

Contratos Aleatorios y Compraventa en el Código Civil Español

CARLOS ROGEL VIDE *

Al Profesor Alberto de Sá e Mello,
magnífico civilista y querido amigo.

Sumário: I. Introducción. 1. La categoría de los contratos aleatorios. Orígenes de la misma. Wolff, Pufendorf, Domat, Pothier y el *Code Napoléon*. Contratos aleatorios y conmutativos. 2. Género común de los contratos conmutativos y aleatorios; contratos bilaterales onerosos. 3. Códigos civiles que no contienen una referencia explícita a los contratos aleatorios y códigos que sí lo hacen. En torno al valor normativo de las categorías contractuales. 4. Exclusión, predicada y cuestionable, de la *emptio spei* de la compraventa, en cuanto que contrato aleatorio. II. Los Contratos Aleatorios en el Código Civil. 1. Antecedentes; el proyecto de Código civil de 1851. 2. El Título XII del Libro IV del Código: “De los contratos aleatorios o de suerte”. 3. El artículo 1790 del Código, en el que se describe qué haya de entenderse por “contrato aleatorio”, y su análisis. 4. Contratos que pueden incluirse dentro de la categoría. 5. Menosprecio doctrinal de los contratos aleatorios, asociados a la especulación y a la avaricia, y superación de tal postura. 6. Alea, chance, suerte, azar, esperanza y riesgo. Distinta incidencia del alea en los contratos. 7. Riesgo en los contratos conmutativos y posible ausencia del mismo en los aleatorios. III. Compraventas Aleatorias. 1. Compraventa con renuncia al saneamiento en caso de evicción; los artículos 1477 y 1478.1º del Código civil. 2. La compraventa a riesgo y ventura del comprador en el artículo 1477 Código civil. 3. La *emptio spei*.

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 221-245.

* Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid.

3.1. El asunto en Roma. *Iactus retis* y *iactus missilium*. 3.2. Subsistencia, a lo largo del tiempo, de la *emptio spei*, origen de la categoría misma de los contratos aleatorios. Bibliografía.

I. Introducción

En el debate subsiguiente a la exposición de mi *tesi di laurea* sobre *La vendita di cose future, con particolare riferimento ai frutti naturali*, hecha, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, a finales del lejano junio de 1972, uno de los miembros del Tribunal planteó la dificultad que suscitaba la consideración de la *emptio spei* como verdadera y propia compraventa, dado el carácter aleatorio de la primera y la consideración de la compraventa como contrato conmutativo, entendida, la conmutatividad, como cualidad ínsita en la naturaleza misma del contrato dicho por civilistas del calibre de Doménico Rubino, autor de uno de los mejores estudios sobre la compraventa¹ y catedrático de Instituciones de Derecho Privado de la Universidad de Roma ya en 1962, seguido, por cierto y en lo antes dicho, por otros,² aunque haya también quienes estimen la referida postura artificial y excesivamente dogmática.³

Ahora yo, casi Medio Siglo después y con el bagaje que he ido acumulando al respecto, vuelvo sobre el tema, analizando, en primer lugar, el origen dogmático de la

¹ RUBINO, Doménico: *La compravendita*, vol. XXIII del *Trattato di Diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Giuffrè, Milán, 1962. “La compraventa -dice Rubino (214)- es, por su propia naturaleza, un contrato conmutativo, mientras que, por el contrario, la *emptio spei*, en opinión de todos, es un contrato aleatorio... Ahora bien, no en todas las hipótesis es posible que un contrato, permaneciendo siempre en el mismo tipo, se comporte, en ocasiones, como contrato conmutativo y en otras, como contrato aleatorio, teniendo en cuenta que la distinción entre ambos tipos de contratos está íntimamente conectada con la causa del contrato, esto es, con el elemento que caracteriza a los diversos tipos contractuales”.

² El propio RUBINO -*La compravendita*, 214, nota 205- cita a Boselli entre los que niegan la compatibilidad entre la *emptio spei* y la compraventa, citando, también y con todo, a otros muchos -Barassi, Braccianti, Enrietti, Scalfi- para quienes la dicha negativa, formulada en términos absolutos e indiscriminados, es, con muchas probabilidades, excesiva.

