta), esa subordinación de una de las obligaciones a la realización del evento constituye una condición en sentido propio, o es más bien una "condicio iuris", en cuanto que se deriva de la misma estructura legal del contrato, que no es concebible sin ella (38), Actualmente la consideración del riesgo como "condicio iuris" del

(35) Según MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. de S. Sentis, Buenos Aires, 1955, pág. 478, el contrato aleatorio es siempre contrato puro y simple. Ciertamente eso es lo normal; pero no cabe descartar en algunos contratos aleatorios el que se celebren bajo condición, por ejemplo, la viuda de un funcionario vende la nuda propiedad de una finca, reservándose el usufructo vitalicio, para el caso de que no le sea concedida la pensión de viudedad que ha solicitado, o un comerciante celebra con un amigo un contrato preliminar de préstamo a la gruesa, para el caso de que no le sea concedido el préstamo a la gruesa que, a un interés más módico, ha solicitado de un banco.

(36) Op. cit., pág. 213.

(37) También PASSEFONS, *Du contrat d'assurance contre l'incendie*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 22 afirma que si bien el contrato de seguro es puro y simple y la obligación del asegurado nace inmediatamente, la obligación del asegurador es condicional.

(38) En este sentido, en relación con la "emptio spei", WINDSCHEID, *II Diritto delle pandette*, trad. de Fadda y Bensa, Turín, 1925, t. II, pág. 483, n. 8c; y, con referencia al juego y la apuesta, TRAVIESAS, *El juego y la apuesta*, en la "Revista de Derecho Privado", IV (1917), pág. 276.

contrato aleatorio está en casi completo abandono, desde el momento en que la doctrina más autorizada considera a la "condicio iuris" como simple requisito de la eficacia del contrato (39).

En cuanto a la tesis de que en el contrato aleatorio, en su conjunto puro y simple, una de las obligaciones de las partes sea condicional, conviene insistir en la diferencia de función que existe entre la condición suspensiva en sentido propio y la subordinación al evento en el contrato aleatorio. La condición simplemente impide que nazca la obligación mientras no se realiza. El riesgo en los contratos aleatorios influye en la relación entre la prestación, determinando la ganancia o la pérdida para cada una de las partes.

Cabe, pues, que en un contrato puro y simple una de las obligaciones esté sometida a condición, sin que por ello el contrato se haga aleatorio. Es posible que en un contrato de compraventa se haga depender de una condición el pago de una parte del precio sin que el contrato resulte aleatorio, por ejemplo, estableciendo en la compraventa de una finca urbana, que el vendedor pagará por ella determinado precio, pero que tendrá que abonar cierta cantidad más, si en el plan de urbanismo, de inminente aparición, se aprueba el trazado de una nueva calle, cuya construcción revalorizará notablemente la finca. También en el contrato de secuestro cabría representarse el crédito de cada uno de los depositantes a la entrega de la cosa, sometidos a la misma condición de forma opuesta, de tal modo que, al cumplirse la condición (que uno de los depositantes gane el pleito), entre en vigor uno de los créditos y caduque el otro (40).

Aparte del examen precedente sobre la diversa función y estructura de la condición en sentido propio y del evento en el contrato aleatorio, existe otra forma de apreciar las analogías y diferencias que median entre ambos, y es la consideración del régimen jurídico de uno y otro, es decir, ver hasta qué punto es aplicable al riesgo en los contratos aleatorios las normas que el Código dicta para la condición.

En este aspecto resulta que en algunos aspectos hay identidad, o al menos analogía, de régimen jurídico entre ambos y en otros no. Hay cierta analogía, por ejemplo, entre la necesidad de que el riesgo en el contrato aleatorio sea posible y lícito y la norma del artículo 1.116 del C. c., según la cual "las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ellas dependa". Es aplicable a los contratos aleatorios la regla del artículo 1.119 del C. c., según el cual "se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiere voluntariamente su cumplimiento". Así, en el contrato de seguro el asegurador no responde de los daños causados por delito del asegurado (art. 396-2.º C. de c.); el seguro para caso de muerte no comprende el fallecimiento del asegurado en duelo, por suicidio, por sufrir la pena capital por delitos

(39) BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 472.

(40) El ejemplo puede verse en VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, trad. de Rocés, t. II, pág. 213, n. 5.

comunes (art. 423 C. de c.); en el contrato de renta vitalicia, si el obligado a pagar la renta mata dolosamente al beneficiario, tendrá que seguir pagando los plazos de la renta durante el tiempo que se pueda presumir que hubiera vivido (41). No obsta a esta aplicación del artículo 1.119 del C. c. a los contratos aleatorios el hecho de que en algunos de ellos una o ambas partes estén autorizadas para influir, dentro de ciertos límites, sobre el riesgo (así, por ejemplo, en el contrato de juego, y en el mismo contrato de seguro en el que se admite que el daño pueda provenir de culpa leve del asegurado), pues se asemeja a la facultad que tiene el acreedor en la obligación bajo condición potestativa de provocar por sí mismo el cumplimiento de la condición. En cambio, no parece, en principio, aplicable a la realización del evento en los contratos aleatorios el efecto retroactivo, que es propio de la condición cumplida.

Como resumen de esta cuestión de las relaciones entre los contratos aleatorios y los contratos condicionales puede decirse que si bien existe cierto parecido entre el riesgo o el evento en el contrato aleatorio y la condición en el contrato condicional, son en realidad figuras distintas y, por tal motivo, al tiempo de determinar la naturaleza del contrato aleatorio, es de más provecho, en vez de trazar paralelismos y diferencias entre la condición y el riesgo, afrontar directamente el problema de en qué consiste el riesgo y cómo se inserta en el contrato aleatorio.

4. *El alea o riesgo y su inserción en el contrato aleatorio.*

En la terminología usual de las obras sobre contratos aleatorios los términos de riesgo y alea suelen emplearse como sinónimos, e incluso algunos utilizan como equivalente la palabra evento. No obstante, se han efectuado intentos de diferenciarlos y atribuir a cada una de esos vocablos un contenido propio.

A juicio de Bosselli (42), mientras el alea indica un estado del que es de esperar y temer al mismo tiempo, o sea, la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de una pérdida, el riesgo expresa el aspecto negativo de esa situación de incertidumbre, en cuanto suele ser empleado para significar más propiamente el peligro de un mal. Ciertamente, parece ser que este significado de la palabra riesgo es el usual en materia de contrato de seguro, en el cual el riesgo supone la producción de un daño para el asegurado, que engendra en el asegurador la obligación de indemnizarlo. Pero, en cambio, en los demás contratos aleatorios la palabra riesgo conserva su doble sentido positivo y negativo, significando la probabilidad en que se encuentra cada una de las partes de experimentar, en virtud del contrato, una ganan-

(41) ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, t. II-2, Barcelona, 1935, pág. 447, y *Notas*, de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, pág. 449.

(42) *Op. cit.*, pág. 469.

cia o una pérdida (43). Finalmente, por evento debe entenderse el suceso o acontecimiento posible, pero incierto al menos en cuanto al momento de su producción, que determina la incidencia del riesgo al incidir sobre el nacimiento o extinción de una o ambas obligaciones de las partes, o bien sobre la cuantía de las respectivas prestaciones.

En el contrato aleatorio el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa (44), y consiste en el hecho de que, al tiempo de la celebración del contrato, es incierto para cada una de las partes si le reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar.

Cabe pensar, sin embargo, que también para el contrato aleatorio es válido el concepto de causa que, con referencia a todos los contratos onerosos en general, expresa el artículo 1.284 del C. c. al decir que "en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte". Eso es verdad; en el contrato de seguro, por ejemplo, la causa del contrato es para el asegurado la indemnización que se compromete a pagarle el asegurador, así como para éste la causa del contrato es la prima del seguro que ha de pagarle el asegurado. Pero como quiera que una de las obligaciones o ambas son inciertas en cuanto a su nacimiento, extinción o extensión, no cabe duda de que, en primer lugar, la causa del contrato aleatorio es la perspectiva de un alea, de la cual el contratante trata de sacar provecho o contra la cual trata de resguardarse.

La entidad del riesgo está en función de dos factores: por un lado, depende de la cantidad patrimonial expuesta por cada contratante, es decir, por la importancia económica de los bienes que cada parte puede ganar o perder; pero, por otra parte, responde al número de probabilidades que existen de que se verifique o no el evento, que determinará para cada una de las partes, respectivamente, la ganancia o la pérdida.

