

Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código Civil

Aunque las direcciones más modernas de Derecho positivo manifiestan una clara tendencia a negar tipicidad a los contratos denominados aleatorios (1), la necesidad de reafirmar tal tipicidad es incuestionable. Ya se trate de una tipicidad jurídico-positiva mediante su regulación directa por la Ley, ya sea mediante el reconocimiento jurídico de su tipicidad social (BETTI), su recepción no ha de hacerse esperar.

En efecto, si las situaciones de álea se nos ofrecen en la vida con frecuencia inusitada e importancia cada vez mayor (2), ha de reconocerse la necesidad de que el Derecho proceda a recibir en su seno esa realidad de la vida. Y no es que queramos hacer descansar el fundamento del Derecho en la sociedad, no es que pensemos que “del hecho nace el Derecho”, tal como se ha interpretado vulgarmente este aforismo (3); pero si consideramos que, cuando la conciencia social crea tipos de relaciones, éstas deben ser protegidas por el manto jurídico, principalmente si esa con-

(1) Así ocurre con el B. G. B., el Código suizo y el italiano de 1942, que carecen de disposiciones generales sobre los contratos aleatorios.

(2) Refiriéndose al contrato de juego, el más temido de entre los aleatorios, reconoce HUIZINGA (en su conocida monografía *Homo ludens, Versuch einer Bestimmung des Spielelementes der Kultur*, Amsterdam, 1940) su carácter de fenómeno cultural y social, acentuado modernamente por y entre ciertas clases sociales ante la proliferación del “Casino” (turismo, riqueza y ocio, son elementos integrantes del fenómeno).

(3) Nunca el hecho crea el Derecho, en tanto en cuanto aquél no se haya contemplado previamente en el supuesto de hecho normativo.

ciencia social se muestra dotada de escasos poderes para realizar tal tutela. Recordemos que las relaciones sociales deben convertirse en relaciones jurídicas —y se convierten en tales— cuando están necesitadas de protección y son dignas de la misma (DE DIEGO).

Es verdad que entre las razones determinantes de la regulación o no de ciertos contratos aleatorios pueden intervenir consideraciones de diversa índole, por las cuales se estime que no dan lugar las situaciones de álea a la dignidad necesaria para lograr la protección del Derecho. Por razones de política o de moral, algunos contratos de tal especie (como el de juego) quedan prohibidos por la ley en numerosas naciones. Pero que política o moralmente se aduzca la conveniencia de restringir determinados contratos, de tal forma que su celebración no quede al alcance de todas las personas, no debe significar la prohibición absoluta y, con menor razón, la renuncia del Derecho a tipificarlos.

Incluso para el caso de contratos como el de juego, resulta más conveniente a la sociedad su admisión reglamentada que su prohibición absoluta. No olvidemos la clara advertencia de la construcción iusnaturalista de PUFENDORF (4), conforme a la cual los juicios de valor deben otorgarse con independencia —pero en relación— del hecho que motiva tales juicios. Como tal hecho, éste es axiológicamente indiferente, y el juego no ofrece distinción alguna sin un juicio moral añadido, ya se trate de juegos de casino, ya del juego celebrado por dos niños que usan inconsistentemente una baraja de naipes. Sólo la conciencia humana, mediante la proyección de su entidad moral, nos ofrece base para rechazar o aceptar, como indigno o como digno, un determinado acontecer.

Por ello no es sólo conveniente admitir la importancia que tienen los contratos aleatorios de cualquier clase (5), sino que hay

(4) "Los elementos físicos de una acción, junto con sus elementos psíquicos, son—abstracción hecha de los *entia moralia*—completamente indiferentes axiológicamente, es decir, ni buenos ni malos. Así es posible que los elementos físicos de varias acciones, extremadamente distintas desde el punto de vista ético, sean iguales en sí... Diferencia axiológica reciben sólo por los *entia moralia*, justamente porque éstos son los modos de ser morales, es decir, dotados de sentido de una acción" (H. WELZEL, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, citando a PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, I, cap. III, 6; *Eris scandica*, páginas 34, 76 y ss. 218 y ss.).

(5) Sobre los contratos de juego y apuesta, ver el artículo de Díez PICAZO, *El juego y la apuesta en el Derecho civil*, "R. C. D. I.", 1967, en que recoge un breve resumen de la monografía de Huizinga, para resaltar los aspectos social-culturales del juego en la sociedad actual.

que considerar imprescindible el reconocimiento de su debido lugar en los Códigos.

Y es aquí, por vía de regreso, en donde las legislaciones de más raigambre (o las más viejas, para no llamar a engaño) vuelven a actualizarse, pues son ellas las que conservan, siguiendo el patrón marcado por el Código Napoleón, una serie de normas sobre contratos aleatorios en algunas de sus diversas modalidades. Así ocurre en el Derecho de Puerto Rico, cuyo Código civil dedica el título XII a la regulación de los contratos aleatorios (artículos 1.690 a 1.708, ambos incluidos).