³ En la línea dicha se mueve Don Federico DE CASTRO, reseñando, en las páginas 1141 y siguientes del Anuario de Derecho civil de 1976, el libro de mi autoría titulado *La compraventa de cosa futura* -Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975- libro prologado por Luís DíEZ-PICAZO, que, en la página 17, dice tajantemente: “La aleatoriedad de la *emptio spei* no priva a la figura de su naturaleza de compraventa”.

Don Federico, entre otras cosas, nos recuerda -1145- que, en Roma, fueron exigencias -instrumentales- de la función docente las que llevaron a establecer clasificaciones (“genera”, distinciones”), señalando más adelante -1147- que “la preocupación romana por las clasificaciones de las figuras jurídicas no llega hasta alcanzar el valor normativo atribuido a los modernos “termini technici”. A decir, también, de dicho autor (1153), analizando críticamente el pandectismo y el neopandectismo, “resulta negativa y peligrosa la creencia de poder llegar a apresar, en una “malla” de conceptos exactos, la realidad social, lo cual induce a formular construcciones cada vez más artificiales”.

categoría de los contratos aleatorios, su implantación en los códigos civiles decimonónicos y los posibles géneros en los que la misma se ha incardinado. Seguidamente, prestaré atención particular a los contratos aleatorios en el Código civil español, con el Título XII del Libro IV del mismo en la mano, viendo los contratos incardinados e incardinables en la categoría, el menosprecio de los mismos y, también, su aplauso, prestando atención a la distinta incidencia del alea en los contratos, al riesgo inherente a ciertos contratos conmutativos y a la ausencia de riesgo en otros aleatorios, mediante el cálculo, posible y preciso, de pérdidas y ganancias. Finalmente, estudiaré las compraventas aleatorias, prestando atención singular a la *emptio spei* a lo largo del tiempo.

Sin adelantar tesis ni posiciones en estas palabras introductorias, sí quiero traer a colación, en ellas y con toda la carga que pueda tener, el caso llamado de la pesca y el trípode de oro de Helena, recogido por Plutarco en su *Vida de Solón*, caso con el que se abre mi libro sobre *La compraventa de cosa futura*, que vio la luz en 1975. Decía Plutarco así, en lo que ahora interesa:

Se cuenta que, habiendo lanzado al mar sus redes algunos de Cos, unos extranjeros originarios de Mileto les compraron la pesca antes de que ésta pudiera verse; mas apareció dentro de la red un trípode de oro que, según dicen, arrojó allí Helena, cuando venía de Troya, en recuerdo de un antiguo oráculo. Se entabló, al principio, disputa entre los extranjeros y los pescadores a causa del trípode; luego, las ciudades, tomando sobre sí la querella, llegaron hasta la guerra...

He aquí un caso típico de *emptio spei* y de los problemas que la misma puede suscitar muy anterior, en el tiempo, a la propia figura romana, al ser griegos los contendientes, habiendo vivido Solón, uno de los sabios que ayudó a deshacer el entuerto, entre el 660 y el 558 a. C.

I.1. La categoría de los contratos aleatorios. Wolff, Pufendorf, Domat, Pothier y el *Code Napoléon*. Contratos aleatorios y conmutativos

Los contratos aleatorios, que los italianos -Messineo,⁴ Nicolò⁵- llaman también “de suerte” (*di sorte*), entendiendo por tales aquellos en los cuales la relación entre la entidad de la ventaja y la entidad del riesgo al que cada una de las partes, contratando, se expone no es conocida ni cierta, no son, en modo alguno, una constante histórica. La categoría no existe, como tal y hasta donde se me alcanza, en el Derecho romano, ni en la Glosa, ni en la Posglosa, ni tan siquiera en el Derecho

⁴ MESSINEO, *Contratto in genere*, 774.

⁵ NICOLÒ, *Alea*, 1024.

común, apareciendo solo y cual veremos, en las postrimerías del Siglo XVII, de la mano de determinados juristas.