Dentro de lo que permita la incertidumbre del alea, debe existir igualdad para ambas partes entre cada uno de los elementos que integran el riesgo, o al menos proporcionalidad, de forma que la menor probabilidad de que se realice el evento a favor de una de las partes quede compensada con la mayor importancia del beneficio patrimonial que espera obtener. Así, en algunas apuestas sobre carreras de caballos la mayor probabilidad de que determinado caballo favorito gane la carrera suele ir contrarrestada por el hecho de que los apostantes por su triunfo hayan de comprometer cantidad de dinero doble, triple, etc., que los demás apostantes. Otras veces, la menor probabilidad de ganar, que parecen tener los que apuestan por cierto caballo, se compensa por la circunstancia de que normalmente es mayor el número de apos-

(43) Entre otros, emplean la palabra riesgo en este sentido de probabilidad alternativa de ganancia o pérdida, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, pág. 364; VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, vol. XXXVII, t. 2 del "T-attato" dirigido por Cicu v Messineo, Milán, 1954, pág. 30.

(44) MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís, t. IV, Buenos Aires, 1955, págs. 477-478.

tantes por el éxito de los otros caballos y, como quiera que las cantidades comprometidas en la apuesta se distribuyen entre los ganadores, en caso de que triunfe el caballo que parecía menos aventajado, al ser el número de los que apostaron por él más reducido, cada uno de ellos percibe una cantidad muy superior a la que obtendrían los otros apostantes en el supuesto de ganar la apuesta. En el contrato de seguro, la prima se calcula atendiendo tanto al importe económico del riesgo asegurado como al número de probabilidades que existan de que se produzca el siniestro, calculadas con arreglo a los índices estadísticos.

Si bien la proporción entre los dos elementos que integran el riesgo (probabilidad de que se realice el evento y cantidad patrimonial expuesta) puede variar, es necesario que existan ambos elementos, pues si uno de ellos falta, desaparece el riesgo. Si en un contrato, celebrado con apariencias de aleatorio, no existe en realidad riesgo, el contrato, a pesar de sus apariencias, no es aleatorio (45), pudiendo constituir un contrato conmutativo (46), una liberalidad (47), una estafa (48), o el contrato es simplemente nulo (49).

El riesgo ha de ser bilateral, cada una de las partes ha de tener la posibilidad de experimentar la ganancia o la pérdida, y de tal forma

(45) MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84.

(46) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1948, vol. II, pág. 291. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1956 estableció que no existe contrato de renta vitalicia si efectivamente, transferida la finca, la cantidad que como renta o pensión habían de abonar los deudores no resultaba calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales, en función de la vida probable del dueño del predio cedido, sino que se señaló como pensión anual cierto interés sobre el valor atribuido a la finca entregada, que había de abonarse al dueño de ella, más otro interés sobre cierta cantidad que había de pasar al hijo y hermano, respectivamente, del dueño y deudora para compensarle de la diferencia en menos que valía la finca que igualmente a él fue transferida en el mismo acto.

(47) BARASSI, loc. cit. Por ejemplo, una persona, con ánimo de beneficiar a otra, le cede una finca a cambio de una renta vitalicia, cuyo importe es inferior, igual e incluso un poco mayor que las rentas o productos del inmueble. En este sentido observa DUSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Turín, 1937, t. 2, pág. 169, "es esencial que (en el contrato de renta vitalicia) la renta supere el rédito normal del precio, de forma que absorba, en las singulares prestaciones periódicas, una parte del capital, de otro modo el contrato no sería aleatorio y contendría una donación *sub modo*".

(48) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1884, t. IV, págs. 593 y 363-364; FALCÓN, *Derecho Civil*, t. IV, 1889, pág. 430; NAVARRO AMANDI, *Código civil de España*, t. II, Madrid, 1880, pág. 373; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 4.ª edic., Madrid, 1931, pág. 14. El art. 529, núm. 7.º, del Código penal de 1944 castiga por delito de estafa a "Los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte".

(49) Por falta de existencia de un riesgo efectivo, el art. 1.804 del C. c. español declara nula la renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento, o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad, que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. Vid. con referencia a los arts. 1.974 y 1.975 del C. c. frances, que concuerdan con el 1.804 del nuestro, RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, t. III, París, 1958, pág. 801; MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, pág. 84.

precisamente que a la ganancia de una de ellas corresponda la pérdida de la otra (50). Si bien este principio de la bilateralidad del riesgo es muy discutido, pues, por un lado, su admisión depende del criterio que se sustente respecto a si pueden o no existir contratos aleatorios a título gratuito y, además, aun con referencia a los contratos aleatorios onerosos, la idea de que, en algunos de ellos, el riesgo es unilateral, recogida por los artículos 1.964 del C. c. francés y 1.102 del C. c. italiano de 1865 y que se encuentra en obras de finales del siglo pasado (51), es hoy mantenida desde diversos puntos de vista.

A juicio de Scalfi (52), la idea de que a la ventaja para una parte ha de corresponder la desventaja o pérdida para la otra es simplemente el resultado de considerar como nota general de los contratos aleatorios una característica que sólo es propia de alguno de ellos, como es, por ejemplo, la apuesta. En cambio —continúa diciendo—, hay contratos aleatorios, como el de seguro, en los que la producción del evento no supone, en todo caso y necesariamente, que el asegurado haya de salir ganando y el asegurador perdiendo, pues cabe la posibilidad de que el valor de la indemnización debida sea inferior al importe de las primas percibidas por el asegurador.

Sin embargo, aun siendo cierta la observación de que en el contrato de seguro la producción del siniestro no determina forzosamente que el asegurador resulte perdiendo y el asegurado ganando, no cabe duda de que la realización del hecho temido influye en forma inmediata y opuesta en las ganancias y las pérdidas de cada una de las partes, determinando, cuando menos, que la ganancia del asegurador sea más pequeña y, paralelamente, que la pérdida del asegurado sea menor, lo cual pone de manifiesto que, aun en la hipótesis de que el siniestro sea inferior al importe de las primas del seguro, subsiste la bilateralidad del alea.

Insistiendo en la opinión de que en algunos contratos aleatorios el riesgo es unilateral, se afirma (53) que hay contratos aleatorios en que sólo uno de los contratantes asume un determinado riesgo del cual puede ser desgravado el otro contratante. El contrato, configurado así para poner a uno de los contratantes a salvo del riesgo, tiende a cargar

(50) Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., t. IV, pág. 364; TRAVIESAS, *El juego y la apuesta*, en la "Revista de Derecho Privado", IV (1917), pág. 276; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1925, pág. 566; RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. II, pág. 35; MAZEAUD, op. cit., t. II, págs. 84-85; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil* cit., vol. II, pág. 271; BOSELLI, *Alea*, en el "Novissimo Dig. it.", t. 1, pág. 473.

(51) PASSEFONS, *Du contrat d'assurance contre l'incendie*, these soutenue devant la Faculté de Droit de Toulouse, París, 1890, pág. 21-22; NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil*, Madrid, 1891, t. IV, pág. 381, afirma que en el contrato aleatorio lo que cada uno de los contratantes recibe no es equivalente a lo que se obliga a dar, sino equivalente a un riesgo de ganancia o pérdida que corre una sola o las dos partes contratantes.

(52) Op. cit., pág. 170.

(53) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, t. II, Milán, 1948, páginas 293-294; SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, en la "Rivista di Diritto Civile", VI-1 (1960), pág. 153.

el riesgo sobre el otro contratante. Concretamente, con referencia al contrato de seguro, sostiene Passafons (54) que "sólo el asegurador, siguiendo los acontecimientos, está en probabilidad de ganar o perder: ganará si el siniestro previsto no se produce, perderá en el caso contrario. El asegurado sabe de antemano que pierde el importe de la prima. Se dice que él obtendrá más tarde una ventaja del contrato, si el derecho a la indemnización se produce para él, y, por consiguiente, que la obligación es aleatoria. Tal objeción es insostenible: el asegurado obtendrá simplemente la reparación del perjuicio que se le haya causado, y esto es tan verdadero, que no podrá reclamar, incluso en virtud de una convención formal, una suma superior a este perjuicio; no obtendrá más ganancia que si el siniestro no se hubiera producido, se contentará con mantener la integridad de su patrimonio."

Este razonamiento tiene algunos elementos acertados, como son la distinción entre contratos aleatorios en que el riesgo es creado artificialmente por las partes y contratos aleatorios que versan sobre un riesgo ya existente, además de la finalidad de indemnización del contrato de seguro, que excluye el que el asegurado pueda percibir en virtud de él cantidades superiores al perjuicio sufrido. Sin embargo, es en su conclusión erróneo; si bien considerado el patrimonio del asegurado en su conjunto, al producirse el siniestro, el crédito a la indemnización lo que hace es volver a colocar el activo patrimonial en la situación en que se encontraba antes de producirse el daño, no cabe duda de que el asegurado experimenta un incremento patrimonial, pues el daño lo hubiera tenido que sufrir de todas maneras, con contrato de seguro o sin él y de no haber celebrado este contrato, no recibiría ninguna indemnización a cambio. Obtiene, pues, un incremento patrimonial, ya que por tal ha de entenderse no sólo el aumento del activo, sino también la evitación de una disminución del mismo, que, de otro modo, habría de producirse necesariamente.