Pues bien, en los órdenes jurídicos en que se provee a los contratos aleatorios de una regulación más o menos acertada, pero también en aquellos ordenamientos positivos en que tal regulación queda ausente, los contratos aleatorios ofrecen en común el mismo problema: el de la determinación de su propia utilidad, de su auténtica naturaleza jurídica.

No tenemos noticia de que en la doctrina puertorriqueña se haya manifestado preocupación alguna por este problema, tan interesante. Pero en el resto de la doctrina de habla española es frecuente entre los autores dejar sus esfuerzos infecundos ya en los primeros planteamientos acerca de la naturaleza jurídica de los contratos a que nos referimos. La causa de esta infructuosidad hay que buscarla en la costumbre doctrinal de poner el acento en criticar o ensalzar la definición legal. ("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 ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado", art. 1.690 C. c.)

Pero no atribuyamos a la doctrina más culpa de la que realmente tiene, pues es el mismo texto legal el causante remoto de la desorientación. Esta se fomenta desde el momento en que, en el precepto indicado, parece quererse distinguir el álea de la condición, para lo cual se da lugar a una definición inadecuada.

Esta pauta del legislador es la auténtica razón de que la doctrina se obsesione en distinguir —sin conseguirlo, claro es— la condición del álea como un presupuesto necesario para determinar la naturaleza jurídica de los contratos que aquí nos ocupan. Mejor procedimiento sería el de dirigir directamente los esfuerzos

al examen de la esencia misma de los contratos aleatorios, procediendo desde luego a la comparación con los negocios condicionales.

Mientras no se trabaje con este método creemos que de poco servirá la dirección seguida por autores como SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, CARRIÓN CHACOT, LECLERCQ o CHIRONI, ya que, sin negar valor a sus construcciones, éstas son, en último extremo, poco útiles.

En la clasificación general de los negocios jurídicos, los contratos aleatorios se incluyen en el grupo de los negocios de atribución patrimonial (llamados también negocios de enriquecimiento); es decir, entre aquellos negocios que tienen por finalidad exclusiva, en terminología de BETTI, modificar la distribución de bienes existentes, ya para garantizar las formas de cooperación entre los miembros sociales en orden a la tutela del interés recíproco, ya para garantizar formas de cooperación entre los miembros sociales en orden a la tutela del interés de una de las partes.

Dentro de este grupo general de negocios de atribución patrimonial, los contratos aleatorios deben adscribirse al subgrupo de los negocios de obligación (contrapuestos a los negocios de disposición por GORLA, BETTI, PUGLIATTI), ya que la reglamentación de intereses de los contratos aleatorios proveen no es, al menos de forma inmediata, expresiva de un cambio en la posición que adoptan los sujetos respecto de los bienes, sino que limitan su regulación a determinar una forma de cooperación entre los miembros sociales, coordinada hacia un interés recíproco o unilateral.

Calificados así los contratos aleatorios como negocios de obligación, su calificación típica concreta viene claramente determinada por la naturaleza peculiar de su contenido. En efecto, tomando como punto de partida la utilidad que la prestación ha de adoptar o que ha de aportar para el acreedor —es decir, atendiendo al aspecto objetivo de la prestación—, es sabido que toda cooperación debida puede consistir en el desarrollo de una actividad ajena (servicios), en el resultado útil del obrar ajeno (obras) o en la garantía contra un riesgo.

En este último caso se incluyen los contratos aleatorios, en los cuales la prestación consiste, para el deudor, en la asunción de la garantía contra un riesgo; lo que el deudor debe y lo que el acreedor espera se concreta en la seguridad (para la hipótesis

de que el riesgo se convierta en siniestro). La cooperación reside y consiste en la existencia de un comportamiento virtual del deudor, que ha de ser valorado según el criterio de la buena fe (6). Para la parte contraria la utilidad reside, según palabras de HEYMANN (7), en el "ser aliviado de la angustia que produce la incertidumbre del propio porvenir, en el ser liberado de tales preocupaciones". La utilidad se manifiesta en la asunción, por el deudor, del riesgo temido. Y la circunstancia de que, en determinados contratos aleatorios, ambas partes puedan hallarse en las dos situaciones no excluye ni desnaturaliza nuestra afirmación.

Es verdad que con una visión estática —que es la que, precisamente, suele acompañar al análisis— resulta difícil explicar cómo de una cooperación virtual (existente antes de que el riesgo se produzca) se pasa, después de haberse realizado el daño o siniestro, a una cooperación real (el pago de una suma de dinero). Pero es que no resulta menos cierto que el jurista debe tener una visión dinámica del fenómeno jurídico (8), entre otras razones porque el Derecho es movimiento continuo. Por más abundamiento, que en todo contrato cuya utilidad estribe en determinarse una garantía frente a un riesgo (un "praestare", en el sentido original y técnico de salir garante por otro) es necesario distinguir, como hace BETTI, una fase potencial y una fase actual, conforme al esquema funcional de la responsabilidad obligacional (9).