Antes y como dice Díaz Gómez, “la clasificación sistemática de los contratos aleatorios, en general, carece de precedentes concretos en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico”.⁶

Ello sabido, uno de los primeros autores que hace referencia a los contratos aleatorios como categoría es Samuel Pufendorf (1636-1694). Dicho autor -indica Calonge⁷- “se refiere a los contratos en los que entra el azar, es decir, a los contratos aleatorios. En primer lugar, señala que estos contratos *locum habet tam in pace quam in bello*. Se refiere, dentro de este capítulo, a la apuesta, juego, lotería y seguro”.⁸

Vuelve sobre los contratos aleatorios Christian Wolff, que vivió hasta 1754. A decir de Calonge,⁹ “Wolff dedica la Parte V de su *Ius Naturae* a los contratos. El capítulo II de esta parte viene referido a los contratos *qui aleam continent*, a los contratos aleatorios... estudiando -en la última parte del capítulo dicho- la *emptio spei*, dentro de un amplio concepto de aleatoriedad”.

También se ocupa de los contratos dichos Jean Domat, que vivió entre 1625 y 1696, siendo, pues, contemporáneo de Pufendorf y anterior, en el tiempo, a Wolff. Domat influye, como no puede ser menos en, Robert Pothier (1699-1772), a través del cual la categoría doctrinal de los contratos aleatorios¹⁰ llega, en los comienzos del XIX, al *Code Napoléon*, encontrando así un sólido acomodo legislativo.¹¹

⁶ DÍAZ GÓMEZ, *El contrato aleatorio*, 10, nota 6. Dicho autor, con todo, nos recuerda la ley 11, Título V de la Partida 5ª, que dispone: *Otrosi decimos que podría ome comprar la cosa que non fuese aun cierta; esto sería como si algún ome pescase o cazase o dixese otro alguno: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares o cazares*.

⁷ CALONGE, *La compraventa*, 129, remitiendo al *Iure Naturae et Gentium*.

⁸ “Es de notar -precisa CALONGE (*La compraventa*, 129)- como Pufendorf no encuadra la *emptio spei* dentro de los contratos aleatorios, ya que estos -afirma Calonge- nacieron posteriormente a la institución citada. Los romanos vieron a la *emptio spei* como una verdadera *emptio* y como tal, muy acertadamente, la estudia Pufendorf”.

Habría matices que añadir a lo dicho por Calonge, pues el juego y la apuesta también existían en Roma y el que la *emptio spei* sea compraventa no impide que lo sea aleatoria. Con todo, quizás no sea todavía el momento de iniciar tal debate, que dejamos para más adelante, cuando estemos bien nutridos de conocimientos y de posibles argumentos al respecto.

⁹ CALONGE, *Compraventa*, 131.

¹⁰ A decir de GABRIELLI -*Aleatoriedad*, 2-, “Pothier individualizó la categoría de los contratos aleatorios, contratos en los cuales lo que uno de los contratantes recibe no es el equivalente de una cosa que él ha dado o se ha obligado a dar, sino el equivalente de un riesgo que él ha asumido, *suscepti periculi pretium*”.

¹¹ “El tema del alea y de los contratos aleatorios -dice GABRIELLI, *Aleatoriedad*, 1- es antiguo y muy complejo, porque, en el *Code Napoléon*, los contratos aleatorios, fruto de la teoría de Ro-

Dicho *Code* trata “De los contratos y de las obligaciones convencionales en general” en el Título III del Libro III, que se ocupa *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*.

Dentro del Título dicho, el artículo 1101 se ocupa del contrato, ocupándose el 1102 del contrato sinalagmático o bilateral, que se da en todos los casos en que los contratantes se obligan recíprocamente los unos con los otros.

Ello sabido, decir que, de conformidad con el artículo 1104 del Código dicho, el *contrato* es *conmutativo* cuando una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, considerada como el equivalente de aquello que se le ha dado o de aquello que se ha hecho por ella.

Cuando el equivalente consiste en la chance de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, en función de un acontecimiento incierto, el *contrato* es *aleatorio*.

En tal sentido, el artículo 1964 del *Code*, por su parte e inaugurando el Título XII del Libro Tercero, destinado a los contratos aleatorios, precisa: “El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos respecto de las ventajas y de las pérdidas... dependen de un acontecimiento incierto”.