Más envergadura presenta la observación de la desaparición de la bilateralidad del alea en los que algunos llaman contratos aleatorios colectivos, que han experimentado en nuestra época un desarrollo tan notable. Estos contratos —concretamente los de seguro y renta vitalicia— se celebran por importantes empresas, de un lado, y una gran multitud de individuos, por otro, de modo que la aplicación de la estadística y el cálculo de probabilidades permite hacer desaparecer el alea para el conjunto de esos contratos, haciendo así posible aplicar el rigor y la exactitud de los números a la previsión del futuro. De este modo el contrato no es aleatorio para la compañía de seguros o la empresa de capitalización. Cuando el asegurador contrata, por ejemplo, un seguro de vida, tiene en cuenta la duración media de la vida humana, fijada según los resultados de estadísticas, de tal modo que el conjunto de sus operaciones le produce un beneficio, que puede ser calculado casi exactamente.

(54) These cit., pág. 21-22.

Para desvirtuar el alcance de esta observación, se afirma (55) que para saber si un contrato es aleatorio hace falta examinarlo aisladamente y, si se destaca cada contrato del conjunto de las operaciones hechas por el asegurador, se comprueba que el riesgo interviene en ventaja o detrimento tanto del asegurador como del asegurado. De todos modos, no cabe duda de que esa planificación matemática y técnica del alea, que se consigue en los contratos aleatorios colectivos, tiene importantes consecuencias en materia de rescisión por lesión, influyendo no sólo en los contratos celebrados entre un particular y una compañía de seguros o de capitalización, sino incluso en los que se concluyan entre dos particulares. Así, por ejemplo, en la doctrina francesa se estima que, aun en los contratos de renta vitalicia celebrados entre particulares, es fácil determinar si ha habido o no lesión acudiendo a los baremos de las compañías de capitalización, que indican el capital que, según la edad del rentista, es necesario para constituir una renta vitalicia de una cuantía determinada, sin que esto suponga ninguna injusticia para con el particular deudor de la renta, ya que, en todo caso, puede entregar, a fin de que le sustituya, a una de esas compañías el capital representativo de la renta que se compromete a pagar, evitando así todo alea (56).

Las objeciones a la bilateralidad del riesgo, que acaban de exponerse, están basadas en su mayor parte en las circunstancias y características del contrato de seguro. Por ello interesa subrayar que existen además otros contratos, generalmente considerados como aleatorios, en los que la bilateralidad del alea no aparece, al menos de forma clara y terminante. Nos referimos concretamente a los contratos de préstamo a la gruesa, asistencia marítima y mandatos aleatorios.

Ya, con referencia al primero de estos contratos, hacia notar Tourranton (57) que, a diferencia del juego y la apuesta en los que las partes pueden ser considerados como enemigos en presencia, esforzándose en enriquecerse uno a expensas de otro, el prestamista en el préstamo a la gruesa realiza un servicio al prestatario y el interés común de ambos es el éxito de la operación.

Desarrollando esta idea, puede decirse que el préstamo a la gruesa (y lo mismo se diga para los mandatos aleatorios y la asistencia marítima) la realización o no realización del evento no provoca alternativamente la ganancia de una de las partes y la pérdida para la otra. Si las mercancías transportadas arriban felizmente al puerto, el prestamista a la gruesa experimentará la ganancia de que obtendrá, además de la devolución de la suma prestada, el abono de los intereses muy superiores a los normales en el préstamo ordinario; pero, al mismo tiempo, el prestatario a la gruesa se beneficia de la llegada ven-

(55) MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de Droit Civil*, t. II, París, 1956, págs. 172-173.

(56) MAZEAUD, op. cit., págs. 172-173.

(57) *Du jeu et du pari et du prêt a la grosse aventure*, thèse, Toulouse, 1876, pág. 32.

turosa de las mercancías, que supone para él la consecución del fin económico que se proponía con el contrato y la posibilidad de lucrarse con la venta de las mismas. En cambio, si las mercancías perecen en la travesía, el prestamista a la gruesa experimenta una pérdida, pues se queda sin poder exigir la devolución del capital y el abono de los intereses; sin embargo, aparentemente, no puede decirse que a esa pérdida corresponda una ganancia del prestatario, que en realidad ni gana ni pierde y aun, considerando la cuestión más allá del ámbito estricto del contrato, puede decirse que también pierde, en cuanto que se queda sin obtener los beneficios que pensaba iba a conseguir con la venta de las mercancías. Así, pues, a primera vista, parece que en el contrato de préstamo a la gruesa el riesgo es unilateral, en cuanto que sólo al prestamista le producirá ganancia o pérdida la realización o no realización del evento previsto (llegada de las mercancías a puerto) y desde luego resulta claro que la relación de los riesgos es diferente a la del contrato de apuesta, en el que a la pérdida experimentada por una de las partes corresponde necesariamente una ganancia paralela de la otra.

Sin embargo, creemos que estas circunstancias no permiten afirmar que, en los contratos de que se trata, el riesgo es unilateral. Para apreciar la ganancia o pérdida del prestatario a la gruesa, conviene referir su situación en este contrato a la que tendría de haber celebrado un contrato de préstamo ordinario no aleatorio. En efecto, en el caso de que las mercancías no lleguen a puerto, el prestamista a la gruesa pierde el capital prestado y los intereses pactados; aparentemente, el prestatario ni pierde ni gana, pero en realidad, comparando su situación con la que tendría en el préstamo ordinario, gana, porque queda liberado de la obligación de devolver el capital y abonar los intereses al cual, si el préstamo no fuera aleatorio, quedaría subsistente, a pesar de la pérdida de las mercancías para cuya adquisición y transporte había solicitado el préstamo; gana, pues, en cuanto que ha desplazado el riesgo por pérdida de las mercancías sobre el prestamista a la gruesa, riesgo que en otro caso tendría que soportar necesariamente. En el supuesto contrario de que las mercancías alcancen el puerto, el prestamista a la gruesa gana, pues obtiene la devolución del capital y el abono de intereses muy crecidos; en cuanto al prestatario ciertamente se beneficia con el feliz desenlace de la operación, ya que puede vender las mercancías, pero pierde en relación a la situación en que se encontraría de haber celebrado un préstamo ordinario, pues tiene que pagar unos intereses muy superiores a los usuales en estos préstamos. De todos modos, resulta claro que la relación entre los riesgos de ambas partes es en estos contratos distinta a la que es propia del contrato de apuesta.

Para terminar el estudio de la estructura del riesgo, aludiremos a la cuestión de si el evento que determina el riesgo ha de ser necesariamente futuro o puede consistir en un suceso pasado, cuya realización es desconocida para una o ambas partes contratantes o bien, dicho

en otros términos, si se exige la incertidumbre objetiva del riesgo o basta la incertidumbre subjetiva. No existe en la doctrina un parecer unánime sobre este punto, habiéndose mantenido posiciones tanto a favor, como en contra de que el evento pueda ser un hecho pasado, aunque desconocido por las partes. Mientras algunos afirman (58) que “a diferencia de la condición, es aquí suficiente una incertidumbre incluso meramente subjetiva del evento; y puesto que subjetivamente incierto es normalmente un evento pasado o presente, se desprende que al futuro verificarse de un acontecimiento, puede ser equiparado en esta materia la adquisición del conocimiento de un hecho ya verificado”. En cambio, Gómez de la Serna y Sánchez Román (59) censuran a los artículos 744 del C. de c. y 1.797 del C. c. por admitir el seguro retroactivo y creen que en esta materia debe estarse a los principios rigurosos del Derecho civil en casos análogos y que, por lo mismo, si es nula la compraventa cuando la cosa vendida no existe creyendo el vendedor lo contrario, así, cuando el riesgo ya no existe, no debe ser válido el seguro; tanto más, cuanto que las comunicaciones modernas y las claves y combinaciones que la malicia humana puede emplear, se prestan a multitud de estafas cometidas por este medio.