(6) De aquí que la buena fe sea elemento esencial en este tipo de contratos, hasta el punto de que su infracción es suficiente para poder calificar la acción del infractor como constitutiva de delito (asegurado que incendia con objeto de cobrar el seguro; jugador que usa cartas marcadas); y, desde luego, provoca el rechazo social, cuando la conciencia social es recta. De aquí que, en Derecho romano, en las relaciones establecidas entre ciudadanos, sometidas al *Ius civile*, se concediera una acción infamante; y en las relaciones establecidas entre romanos y peregrinos, regidas por el Derecho pretorio, al carecer de acción infamante, la buena fe sufría una interpretación extensiva, llegándose a una responsabilidad por conducta inmoral frente a la buena fe propia de un buen comerciante.

(7) HEYMANN, *Prestación y contraprestación en los contratos de seguro*, citado por GARCÍA-TREVILANO FORTE, *Apuntes de Derecho civil*, ajustados a las oposiciones de Notarías, Madrid, inéditos.

(8) Dinamismo que no guarda relación con el afirmado por la Comisión Internacional de Juristas, al referirse al Derecho como "concepto dinámico que ha de aplicarse no sólo para salvaguardar y promover los derechos civiles y políticos del individuo en el seno de una sociedad libre, sino para crear las condiciones sociales, económicas y culturales en que las legítimas aspiraciones y la dignidad del hombre encuentran su plena expresión" (C. I. J., Boletín, número 24, diciembre 1965, pág. 1).

(9) La distinción resultaría innecesaria en derecho alemán. "Haftung" lo

Podría parecer extraño que el contrato de seguro y el contrato de juego fuesen susceptibles de someterse a un mismo régimen, debido a que frecuentemente parece que el juego es un riesgo para ambas partes, riesgo que no se da en el seguro. Pero esta consideración no sería exacta, ya que la ausencia de riesgos que se atribuye al seguro viene determinada con independencia del contrato en sí mismo considerado, hallando su razón de ser en reglas matemáticas extrañas a las calificaciones jurídicas. Por más que también en el juego puede lograrse una reducción del riesgo en términos similares; y buena prueba de ello es que los casinos de juego, que se someten a criterios de cobertura similares a los utilizados por los aseguradores, reducen los riesgos de pérdidas, hasta que éstas dejan prácticamente de existir. Y asimismo nada obliga a ver en el contrato de seguro la anulación del riesgo por el sistema de contraer un número cuantitativamente notorio de contratos; examinando cada contrato aisladamente, el riesgo que se afronta es tan intenso como puede serlo en el contrato de juego.

Con estas ideas, derivadas de la contemplación de la función económico-social que realizan los contratos aleatorios, es ya fácil distinguir los contratos sometidos al álea de los negocios condicionales.

Una de las razones de distinción viene determinada por la naturaleza misma de la condición. Mientras que ésta es un evento extraño al negocio mismo, que se añade por las partes, el álea es elemento fundamental del contrato. La condición se inserta como elemento esencial de la eficacia del negocio; el álea es elemento esencial constitutivo, y no añadido, de la validez del contrato. Es por ello que los contratos aleatorios pueden ser, además, condicionales (el contrato de seguro para caso de muerte queda siempre sujeto a una condición, cual es que el hecho de la muerte del asegurado no tenga su origen en la voluntad de éste —suicidio—, circunstancia que es futura e incierta, así como ignorancia en su posible acontecer). Mientras que un negocio condicional

traducimos ordinariamente por "responsabilidad", como contrapuesto al "débito" ("Schuld"). Pero el verdadero significado de aquel vocablo es el correlativo español "garantía" ("Haftung", del intransitivo "Haften" = estar pegado, unido, inseparable), término que incluye la fase potencial y la actual. Así, responsabilidad es similar a garantía actualizada sobre el objeto de responsabilidad.

puede ser desprovisto de la condición, subsistiendo su clasificación típica (una compraventa condicional, suprimida la condición, será siempre una compraventa), en el contrato aleatorio, desaparecida el álea, desaparece el contrato (un contrato de seguro no sometido a riesgo deja de ser contrato de seguro).

De otro lado la identificación entre negocio aleatorio y negocio condicional es desafortunada. Mientras que en el negocio condicional es fundamental que el evento sea futuro e incierto (artículo 1.066, C. c.), siendo característica típica la ignorancia de las partes acerca del evento mismo, en el contrato aleatorio el elemento determinante del siniestro puede ser totalmente cierto y perfectamente conocido por las partes, aunque se pueda ignorar su realización exacta (seguro para caso de muerte, seguro para caso de vida en la hipótesis de cubrirse el retiro o jubilación).