Así pues y como ha señalado Nicolò, “La categoría de los contratos aleatorios o de suerte está idealmente contrapuesta a la categoría de los llamados contratos conmutativos”.¹²

I.2. Género común de los contratos conmutativos y aleatorios; contratos bilaterales onerosos

En la dogmática contractual -influenciada, quizás, por la diferencia aristotélica entre género y especie y muy rígida en lo que a las clasificaciones de los contratos respecta-, cuando se establecen diferencias entre dos tipos de contratos que, con todo, tienen o pueden tener algo en común entre ellos, se tiende a encontrar el común denominador de ambos, por mínimo que sea, y tal intento se hace, también y como es lógico, respecto de los contratos conmutativos y onerosos.

bert Pothier, eran considerados como una categoría autónoma, junto a los sinalagmáticos y a los onerosos”. Todo me parece cierto, salvo que la dicha categoría sea fruto de Pothier, sabidos Wolff, Pufendorf y el propio Domat, que ya había muerto cuando Pothier nació.

¹² NICOLÒ, *Alea*, 1024.

El asunto, que podría parecer fácil *prima facie*, no lo es tanto a la postre y es que, aun siendo opinión unánime que ambas categorías de contratos -conmutativos y aleatorios- son especies de un género común, no es unánime la doctrina en lo que a la determinación del mismo respecta.

Castán,¹³ recordando que los pandectistas se servían de las más variadas clasificaciones para sistematizar su exposición de los particulares contratos, trae a colación a Sánchez Román que, de modo sofisticado y un tanto artificial, en mi modesta opinión, empieza distinguiendo entre contratos preparatorios, principales y accesorios. Entiende, acto seguido, que los principales se dividen en consensuales y reales (no se hace referencia a los formales, al menos aquí). Ello sabido, dice que los consensuales se dividen en conmutativos y aleatorios, con lo cual, el género común de los dos últimos estaría representado por los contratos principales consensuales, sin que dicha terminología tenga respaldo legal preciso.

En la misma línea ambigua, de términos y clasificaciones muy alejadas de la realidad, dice Vázquez Bote:¹⁴ “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)... Dentro de este grupo general..., los contratos aleatorios deben adscribirse al subgrupo de los negocios de obligación (contrapuestos a los negocios de disposición)”.

Descendiendo a terrenos más reales, Messineo afirma¹⁵ que “la aleatoriedad, como regla general, se considera una característica posible del contrato con prestaciones recíprocas, o según otra tesis, del contrato oneroso”.

Opinión del género, aunque más restrictiva, mantiene, entre nosotros y con solvencia, Rafael Álvarez Vigaray diciendo:¹⁶ “Los contratos aleatorios son contratos a título oneroso. Algunos autores consideran -también- a los contratos aleatorios como una especie de los contratos bilaterales, pero semejante apreciación no es del todo exacta, ya que pueden existir contratos aleatorios que, aun siendo contratos a título oneroso, solo hagan nacer obligaciones a cargo de una de las partes, como ocurre, por ejemplo..., 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 la orientación que considera a los contratos aleatorios como uno de los términos de la clasificación de los contratos onerosos”.

¹³ CASTÁN, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.

¹⁴ VÁZQUEZ BOTE, *Algunas consideraciones*, 354.

¹⁵ MESSINEO, *Il contratto in genere*, 773.

¹⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios (Doctrina general)”, 607.

I.3. Códigos civiles que no contienen una referencia explícita a los contratos aleatorios y códigos que sí los hacen. En torno al valor normativo de las categorías contractuales

Siguiendo la pauta del Código civil de los franceses, el nuestro propio habla expresamente de los contratos aleatorios, a los que dedica un Título entero, dentro del libro IV, si bien es cierto que no hay título alguno dedicado a los contratos conmutativos, por mucho que estos sean regulados profusamente en dicho cuerpo legal, siendo cierto también que no se establecen, en él, pautas o criterios para distinguir los unos de los otros con carácter general. En nuestro Código, por otra parte y como recuerda Vicente Guilarte,¹⁷ “no aparece la norma contenida en el Anteproyecto de 1882-88, estableciendo que, “en los contratos aleatorios, no tiene lugar la rescisión por lesión”, tomada del artículo 1268 del Código civil austríaco”.