Creemos que esta cuestión de si el riesgo ha de ser objetiva o sólo subjetivamente incierto no puede decirse con carácter general, sino que debe plantearse en concreto respecto a cada uno de los tipos particulares de contratos aleatorios. Así, por disposición expresa del artículo 1.804 del C. c., no es suficiente la incertidumbre subjetiva, sino que se requiere además la objetiva, en el contrato de renta vitalicia. En cambio, hay otros contratos aleatorios, como la apuesta, en los que se admite generalmente que el evento pueda consistir en hechos pasados, desconocidos por las partes (60), incluso hay autores que intentan diferenciar a los contratos de juego y apuesta, basándose en que el evento es en el juego un acontecimiento futuro y en la apuesta un acontecimiento pasado (61). En el contrato de seguro ya hemos indicado cómo el artículo 1.797 del C. c. y los artículos 744 y 785 del C. de c. admiten la validez del seguro retroactivo, siempre que el asegurado, al celebrar el contrato, no tenga conocimiento de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo o el asegurador de haberse preservado ya de él los bienes asegurados; no obstante, el seguro retroactivo es poco frecuente en la práctica de las compañías de seguros, las cuales no sólo no acostumbran asegurar riesgos pasados, sino que además acostumbran consignar en las condiciones generales de la póliza del seguro contra incendios la cláusula de que el contrato no entrará en

(58) BOSELLI, *Alea*, en el “Novissimo Dig. it.”, t. 1, pág. 470.

(59) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 800-801.

(60) Entre otros, PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, t. XI, París, 1932, pág. 496; COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. III, pág. 797.

(61) MANRESA, op. cit., pág. 36.

vigor hasta el mediodía siguiente a la fecha en que se firma la póliza, para, de este modo, disponer del tiempo necesario para convencerse de que el asegurado no ha cometido ningún fraude, especialmente de que no ha asegurado una casa que acaba de incendiarse.

Puede, pues, concluirse diciendo que hay contratos aleatorios en los que el evento que determina el riesgo ha de ser necesariamente futuro y otros en los que se admite que sea pasado, si bien su realización no deba ser conocida por las partes. En cuanto a estos últimos, cabe preguntarse si en todo caso ambas partes han de desconocer la realización del evento pasado o, en algún supuesto especial, bastaría con que lo ignorara solamente una de ellas. Nos referimos en concreto al contrato de apuesta, en el cual se discute si será válida la apuesta que una de las partes celebre teniendo noticia segura de la verdad de su afirmación y sin participárselo a la otra parte. A juicio de Windscheid (62) tal contrato sería en principio válido y sólo podría impugnarse por dolo, si el apostante aparentase saber el suceso de que se trate menos seguramente de lo que es en realidad. Pero predomina la opinión de que, en cuanto una de las partes conoce con seguridad el evento, desaparece el alea (63) y la parte que contrata sobre seguro comete un verdadero abuso, que incluso puede constituir una estafa (64), por lo que debe entenderse, que es condición de todo contrato aleatorio el que el riesgo sea desconocido por ambas partes contratantes.

5. *La cuestión de si existe un "numerus clausus" o "apertus" de contratos aleatorios.*

El artículo 1.964 del C. c. francés, seguido por el artículo 1.102 del C. c. italiano de 1865, enumeraban como contratos aleatorios los de seguro, préstamo a la gruesa, juego y apuesta y renta vitalicia; pero, como hace notar la doctrina de los respectivos países (65), esa enumeración no es limitativa, sino sólo "ad exemplum". El Código civil español, que no contiene una enumeración análoga, regula en el título XII del libro IV como contratos aleatorios los de seguro (artículos 1.791 a 1.797), juego y apuesta (arts. 1.798 a 1.801) y renta vitalicia (arts. 1.802 a 1.808). Los autores contemporáneos a la publicación del Código censuraban a éste por haber omitido toda referencia a contratos que nuestra doctrina venía incluyendo entre los aleatorios, como la decisión por suerte y la venta de esperanza, regulada esta última por la ley 11, tít. 5, Partida 5 (66).

Interpretando restrictivamente este silencio del Código, una antigua sentencia del Tribunal Supremo (S. de 27 de junio de 1906) declaró que nuestro Derecho no cabe admitir otras obligaciones con-

(62) Op. cit., pág. 629.

(63) BARASSI, op. cit., págs. 291-292.

(64) MANRESA, op. cit., págs. 14-15.

(65) COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; MAZEAUD, op. cit., t. III, pág. 1229.

(66) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 809.

tractuales de carácter aleatorio, que las establecidas en el título XII del libro IV del Código civil; pero tal criterio fue censurado por la doctrina (67), y el mismo Tribunal Supremo ha rectificado posteriormente esa antigua opinión, declarando que ni siquiera llegó a constituir doctrina legal, por hacerse de modo incidental en la sentencia de 27 de junio de 1906 la afirmación de que no existen otras obligaciones de carácter aleatorio que las reguladas en el título XII del libro IV del Código civil, y por no haberse recogido ese criterio en ninguna otra sentencia (s. s. de 30 de diciembre de 1944, considerando 6.º, y de 15 de febrero de 1957, considerando 6.º). Por consiguiente, no cabe duda de que en el Derecho español, además de los contratos de seguro, renta vitalicia, juego y apuesta, regulados por el Código civil en el título de los contratos aleatorios, del préstamo a la gruesa, regulado por los artículos 719 a 736 del Código de comercio y del contrato de auxilio o salvamento marítimo, regulado por la Ley de 24 de diciembre de 1962 (68), pueden existir otras figuras de contratos aleatorios que, al no estar disciplinados expresamente por la ley, encuentran su fundamento legal en el principio de autonomía de la voluntad, proclamado por el artículo 1.255 del C. c., y que pueden considerarse como contratos aleatorios atípicos.

6. *Contratos aleatorios atípicos.*

Cuales sean en concreto estos contratos aleatorios atípicos no es posible determinarlo exhaustivamente. Desde luego, hay que incluir en este grupo contratos que, como la venta de esperanza y la decisión

(67) MANRESA, op. cit., pág. 11; FÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECCERUS-LEHMANN, t. II-2, Barcelona, 1935, pág. 454.

(68) El aspecto aleatorio de este contrato resulta de la disposición del art. 2 de la ley de 24 de diciembre de 1962: "Todo acto de auxilio o salvamento que haya producido un resultado útil dará lugar a una remuneración equitativa. No se deberá ninguna remuneración si el socorro prestado no llegase a producir resultados útiles." Como observa ARAUD, *thèse cit.*, pág. 128, comentando el art. 2 de la ley francesa de 26 de abril de 1916 (cuyo texto concuerda con el art. 2 de la ley española que acaba de transcribirse, ya que, como hace notar DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 522, n. 17, ambos han sido tomados del art. 7 del Convenio de 23 de septiembre de 1910 sobre salvamento marítimo, al que se adhirió España en 17 de noviembre de 1923), "la convención de auxilio o salvamento presenta un carácter aleatorio: un navío que socorre a otro no está seguro del todo del resultado de su empresa. Puede no encontrarlo, llegar tarde e incluso zozobrar a su vez. En todos los casos realiza gastos, que en el supuesto de fracaso no le serán reembolsados". Interesa subrayar que, tanto en el Derecho francés como en el español, ese aspecto aleatorio del contrato de auxilio y salvamento no impide que el precio fijado por las partes pueda ser modificado por los tribunales, pues según los arts. 8 y 9 de la ley española (que concuerdan con el art. 9 de la ley francesa), "Todo convenio de auxilio y de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro podrá ser, a petición de las partes, modificado por el Tribunal Marítimo Central, si estima que las condiciones estipuladas no son equitativas." Es este un supuesto considerado típico de la rescisión en su forma más flexible (DE CASTRO, op. cit., pág. 522).

por suerte, nuestra doctrina ha venido tradicionalmente estudiando al tratar de los contratos aleatorios. A ellos pueden añadirse: la venta de usufructo (69), bien de usufructo vitalicio en todo caso, bien además la de usufructo constituido por cierto número de años, si se estima que en este último la muerte del usufructuario determina la extinción del usufructo, que no se transmite a sus herederos por el tiempo que reste del término por el que fue constituido; la venta de nuda propiedad (70); la venta de derechos litigiosos (71); la fianza onerosa, mencionada por el artículo 1.823-1.º del C. c. y que presenta gran parecido con el seguro de crédito, pero que no se confunde con él, en cuanto que en este último la obligación asumida por el asegurador es absolutamente distinta de la obligación del deudor cuyo crédito es asegurado, y su objeto no es la ejecución de la obligación garantizada, sino solamente la reparación del perjuicio causado por la falta de pago del crédito; los contratos diferenciales de Bolsa, si bien estén parcialmente regulados por los artículos 63 y siguientes del Reglamento de las Bolsas de Comercio, aprobado por Decreto de 30 de junio de 1967, y que, en el fondo, son modalidades del contrato de apuesta; la constitución de censo vitalicio (72); el violario (73); las tontinas (74). Y, en la doctrina extranjera, se citan también como contratos aleatorios la cesión de derechos sucesorios (75), la venta con riesgo y peligro de evicción a cargo del comprador (76) y cierta clase de mandatos (77).