Mientras que en los negocios condicionales el tiempo forma parte del supuesto de hecho normativo, pues la condición, desde que es establecida, se añade esencial e íntegramente al negocio, en los contratos aleatorios el tiempo es presupuesto de la hipótesis normativa.

De poco sirve, pues, afirmar que la diferencia entre el negocio condicional y los contratos aleatorios reside o no en la existencia de pérdidas o de ganancias (como hace TROPLONG, aceptando las consideraciones de LECLERCQ), o recurrir a oscuras distinciones acerca de si la incertidumbre del contrato aleatorio afecta o no a la subsistencia misma del contrato, sino a la cuantía o existencia de la prestación misma, ya que las afirmaciones que se realizan en estos desorientados sentidos quieren hallar diferencias en aspectos puramente descriptivos de una y otra figuras.

Por todo lo dicho podríamos definir los contratos aleatorios como aquellos "contratos patrimoniales de carácter obligacional por cuya virtud las partes contratantes convienen en la asunción de garantizar un riesgo mediante una contraprestación normalmente dineraria". Definición que ofrece la ventaja de hacer referencia a la tipicidad contractual de álea, describiendo fundamentalmente su función económico social, así como el contenido de la prestación, y que deja puertas abiertas para concretar los diversos subtipos de contratos aleatorios existentes.

Con estas bases podemos entrar a apuntar, de la manera rápi-

da y somera que caracteriza a las notas de comentario, los elementos esenciales y los presupuestos de validez del contrato aleatorio en general.

A) Elementos esenciales del contrato:

1. Forma. No se exige ninguna de carácter especial para la celebración de estos contratos. El artículo 1.693 reconoce expresamente que "el contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado, suscrito por los contratantes". De donde hemos de deducir que rige plenamente la teoría general. No obstante, los contratos de seguro de naturaleza mercantil, que son los más interesantes, suelen estar sometidos a normas de homologación administrativa. Como únicas especialidades concretas, el artículo 1.694 del Código civil exige que el contrato de seguro deberá expresar: 1.º, la designación y situación de los objetos asegurados y su valor; 2.º, la clase de riesgo cuya indemnización se estipula; 3.º, el día y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato.

2. Contenido. Variará según el tipo de contrato aleatorio de que se trate. En general vendrá determinado por el conjunto de obligaciones indicadas en el contrato (aportación de cantidades dinerarias, información acerca de la producción del siniestro, sometimiento a las reglas del juego, etc., etc.) y derechos consecuentes a tales obligaciones.

3. Causa. Se manifiesta en el concurso de los demás elementos esenciales, residiendo en la función económica social que el contrato realiza: reciprocidad de prestaciones por razón del aseguramiento de un riesgo.

B) Presupuestos de validez:

1. Capacidad. No se establece ninguna de carácter especial, de tal forma que rige también aquí la teoría general (no obstante, en algunas legislaciones, fuera del Código civil, se fijan edades mínimas o máximas para realizar ciertos tipos de contratos aleatorios).

2. Pueden ser objeto de los contratos aleatorios todas aquellas entidades que puedan quedar sometidas a riesgos de siniestro en su existencia y, en general, cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la ley (como es el caso de los juegos de suerte, envite o azar, a los que se refiere el art. 1.698, C. c.; aunque resultaría interesante determinar cómo se compaginan las reglas de determinados juegos con la existencia o no, de suerte, envite o azar).

3. Legitimación. Aunque en el plano retrospectivo rige el principio general de la coincidencia entre el titular que dispone y el sujeto que goza del poder de disposición, han de reconocerse validez a las excepciones normales:

a) En los casos en que el titular del derecho carece de poder de disposición (menores, quebrados, etc.).

b) En los casos en que el poder de disposición se ejerce por quien no es titular del derecho, bien en atención a los intereses de la persona que lo ejerce (seguro efectuado por el marido en favor de la esposa, constituido con dinero de la dote), bien en atención al interés del titular del derecho (renta vitalicia constituida por un menor con bienes de su peculio, interviniendo el padre), bien en atención a los intereses del tráfico (seguro contratado por un empleado de una entidad aseguradora, quien al momento de efectuarse el contrato había dejado de pertenecer a la empresa, sin que ésta hubiese informado debidamente al público).

En el aspecto prospectivo de la legitimación, el Código civil incluye una norma concreta, negando legitimación pasiva cuando la cantidad que se cruzó en el juego no prohibido sea excesiva, pudiendo la autoridad judicial no estimar la reclamación o reducir su cuantía (art. 1.º, 701, párrafo segundo, C. c.).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE,

Profesor en la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica de Ponce.
Puerto Rico, 1967.