Otros códigos posteriores al *Code*, en cambio y sin que parezcan resentirse por ello, no contienen -aun pudiendo hacerlo- una referencia expresa a ninguna de las dos categorías. Tal sucede, valga por caso y como nos recuerda, de nuevo, Vicente Guilarte,¹⁸ con el alemán, el suizo o el italiano de 1942.

La referencia expresa a los contratos aleatorios en nuestro propio Código civil es vista con distancia y un cierto menosprecio por persona tan autorizada como Manresa, que, habiendo participado en la elaboración del Código dicho, dice -inaugurando el estudio del Título XII del Libro IV, que trata, como es sabido, *De los contratos aleatorios o de suerte*- lo siguiente: “El Código, que hasta aquí venía haciendo, en cada uno de los títulos de este libro cuarto -a partir del tercero-, la monografía de una especie determinada de contratos, al llegar a este duodécimo de sus títulos abarca en él todo un género o grupo de ellos, obedeciendo a *cierta taxonomía doctrinal no definida, sin embargo, en su articulado*”.¹⁹

Taxonomía tanto quiere decir como “ciencia que trata de los principios de la clasificación”, ciencia, en sí misma, más lógica que jurídica. Las distintas categorías contractuales, la utilización de los géneros y las especies para la clasificación de las mismas tiene, pues y ya desde Roma, un valor pedagógico, que no propiamente normativo²⁰, incluida, aquí, la categoría de los contratos aleatorios.

¹⁷ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte”, 320.

¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ MANRESA, *Comentarios, XII*, p. 5.

²⁰ A decir de Don Federico DE CASTRO -“El negocio sobre cosa futura”, 1145-, “La recepción de la dialéctica helénica y las exigencias de la función docente llevan... a establecer clasificaciones (*genera, distinctiones*) y definiciones (*regulae*)”, añadiendo -1147-: “Cierta la pre-ocupación romana por las clasificaciones de las figuras jurídicas, ella no llega hasta alcanzar el valor normativo atribuido a los modernos *termini technici*”.

Como dice Luis Leiva,²¹ “Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, sino útiles o inútiles, por lo que el valor que justifica su existencia depende de la utilidad que puedan brindar... Las clasificaciones o categorizaciones de institutos jurídicos implican una tarea doctrinaria y, por lo tanto, no propia de la ley, que debe, en líneas generales, establecer mandatos, regular o reglamentar... Las categorías de contratos a título oneroso y gratuito,... de contratos conmutativos o aleatorios... no presentan, en el enunciado de la clasificación misma, contenido normativo... El establecimiento de las categorías de contratos conmutativos y aleatorios responde a la lógica de establecer conceptualmente, con finalidad docente, qué significa esa categoría, tarea que, como se señaló, no es propia de un código, sino de la doctrina”.

I.4. Exclusión, predicada y cuestionable, de la *emptio spei* de la compraventa, en cuanto que contrato aleatorio

No es correcto, por lo antes dicho, que la categoría de los contratos aleatorios -a la que quiere darse, en ocasiones, el valor de paradigma, de verdad revelada casi, de arma arrojadiza incluso y también- se utilice para negar a un contrato de raigambre milenaria, como la *emptio spei*, utilizado dos mil años antes de que empezara a hablarse de contratos aleatorios y que sigue utilizándose hoy con la misma denominación -por mucho que lo que se quiera obtener, por medio de dicha compraventa, sean cosas que no esperanzas-, su condición de *emptio*.

Al respecto y para terminar con este punto, es bueno recurrir, una vez más, al magisterio del Profesor De Castro, recordando que -aquí y en lo que ahora interesa- dice:²² “La ciencia jurídica europea se ha preocupado mucho de ordenar y sistematizar su aparato conceptual; esta preocupación alcanza su punto culminante en el movimiento del pandectismo alemán. Su influencia puede considerarse universal y a ella se debe, en buena parte, el instrumental de conceptos de los que se aprovecha la ciencia jurídica moderna. Junto a este aspecto brillante y positivo, existe -con todo- otro, negativo y peligroso, -del que es necesario apartarse-: la creencia de poder apresar en “una malla” de conceptos exactos la realidad social, lo que induce a formular construcciones cada vez más artificiales y al olvido de los fines del Derecho”.

²¹ LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Tratado de los contratos. Parte General, Tomo I*, LA LEY, Buenos Aires, 2017, páginas 69 y 70.