Es procedente preguntarse si pueden existir, además de los que acaban de relacionarse, otros contratos aleatorios y si, en definitiva las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden convertir a cualquier contrato, normalmente conmutativo, en aleatorio, con insertar en su estructura un alea. En este punto numerosos autores opinan que el número de los contratos aleatorios es ilimitado y que puede imprimirse carácter aleatorio a todos los contratos a título oneroso, bastando para ello que las prestaciones que se hayan de hacer dependan, en cuanto a su estructura o extensión, de un acontecimiento incierto (78).

De todos modos, conviene advertir que debe procederse con prudencia antes de calificar de contrato aleatorio a una de esas convenciones, pues, como el riesgo influye en mayor o menor medida en todos

(69) CASTÁN, *Derecho Civil*, t. IV, 8.ª edic., Madrid, 1956, pág. 660.

(70) CASTÁN, op. cit., pág. 660; COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; ARAUD, *thèse cit.*, págs. 17 y 63.

(71) CASTÁN, loc. cit.; COLIN y CAPITANT, loc. cit.; ARAUD, *thèse cit.*, pág. 23.

(72) MANRESA, op. cit., pág. 9.

(73) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 273, n. 41.

(74) DE CASTRO, loc. cit.

(75) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 87.

(76) SCALFI, op. cit., págs. 115 y 138.

(77) COLIN y CAPITANT, loc. cit.; ARAUD, *thèse cit.*, págs. 17 y 63.

(78) COLIN y CAPITANT, op. cit., pág. 567; MAZEAUD, op. cit., t. III, pág. 1229; BARASSI, op. cit., pág. 294; NAVARRO AMANDI, *Cuestionario... cit.*, pág. 381.

los contratos, existe el peligro de considerar como aleatorios a contratos que en realidad no lo son.

7. Clasificación de los contratos aleatorios.

Existen varias clasificaciones de los contratos aleatorios, tomadas desde distintos puntos de vista.

Atendiendo al origen de la aleatoriedad del contrato, se distingue entre contratos aleatorios por naturaleza y contratos aleatorios por voluntad de las partes (79). En los primeros la aleatoriedad es una consecuencia, o mejor una cualidad de la causa del contrato, que no es concebible sin ese alea (seguro, renta vitalicia, juego y apuesta), y en los segundos el carácter aleatorio se debe a la voluntad de las partes y tienen lugar generalmente cuando los contratantes, para la consecución de un fin práctico, se valen del esquema de un contrato normalmente conmutativo e insertan en él un riesgo (así, a juicio de algunos, la venta de esperanza, por ejemplo).

Como consecuencia práctica adosada a esta distinción, se señala que los contratos aleatorios por voluntad de las partes no se presumen, dicho en otros términos, que en caso de duda sobre si la intención de las partes, al celebrar el contrato, fue asumir el alea o, por el contrario, concluirlo con el carácter conmutativo normal en aquel tipo de contrato, el juez habrá de pronunciarse en este último sentido y así, por ejemplo, en la duda de si una compraventa de cosa futura es "emptio spei" o "emptio rei speratae", los tribunales habrán de resolver que se trata de una "emptio rei speratae" y no de una "emptio spei".

La distinción que acaba de exponerse tiene, no obstante, contradictores, los cuales afirman que la asunción de un riesgo, que las partes hagan dentro del esquema de un contrato conmutativo, altera profundamente la estructura del tipo, por lo que, en realidad, todos los contratos aleatorios lo son por naturaleza y que, en definitiva, con esa clasificación lo que se hace es separar los contratos aleatorios típicos o innominados (80).

Por razón de su diversa estructura o, si se quiere, por la diversa forma en que opera el evento determinante del riesgo, se distingue entre "contratos en los que el acontecimiento incierto desempeña el papel de una condición suspensiva, que impide toda prestación a cargo de una de las partes de tal suerte que, si no se realiza, esta parte contratante no habrá suministrado nada en virtud del contrato (vg. seguro) y contratos en los que el evento incierto juega el papel de un término extintivo, que pondrá fin a las prestaciones debidas por una de las partes, de suerte que hace variar la extensión de su obligación sin jamás suprimir la enteramente (renta vitalicia)" (81). Más am-

(79) NAVARRO AMANDI, loc. cit.; ARAUD, thèse cit., pág. 17; BARASSI, op. cit., págs. 293-295; MESSINEO, op. cit., pág. 478.

(80) BOSELLI, op. cit., pág. 474.

(81) RIPERT-BOULANGER, op. cit., t. II, págs. 34-35.

pliamente se distingue entre “contratos en los que las dos partes en presencia se obligan desde el momento de la formación del contrato a una prestación determinada, pero cada una de ellas especula sobre una alea, cuenta con un evento, cuya llegada, más o menos próxima, determina la extensión de la prestación (venta de usufructo, renta vitalicia); contratos en los que una de las partes se compromete a pagar una cierta suma para protegerse de determinado riesgo, que la otra deberá indemnizar en caso de producirse (seguro) y contratos en que sólo una de las partes estará obligada si la suerte se vuelve contra ella (juego)” (82), o bien entre “contratos en los que el riesgo incide sobre la prestación de una de las partes, determinando su necesidad (seguro contra daños), contratos en los que el riesgo altera la prestación en sentido cuantitativo (renta vitalicia), contratos en los que el riesgo determina la incertidumbre sobre el momento de la exacción del crédito por una de las partes (seguro sobre la vida) y contratos en que el riesgo determina la incertidumbre de dos prestaciones opuestas de las cuales cada una depende de una condición recíprocamente inversa” (83).

Teniendo en cuenta la posibilidad o no de que las partes puedan intervenir en el riesgo, se distingue entre contratos en los que el evento es de pura suerte y aquellos otros en los que depende, en todo o en parte, de la misma actividad de las partes interesadas (84).

Atendiendo a la naturaleza del riesgo, se distingue entre contratos aleatorios que versan sobre un riesgo, que ya existía con independencia del contrato (seguro) y contratos en los que el riesgo es creado artificialmente por la voluntad de los contratantes (juego y apuesta) (85).

Intimamente relacionada con esta última clasificación está la que distingue los contratos aleatorios por su fin, según que en ellos las partes, contando con la suerte, expongan a su patrimonio a experimentar una pérdida a cambio de una posibilidad de ganancia (juego y apuesta), o bien una de las partes se proponga con el contrato escapar a ciertos riesgos (seguro) (86). Esta clasificación de los contratos aleatorios por su finalidad es de gran importancia porque, en tanto que los contratos aleatorios dirigidos a poner a una de las partes a salvo de un riesgo ya existente, responden a un espíritu de previsión y son bien acogidos por los legisladores, que favorecen e incluso ordenan su celebración, en cambio los contratos aleatorios en los que el riesgo es creado artificialmente por las partes son mirados generalmente con desconfianza y aversión por las leyes, que limitan sus efectos y, en determinados casos, llegan a prohibirlos, incluso con sanciones penales.

(82) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 15.

(83) BARASSI, *op. cit.*, págs. 292-293.

(84) BOSELLI, *op. cit.*, pág. 470.

(85) BARASSI, *op. cit.*, pág. 297; VALSECCHI, *op. cit.*, pág. 31.

(86) ARAUD, *thèse cit.*, pág. 18.

8. *Efectos de los contratos aleatorios.*

Tradicionalmente se ha venido considerando la no aplicación de la rescisión por lesión como efecto general, común a todos los contratos aleatorios y que los caracteriza frente a los contratos conmutativos. Como observa Araud (87), “cuando la lesión penetró en el Derecho romano, los contratos aleatorios fueron excluidos de ella. La rescisión por lesión no tiene lugar cuando el objeto de la venta no es cierto y determinado, así cuando, sabiéndome heredero, vendo la herencia a que tengo derecho sin especificar los bienes que la componen; o bien cuando vendo un derecho que puedo tener a una sucesión, ignorando si soy heredero. La rescisión no se aplica a las otras ventas que presentan un carácter aleatorio, como la venta de un golpe de red o la venta de otra cosa cuyo producto sea incierto”.

Este principio de la no rescisión por lesión de los contratos aleatorios ha llegado hasta nuestros días, siendo en la actualidad declarado expresamente en algunos Códigos modernos (88).

En el Derecho francés ningún texto del C. c. establece formalmente la exclusión de la rescisión por lesión en los contratos aleatorios y la doctrina y la jurisprudencia revisan actualmente el viejo principio, que deja a los contratos aleatorios fuera del campo de la rescisión por lesión. Como hacen notar Marty et Raynaud (89), “se ha hecho valer a favor de esta exclusión, de una parte, la imposibilidad de apreciar la lesión en razón a la incertidumbre reinante sobre la importancia de las prestaciones de una de las partes y, de otro lado, el hecho de que, aceptando un alea, cada parte ha aceptado con ello mismo un riesgo de desequilibrio en su detrimento. Ninguna de estas dos consideraciones es decisiva absolutamente: la lesión puede a veces existir en el momento mismo de la formación del contrato y, de otra parte, el que concluye un contrato aleatorio no está necesariamente animado de un espíritu de especulación”.

Por ello los tribunales y la doctrina francesa se esfuerzan por aplicar, en lo posible, la rescisión por lesión a los contratos aleatorios. Así se aprecia la lesión en la renta vitalicia, constituida a cambio de la transmisión de un inmueble, cuando los productos de éste son iguales o superiores a la renta estipulada (90) y, aún siendo los plazos de la renta superiores a los productos del inmueble, se admite la existencia de lesión si, puestos en la situación más desventajosa para el deu-

(87) *Thése cit.*, pág. 19.

(88) Entre otros, el art. 1.448-4.º del C. c. italiano de 1942 establece: “non possono essere rescisi per causa de lesione i contratti aleatori”; el art. 323, ap. 2.º, de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña dispone: “No procederá la acción rescisoria en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinada por el carácter litigioso o aleatorio de lo adquirido.” También en Navarra, por aplicación del Derecho romano, rige el principio de que la rescisión por lesión “*ultra dimidium*” no tiene lugar en los contratos aleatorios.

(89) *Op. cit.*, pág. 145.

(90) ARAUD, *thése cit.*, págs. 32-50.

dor de la renta (esto es, en el supuesto de que el acreedor de la renta alcance una longevidad extraordinaria), resulte que éste no pagará sino una parte muy pequeña del inmueble que se le transmite (91).

En cuanto a la venta de usufructo, la jurisprudencia francesa es vacilante, mientras algunas sentencias se niegan a admitir la rescisión por lesión, por razón del carácter aleatorio de esa venta, otras admiten la procedencia de la acción de rescisión por lesión, cuando es posible determinar la existencia de una lesión cierta en más de siete duodécimos (92). Otros contratos aleatorios, como el juego y la apuesta y el "bail a nourriture", quedan fuera de toda rescisión por lesión, debido a la imposibilidad de apreciarla (93).

Derecho español. Según afirma Sánchez Román (94), en el Derecho de Castilla anterior al Código civil, aparte de las reglas especiales que se refieren a cada uno de los contratos aleatorios en particular, existía la siguiente regla aplicable a todos ellos: "la rescisión por causa de lesión, en los casos que según el Derecho de Castilla procede, sólo es aplicable a los contratos conmutativos, nunca a los aleatorios". Pero como los artículos 1.291 y 1.292 del C. c. han reducido la rescisión por lesión para todos los contratos a límites muy estrechos, pues sólo la admiten en los contratos que pudieran celebrar los tutores sin la autorización del consejo de familia y en los celebrados en representación de ausentes, parece que en materia de rescisión por lesión ha desaparecido prácticamente toda diferencia entre los contratos conmutativos y los aleatorios y que, por consiguiente, ha desaparecido del mismo modo el interés práctico de la distinción entre una y otra clase de contratos (95).

A esta opinión pudiera contestársele que, aún dentro de esos límites estrechos en que el Código admite la rescisión de los contratos, cabría admitir la subsistencia de la regla diferencial de los contratos aleatorios y los conmutativos, estimando que únicamente los pertenecientes a ésta última clase, que sean celebrados en nombre del menor o ausente, serán rescindibles por lesión, y no lo serán, en cambio, los que tengan carácter aleatorio. Este razonamiento carece de fuerza desde el momento en que será poco frecuente el caso de contratos aleatorios celebrados en nombre del menor o ausente (por ejemplo, carece de sentido celebrar un contrato de renta vitalicia a favor del ausente y menos aún es concebible que se celebren a nombre del menor o ausente los contratos de juego y apuesta (96) y que hay contratos aleatorios en que normalmente no podrá presentarse la lesión (por ejemplo, el seguro contra daños de los bienes del menor o ausente si,

(91) ARAUD, thèse cit., págs. 55-60.

(92) ARAUD, thèse cit., págs. 72-73.

(93) MARTY et RAYNAUD, op. cit., pág. 145.

(94) Op. cit., pág. 364.

(95) Así lo afirma MANRESA, op. cit., pág. 13.

(96) Como hace notar DE CASTRO, op. cit., pág. 274, falta a su deber el representante legal o administrador de patrimonio ajeno que "coloca" el dinero de su representado en juegos de azar, aun de los lícitos o permitidos.

como es normal, se concierta con una compañía de seguros, que se limita a cobrar la prima señalada en las tarifas). Pero aun en el caso muy improbable de que se presentara un contrato aleatorio, celebrado en nombre de un menor o ausente, en que estos hubieran sufrido una lesión en más de la cuarta parte (por ejemplo, un seguro concertado con un particular a cambio de una prima muy superior a la usual en las compañías de seguros), creemos que, puesto que el Código no establece el principio de no rescisión por lesión de los contratos aleatorios, nada se opondría a la rescisión por lesión de ese contrato aleatorio, celebrado a nombre del menor o ausente, siempre que se demostrara la existencia de lesión en más de la cuarta parte.

Esta apreciación se consolida, si se tiene en cuenta la progresiva posición adoptada por el Tribunal Supremo en materia de rescisión por lesión "ultra dimidium" de compraventas aleatorias, regidas por el Derecho foral catalán. La sentencia de 19 de octubre de 1959 (97) estima que el carácter aleatorio que presenta la venta de nuda propiedad no es óbice para que se pueda apreciar la lesión "ultra dimidium" y, en consecuencia, se disponga la rescisión de la venta, pues tanto la nuda propiedad como el usufructo pueden ser valorados separadamente por los tribunales con intervención de las partes y asesoramiento de peritos (98).

Con todo, cabe pensar que si el Código civil ha reducido la rescisión por lesión a límites tan estrictos, que prácticamente suponen la desaparición de toda diferencia en esta materia entre los contratos aleatorios y los conmutativos, fuera del Código existen leyes que,

(97) Rep. Jurisp. Aranzadi, 4872.

(98) Considerando 4.º: "Que el motivo 3.º del recurso, a través de las infracciones que a su entender se cometen en la sentencia recurrida, plantea concretamente el tema de si el contrato que se impugna en el pleito, por comprender sólo la venta de la nuda propiedad de los inmuebles que son su objeto, reservándose el vendedor el usufructo, tiene el carácter aleatorio, al que no es aplicable la rescisión por lesión "ultra dimidium" que reconoce el Derecho vigente en Cataluña, a cuyo fin analiza la ley de Bases para la redacción del C. c. en relación con el art. 467 del mismo, en cuanto al concepto de usufructo, que hace exista una incertidumbre en cuanto al precio que no puede determinarse en el momento de la perfección del contrato, en relación también con la opinión de algún tratadista del Derecho foral, que a su entender ratifica su tesis, y, por último, con el art. 1.790 del repetido Código, que expresa lo que es el contrato aleatorio y comparando el usufructo con el contrato de renta vitalicia, identificándolos en cuanto a sus efectos, deduce que en ambos existe un "aleas", que impide admitir que el precio esté determinado, y si bien es cierto que una corriente doctrinal muy autorizada entiende que la enumeración que el Código hace de los contratos aleatorios no debe ser considerada como limitativa, pues existen otros contratos de suerte no comprendidos en ella, no es dable olvidar que tanto la nuda propiedad como el usufructo pueden ser valorados separadamente, y respecto del último, existen normas que precisan cuál sea ese valor, atendiendo a distintos supuestos que la realidad y cada caso ofrecen, valoraciones que se han efectuado con intervención de ambas partes litigantes, lo que se deduce del precio justo, por lo que lo aleatorio solo muy remotamente puede producirse, siendo muy distinta la contingencia de una ganancia mayor o menor que pueda obtenerse, o de una pérdida que asimismo pueda sufrirse, que el propio concepto de "aleas" a que se concreta el art. 1.890 del Código civil."

como la de la Usura de 23 de julio de 1908 que, aun cuando no contemplan la lesión de manera explícita, la nulidad de los contratos que en determinados casos pronuncian responde a la idea de lesión, y que esas leyes serán aplicables a los contratos conmutativos, pero no a los aleatorios.