²² Federico DE CASTRO, “El negocio sobre cosa futura”, 1153.

II. Los Contratos Aleatorios en el Código Civil

Como es sabido, nuestro Código civil trata *De los contratos aleatorios o de suerte* en el Título XII de su libro IV. Dicho Título está dividido, en la actualidad, en los siguientes capítulos: 1º. Disposición general (artículo 1790). 2º. Del contrato de alimentos (artículos 1791 a 1797). 3º. Del juego y de la apuesta (artículos 1798 a 1801); 4º. De la renta vitalicia (artículos 1802 a 1808).

Inicialmente, el capítulo 2º -ahora referido al contrato de alimentos, con artículos de nuevo contenido, procedentes de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad- hacía referencia al contrato de seguro, habiendo sido derogados los artículos referentes a este último contrato por la Ley 50/1980, de Contrato de seguro precisamente, cuya Disposición final deroga lo entonces dicho sobre el referido contrato en los antiguos artículos 1791 a 1797 del Código civil y en los artículos 380 a 438 del Código de Comercio, lo cual no impide, en modo alguno, considerar al contrato de seguro como aleatorio típico.

También son aleatorias, en mi opinión y siendo compraventas, la *emptio spei* y la compraventa en la que se haya renunciado al saneamiento por evicción o la concluida a riesgo y ventura del comprador, a las que se refiere el artículo 1477 del Código civil.

Pueden, a mayor abundamiento, ser aleatorios otros contratos, incluidos algunos de préstamo, como tendremos ocasión de ver en el apartado II.4 del presente estudio.

II.1. Antecedentes; el proyecto de Código civil de 1851

En el Proyecto de Código civil de 1851 -antecedente casi inmediato de nuestro Código civil- se trata *De los contratos aleatorios* en el Título XV del Libro Tercero, que se ocupa *De los modos de adquisición de la propiedad*.

Dicho Título XV consta de los siguientes capítulos: 1º. Disposición general (artículo 1695); 2º. De los seguros (artículos 1696 a 1699); 3º. Del juego y de la apuesta (artículos 1700 a 1702); 4º. De la renta vitalicia (artículos 1703 a 1712).

García Goyena, en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* -que datan de 1852 y han sido reimpresas por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza en 1974-, comenta los artículos citados en las páginas 882 a 894. Es bueno tenerlo presente, pues los comentarios dichos pueden ayudar a entender la génesis y el contenido de los artículos del Código civil actual destinados a los dichos contratos aleatorios.

II.2. El Título XII del Libro IV del Código: “De los contratos aleatorios o de suerte”

Se deja constancia, en este título, de la existencia y reconocimiento de los contratos aleatorios en el Código, a los que luego se hace referencia con carácter general, primero, y a los principales contratos de este tipo después.

Guilarte Zapatero, glosándolo, dice²³ que los principales criterios clasificatorios de los contratos en cuestión se refieren al origen de la aleatoriedad del contrato, a la estructura del riesgo o forma de operar del mismo y, en fin, al distinto juego de la voluntad de los interesados en la creación de aquel. Atendiendo al origen, cabe distinguir entre contratos aleatorios por naturaleza y aquellos que lo son por voluntad de las partes. Atendiendo a la forma de operar del mismo, hay unos en los que el evento del que depende la incertidumbre funciona como una condición suspensiva, habiendo otros en los que opera como término extintivo de una obligación de las partes. Por lo que al tercer criterio respecta, se habla de contratos en los que el resultado depende de un evento absolutamente de suerte o azar y de aquellos otros en los que la propia actividad de las partes tiene cierta relevancia.

En todo caso y al margen de clasificaciones posibles, una cosa es cierta, cabe decir con Gitrama:²⁴ “No hay un *numerus clausus* de contratos aleatorios... En el Código civil no están todos los que lo son y la regulación de los que contempla no es limitativa y excluyente, sino, podríamos decir, meramente *ad exemplum*”.

Añadir, por cierto, que, a decir del propio Gitrama, el Título XII del Libro IV del Código civil “incurre en pleonismo o redundancia, al rezar: “De los contratos aleatorios o de suerte”, dado que *alea* equivale a suerte, azar o riesgo”.²⁵ Volveré, en el punto II.6, sobre este último asunto.