Creemos que ni aun aquí será posible mantener la diferencia. Por ejemplo, dada la moderna planificación y reducción técnica del alea, estimamos que no es posible sostener que la Ley de la Usura es sólo aplicable a los préstamos ordinarios y no es aplicable a los préstamos a la gruesa. A primera vista parece que el préstamo a la gruesa es refractario a cualquier intento de determinar si el interés pactado es superior al normal del dinero, "ya que este contrato presenta un carácter eminentemente aleatorio y, dado el número y multitud de causas, a menudo imprevisibles, que son aquí susceptibles de influir sobre los resultados del contrato, toda reducción de la tasa del interés resulta improcedente" (99). Así, en el Derecho romano clásico y postclásico los límites de la cuantía de los intereses no se aplicaban al "foenus nauticum", y el intento de Justiniano de reducirlos al 12 por 100, además de haber sido muy censurado, apenas tuvo aplicación en la práctica. Sin embargo, en la actualidad puede verse en el préstamo a la gruesa una combinación de un préstamo ordinario y un seguro marítimo, lo cual permite hacer la siguiente observación: si, después de deducir la cantidad que en concepto de prima del seguro marítimo hubiera cobrado una compañía de seguros, resulta que el resto del beneficio prometido en el préstamo a la gruesa es muy superior a lo que sería el interés normal del dinero en un préstamo ordinario, no habrá inconveniente en aplicar la ley de la Usura. Y esta tesis viene confirmada, en cierto modo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1911, la cual declaró que "no es usurario el préstamo por el que la sociedad prestamista se compromete a no cobrar a los herederos los plazos o intereses que venzan después de muerto el prestatario, y añade la garantía de un seguro; siempre que la prima del seguro no sea superior a la normal estimación del riesgo" (100).

(99) ARAUD, *thése cit.*, pág. 124-125.

(100) Estimamos que esta doctrina jurisprudencial confirma el criterio expuesto de que la ley de la Usura sería aplicable a los préstamos a la gruesa (y, en general, a cualquier préstamo de carácter aleatorio) en los que el beneficio prometido al prestamista sea muy superior a lo que representaría el interés normal del dinero más la prima del seguro marítimo (o de crédito, en su caso), porque si bien el supuesto sobre el que recayó esta sentencia de 14 de noviembre de 1911 no era en rigor un préstamo a la gruesa, no cabe duda de que se trataba de un préstamo aleatorio, pues el derecho del prestamista a obtener la devolución de los plazos del capital y el abono de los intereses dependía de un evento incierto, como es el que, al tiempo de los respectivos vencimientos, viviese el prestatario. Con todo, es evidente que en los préstamos de carácter aleatorio no será sin más usuario cualquier interés superior al normal del dinero, ya que cuanto mayor sea el alea, es decir, el riesgo que corra el prestamista en no cobrar, en todo o en parte, el capital y los intereses, estará justificado un interés superior, y si el Tribunal Supremo tiene en cuenta en los préstamos ordinarios, a los efectos de determinar si es usurario el interés pactado, el riesgo que corre

Aparte de la rescisión por lesión, se plantea la cuestión de si existirá diferencia de régimen jurídico entre los contratos conmutativos y los aleatorios en lo que se refiere a revisión del contrato por alteración de las circunstancias, en el sentido de que mientras son susceptibles de ella los contratos conmutativos, no lo son, en cambio, los contratos aleatorios. En esta dirección, el artículo 1.469 del C. c. italiano de 1942 dispone que "la resolución por excesiva onerosidad de un contrato con prestaciones bilaterales, o bien la reducción a equidad, o la modificación de las modalidades de ejecución de un contrato con prestación de una parte no tienen aplicación a los contratos aleatorios".

Efectivamente, en una primera apreciación, resulta que la aleatoriedad impide toda valoración de desproporción entre las prestaciones encaminada a la revisión o a la resolución por excesiva onerosidad del contrato. Sin embargo, creemos que en el contrato aleatorio debe distinguirse entre aquella desproporción entre las prestaciones las partes, que es consecuencia del riesgo asumida por cada una de ellas, y la diferencia que eventualmente pueda producirse por hechos y circunstancias ajenos al riesgo asumido en el contrato; estas últimas pueden ser sometidas al régimen común en orden a la revisión o resolución del contrato.

La cuestión sólo se plantea en torno a ciertos contratos aleatorios en los que la prestación de una de las partes es de tracto sucesivo (seguro, renta vitalicia), en cambio, carece de sentido referirla a los contratos aleatorios de tracto único (juego y apuesta). Concretamente, por lo que se refiere al seguro de defunción, varias Ordenes del Ministerio de Hacienda español han elevado las primas en los contratos en vigor, debido a que, por haber aumentado el valor de las prestaciones prometidas por el asegurador (aumento del precio de los gastos de sepelio, funerales, etc.), se había modificado notablemente el valor del riesgo sobre el cual venían calculadas las primas. Y, por lo que respecta al contrato de renta vitalicia, en el Derecho francés las leyes de 25 de marzo de 1949, 22 de julio de 1952 y el Decreto de 16 de enero de 1960 han procedido a la revisión de las rentas vitalicias, fijando módulos de revalorización, que varían según la fecha de constitución de la renta, con el fin de restablecer en lo posible el equilibrio entre el deudor de la renta, cuyo valor efectivo ha disminuido, y el deudor de la renta que ha adquirido un inmueble, cuyo valor ha aumentado paralelamente, o un capital, que ha podido emplear en inversiones no afectadas por la devaluación del dinero.

También en Italia, no obstante la regla del artículo 1.469 del Código civil de 1943, a la que hemos aludido ya, la ley de 24 de febrero de 1953 ha dispuesto la revalorización de las rentas vitalicias en dinero, constituidas por contrato o testamento antes de 31 de diciembre de 1945, siempre que la constitución se haya realizado mediante transfe-

el prestamista (entre otras, SS. de 24 de marzo de 1912; 12 de febrero de 1928 y 13 de febrero de 1941), con mayor razón habrá de ponderar el riesgo especial del préstamo aleatorio.

rencia de inmuebles a favor del deudor de la renta y éste no los haya vendido antes del 1 de enero de 1946. Como observa Scarpello (101), “la propuesta de esta ley fue determinada por una exigencia equitativa, como era la de remediar la situación de aquellos que, habiendo cedido todo o parte de su patrimonio con el fin de asegurarse la tranquilidad de su existencia y de su vejez, se habían visto reducidos, a causa de la guerra y de la pérdida de valor de la moneda, a la más absoluta indigencia. En la relación que acompañaba a la propuesta de la ley se consideraba la objeción de que el principio de la excesiva onerosidad podía parecer inaplicable, teniendo en cuenta la naturaleza aleatoria del contrato de renta vitalicia, pero se la descartaba alegando que el alea contemplada por el Código civil italiano no comprendía revoluciones verdaderas y propias, como las producidas por la última conflagración mundial.”

Todavía es posible pensar que existe un problema de orden práctico común a todos los contratos aleatorios, aun cuando en rigor no pueda decirse que constituye un efecto de esta clase de contratos. Se trata de la necesidad de que en ellos se presenta de fijar, al tiempo de su celebración, el valor pecuniario de las prestaciones que en virtud del contrato efectuará una de las partes, independientemente de las vicisitudes particulares que posteriormente el alea pueda producir en cada caso concreto. Por diversos motivos, al legislador, a los tribunales e incluso a las mismas partes se les hace preciso determinar lo que, por ejemplo, valen una renta vitalicia, un usufructo vitalicio, la nuda propiedad, etc., sin esperar a que transcurra el tiempo y se verifiquen los eventos que, en los distintos supuestos particulares, harán posible la exacta valoración pecuniaria de cada uno de esos derechos. Por ejemplo, en materia fiscal se requiere fijar inmediatamente la base imponible de los actos y contratos por los que se constituyan o se transmitan usufructos o pensiones vitalicias, la nuda propiedad, etc., ya que, según el artículo 150 de la ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964, “el impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto sujeto al mismo”, y según el artículo 151 de la misma ley, “se devengará el día en que tenga lugar el acto o contrato gravado”.

Asimismo, ya en el campo del Derecho civil, son numerosas las hipótesis en que se impone reducir el alea a cifras pecuniarias concretas, si bien tengan estas un carácter en cierto modo arbitrario y solamente aproximado. Tal ocurre a los efectos de determinar si procede la reducción por lesión a la legítima de los herederos forzosos de las donaciones o disposiciones testamentarias por las que el causante haya dejado al beneficiario de ellas un usufructo, la nuda propiedad de determinados bienes o una pensión vitalicia. El mismo Código civil

(101) *La rivalutazione delle rendite vitalizie in danaro in base alla legge 24 febbraio 1953*, en la “*Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*”, X (1956), págs. 67-68.

contempla uno de estos casos en el artículo 820-3.º, al disponer que "Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador", y si bien este artículo no señala el procedimiento a seguir para determinar si el legado de usufructo o de renta vitalicia puede o no considerarse superior a la parte disponible, no hay duda de que los herederos forzosos gravados con uno de esos legados (o los tribunales, si los legatarios beneficiados no se conforman con la valoración hecha por los herederos y estos hayan optado por entregarles la parte disponible), antes de optar entre una de las dos soluciones que les brinda el Código, deberán determinar si la manda, independientemente de cuál sea después en realidad la duración de la vida del usufructuario o rentista, puede estimarse que lesiona la legítima o, por el contrario, considerarla comprendida en la parte disponible.

También puede plantearse la necesidad de reducir el alea a cifras numéricas en materia de usufructo del cónyuge viudo, si los herederos, haciendo uso de la facultad que les concede el artículo 839 del Código civil, acuerdan satisfacerlo mediante la asignación de un capital en efectivo, ya que para proceder a esta capitalización habrá que partir de la fijación de lo que puede estimarse vale el usufructo legal, atendiendo a la duración probable de la vida del cónyuge supérstite (102).

En aquellos ordenamientos que admiten ampliamente la rescisión por lesión, igualmente se impone acudir a la delimitación del alea para determinar si, en ciertos contratos aleatorios, una de las partes ha experimentado o no lesión (103).

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse para la estimación previa del valor de estos derechos afectados por un alea, las leyes fiscales, a los efectos de la liquidación del impuesto, establecen reglas para fijar el valor de los usufructos vitalicios, de la nuda propiedad

(102) Aunque este art. 839 afirma que los herederos y el cónyuge viudo procederán de "mutuo acuerdo", como sostiene la doctrina (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones* de ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2-1.º, Barcelona, 1933, pág. 116), más que de un contrato, se trata de una obligación con facultad alternativa a cargo de los herederos, que tiene su fuente en la misma ley, pues la decisión de conmutar en modo alguno puede ser fruto del "mutuo acuerdo", sino que corresponde exclusivamente a los herederos (MEZQUITA DEL CACHO, *Commutación del usufructo viudal común*, en la "Revista de Derecho Notarial", 1957, pág. 274; GULLÓN BALLESTEROS, *La conmutación del usufructo legal del cónyuge viudo*, en el "Anuario de Derecho Civil", t. XVII (1964), pág. 612), lo cual no obsta para que, si el cónyuge viudo rechaza la cantidad que le asignen los herederos, sean los tribunales quienes la fijen.

(103) En nuestro Derecho civil común, aunque poco frecuente, no es de todo punto imposible que se pueda plantear este problema. Por ejemplo, en una partición de herencia, para evitar la división de una cosa, se acuerda compensar al heredero cuyo lote tiene menor valor asignándole una renta vitalicia; si posteriormente se estimara que con esta atribución el heredero había sufrido lesión en más de la cuarta parte, procedería la rescisión por lesión de la renta vitalicia a través de la rescisión de la partición.

y de las rentas y pensiones vitalicias (104). La duda se proyecta en torno a si se han de aplicar también las expresadas normas fiscales a las relaciones civiles, puesto que el Código civil no establece reglas sobre este punto, o si, como quiera que el artículo 150-9 de la ley de Reforma del sistema tributario limita las estimaciones en él contenidas "a los efectos del impuesto", se ha de acudir a otros procedimientos.

Teóricamente, aparte de la aplicación de las valoraciones de las leyes fiscales, cabe acudir al dictamen pericial y determinar el valor de la nuda propiedad, del usufructo o de la renta vitalicia atendiendo al número probable de años de vida que los médicos, efectuado el oportuno reconocimiento, asignen al titular de esos derechos. En el caso de la renta vitalicia se pueden también utilizar las tablas de las empresas de seguros y capitalización que, atendiendo a la duración media de la vida humana, señalan el capital que, según la edad del rentista, es preciso entregar para constituir una renta de determinada cuantía (105).

La elección entre esos posibles procedimientos de reducción numérica del alea corresponde a las partes, si la fijación del valor de los derechos de carácter aleatorio se hace de mutuo acuerdo (106), o a los tribunales, si se plantea en un litigio (107).

(104) Ley de Reforma del sistema tributario, art. 150-9: "El valor del derecho real de usufructo se estimará, a los efectos del impuesto, en la forma siguiente: En los usufructos vitalicios se estimará que su valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos ve veinte años, y que va decreciendo a medida que aumente su edad en la proporción de un 10 por 100 menos por cada diez años más. El límite de esta regresión será en todo caso el 10 por 100. El valor del derecho de nuda propiedad se computará en todos los casos por la diferencia entre el valor del usufructo según las reglas anteriores y el valor total de los bienes sobre que recaigan dichos derechos."

(105) Aunque el Código de comercio parece partir de la base de que las primas en el seguro de vida se determinarán atendiendo también al estado de salud del asegurado, la Orden de 16 de febrero de 1955 ha autorizado, dentro de ciertos límites, el seguro de vida sin reconocimiento médico.

(106) En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1957 (*Colección de Jurisprudencia civil de la R. G. L. J.*, nueva serie, t. 59, págs. 1930-1939) declaró en el considerando 7.º que: "Si bien el Reglamento del impuesto de derechos reales establece, con fines fiscales, una forma de capitalización de las pensiones asignadas como renta vitalicia, es indudable que en el campo civil los interesados pueden apartarse de ella, sin que el Registrador pueda tratar de limitar esa facultad."

(107) Para esta última hipótesis, y refiriéndose al usufructo del cónyuge viudo, el Tribunal Supremo tiene establecido en la sentencia de 5 de noviembre de 1913 (C. L., t. 46, pág. 597) que "El Código civil, en defecto de reglas procesales anteriores a su publicación, dispone como regla fija que el importe efectivo numerario de la cuota viudal, cuando no exista acuerdo entre los interesados, será fijada por el tribunal de instancia, cuya apreciación, como cuestión de hecho, no es impugnabile en casación, a menos que se demuestre el error evidente. Si bien puede ser criterio racional tomar como tipo de valuación del usufructo el que establezcan las leyes fiscales, sus preceptos no pueden estimarse infringidos porque son independientes de los sustantivos reguladores de las cuestiones entre particulares en la esfera del Derecho civil, expresamente sometidos, en este caso, a la facultad discrecional del juzgador." La sentencia de 19 de

Ahora bien, como puede apreciarse en los ejemplos que acaban de exponerse, la delimitación matemática del alea, si bien es una cuestión práctica que se presenta en los contratos aleatorios a título oneroso, no puede decirse que sea exclusiva de esta categoría contractual, pues es común a todos los actos y negocios de carácter aleatorio "lato sensu".

Todas estas apreciaciones parecen conceder la razón a los que opinan que en el Derecho español vigente ha desaparecido en absoluto el valor práctico de la distinción entre contratos aleatorios y contratos conmutativos, desde el momento en que no existen efectos generales de la primera categoría de contratos que los caractericen frente a los segundos.

Semejante juicio no es, sin embargo, completamente exacto. Ciertamente la importancia de la distinción ha disminuido al desaparecer las diferencias de régimen jurídico en materia de rescisión por lesión entre una y otra clase de contratos; pero la subsistencia y autonomía de la categoría de los contratos aleatorios frente a los contratos conmutativos está suficientemente justificada por la especial estructura de las prestaciones en el contrato aleatorio y por la necesidad de la existencia de un riesgo, que se inserta en la estructura del contrato, convirtiéndose en su causa. De ello cabe deducir reglas generales comunes a todos los contratos aleatorios, que se refieren a la necesidad de la existencia del riesgo al tiempo de la celebración del contrato y a la prohibición de que, durante el curso del mismo, una de las partes actúe sobre el mismo (en absoluto, o fuera de los límites permitidos en algunos contratos aleatorios) suprimiéndolo o modificándolo en su beneficio.

octubre de 1959 (Rep. Jurisp. Aranzadi, 4872) aprueba la valoración de un usufructo vitalicio realizada por los tribunales de instancia en base al informe pericial y con intervención de las partes litigantes. La sentencia de 2 de abril de 1949 (Rep. Jurisp. Aranzadi, 556) ordena que la capitalización del usufructo de la tercera parte de la herencia, correspondiente al cónyuge viudo, se haga en fase de ejecución de la sentencia, aplicando el porcentaje establecido en el párrafo 4.º del art. 66 del Reglamento del impuesto de derechos reales, vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.