II.3. El artículo 1790 del Código, en el que se describe qué haya de entenderse por “contrato aleatorio”, y su análisis

El artículo 1790 del Código civil -calificado por éste como “Disposición general” en el ámbito de los contratos aleatorios-, reza así: *Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equiva-*

²³ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Título XII”, 333.

²⁴ GITRAMA, “Título XII”, 1716, 1717.

²⁵ GITRAMA, “Título XII”, 1714.

*lencia 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.*²⁶

Analizando dicho artículo con la ayuda de la mejor doctrina, cabe hacer las siguientes consideraciones sobre el mismo:

Más que una definición, el 1790 dicho, a decir de los autores, contiene una descripción “para comprender, con entera fidelidad, las especies distintas aleatorias”.²⁷

El artículo 1790 ha sido criticado por Vicente Guilarte, que esgrime, para tal hacer, los siguientes argumentos²⁸: El artículo referido confunde o, al menos, facilita la confusión del contrato aleatorio con el condicional. El artículo referido prescinde, a mayor abundamiento y para perfilar la noción de contrato aleatorio, del riesgo, elemento esencial de la misma.

En cualquier caso, cabe establecer una serie de ingredientes, de elementos propios del contrato aleatorio como categoría. Son los siguientes:

La idea fundamental para la formulación del concepto de contrato aleatorio es la de la imposibilidad de determinar, al tiempo de su celebración, las ventajas o desventajas que, en definitiva, producirá para los interesados, cual señala, de nuevo, Guilarte Zapatero, añadiendo: “El concepto de contrato aleatorio se asienta en tres elementos: Indeterminación inicial del resultado, dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, voluntariedad de los interesados al asumir el riesgo”.²⁹

²⁶ Dicho artículo, a decir de MANRESA (*Comentarios*, XII, 16), concuerda, en mayor o menor medida, con muchos otros anteriores, como el Código de Napoleón, el de Portugal, el de Holanda o el del Reino de Italia de 1865. Concuerda también con el Código civil del Imperio Alemán, que entró en vigor el 1º de enero de 1900.

²⁷ MANRESA, *Comentarios*, XII, 11. En la misma línea, dice, lapidario, GITRAMA (*Título XII*, 1714): “El artículo 1790, más que definir, describe”. Igualmente se había manifestado antes ÁLVAREZ VIGARAY, diciendo -“Los contratos aleatorios”, 615-: “Falta, en la definición del artículo 1790 del Código civil, 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, la fórmula del artículo 1790, más que una definición, es una descripción y, ciertamente, en lugar de decir en qué consisten los contratos, como correspondería a una definición esencial, se limita a describir su estructura, explicando cómo se inserta y actúa en ellos el alea”.

²⁸ GUILARTE ZAPATERO, Vicente, “Título XII”, 323-324.

²⁹ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII”, 320, 322.

En la misma línea y antes, había dicho NICOLÒ -“Alea”, 1031-: “Todas las figuras típicas de contratos aleatorios tienen una característica común, el *alea*, que hace, *ab initio*, incierta la posición de los contratantes, en lo que respecta a sus previsiones de lucro y daño”.

Gitrama³⁰ aplaude la identificación precedente, hecha por Guilarte, de los tres elementos que, si concurren, tipifican el contrato aleatorio, señalando que, sin duda, hubiera mejorado la fórmula del 1790 si el mismo hubiera recogido estas ideas y añadiendo: “Es básico -en todo caso- que el evento significativo del riesgo sea desconocido por ambas partes contratantes. Ello no podría ser de otro modo si tal evento es futuro, pero cabría determinar un evento pasado cuya realización no sea conocida por las partes, caso en el cual, si una de las partes conoce con seguridad el evento, desaparecería el alea, dando paso quizá a una estafa, de aquí que la buena fe sea elemento esencial de este tipo de contratos”.

II.4. Contratos que pueden incluirse dentro de la categoría

Desde luego, obvio es que son aleatorios todos los contratos referidos y tratados en el Título XII del Libro Cuarto del Código civil.

Está, en primer lugar, la apuesta, que puede versar sobre el resultado de un juego, puesto que, como me enseñó Luís Díez-Picazo, el juego, en sí mismo, no es un contrato, sino una actividad, deportiva o lúdica que sea³¹, siendo muchos los juegos -quizás demasiados- a los que grandes y pequeños tienen hoy acceso sin mayor dificultad, desde la primitiva, el bonoloto o el euromillón, hasta los distintos cupones, pasando por las muy diversas apuestas posibles -convencionales o electrónicas- relativas a los resultados del fútbol o cualquier otro deporte. Están también la renta vitalicia y el contrato de alimentos.

Con todo, es opinión prácticamente unánime que la lista de los contratos aleatorios posibles no se agota con los dichos; que el elenco de contratos contenido en el referido Título XII no es exclusiva, sino indicativa de algunos de los contratos aleatorios más frecuentes, llegando algunos a decir que es una lista efectuada a título de ejemplo, habiendo muchos contratos aleatorios más, entre los que han sido citados los siguientes:

El seguro, al que se hacía referencia explícita en el Código civil hasta hace relativamente poco, siendo regulado, en la actualidad, por la Ley sobre la materia de 1980.

³⁰ GITRAMA, “Título XII”, 1715.

³¹ Cosa del género viene a sostener DE CASTRO, cuando dice -“El negocio sobre cosa futura”, 1148-: “En la lotería y en las carreras de caballos se compra el billete o el boleto y se adquiere el derecho a participar en el juego y estar a su resultado, favorable o adverso”.

De contrato de lotería como aleatorio habla también MESSINEO -*Il contratto in genere*, 779-.

Manresa hacía referencia también³² al préstamo a la gruesa, regulado en los artículos 719 a 736 del Código de comercio.

Se cita asimismo, en estos pagos y por Álvarez Vigaray,³³ el contrato de auxilio o salvamento marítimo, que reguló la Ley de 24 de diciembre de 1962.

No hay que olvidar, aquí y por otra parte, los concursos con premio, ya radiofónicos, ya televisivos, a los que expresamente se refería Nicolò.³⁴

Están, por descontado y a decir de muchos, las compraventas aleatorias, como aquella en la que se renuncia al saneamiento por evicción, la venta a riesgo y ventura del comprador o la *emptio spei*,³⁵ a las que he de referirme en el apartado III de este estudio.

En fin y ampliando extraordinariamente el campo de los contratos aleatorios, Álvarez Vigaray³⁶ incluye dentro de los mismos a la decisión por suerte, a la venta de usufructo y a la de la nuda propiedad también, a la venta de derechos litigiosos, a la fianza onerosa, a los contratos diferenciales de Bolsa, al censo vitalicio, al violario y a las tontinas,³⁷ añadiendo, acto seguido y con el apoyo de Navarro Amandi, Barassi, Mazeaud, Colin y Capitant : “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”.

³² MANRESA, *Comentarios*, XII, 7.

³³ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios”, 630.

³⁴ NICOLÒ, “Alea”, 1030. También lo hace LEIVA -*Tratado de los contratos, Parte General, Tomo I*, 90-, añadiendo, con la realidad argentina en la mano, “ciertos contratos aleatorios accesorios y conectados con la adquisición de cosas o servicios, “como en la compra de botellas de gaseosas, o en latas de gaseosas, en cuyas tapitas o en cuyo interior está escrito el premio que corresponde a quien presente esa tapita o esa lata vacía”.

³⁵ A las compraventas dichas como contratos aleatorios se referían ya GARCÍA GOYENA -*Concordancias*, 883- y MANRESA -*Comentarios*, XII, 7-. Otros autores, como Rafael Álvarez Vigaray o Vicente Guilarte Zapatero, hacen lo mismo en tiempos más recientes.

³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, “Los contratos aleatorios”, 631.

³⁷ A algunos de los citados por Álvarez Vigaray, GUILARTE ZAPATERO añade -“Título XII, 333- “los sorteos de publicidad..., los contratos de diferencias de valores o mercancías y, en general, cualquier contrato conmutativo al que se incorporen elementos aleatorios que lo cambien de naturaleza”.

II.5. Menosprecio doctrinal de los contratos aleatorios, asociados a la especulación y a la avaricia, y superación de tal postura

Don Pablo Fuentesecca, reflexionando sobre la *emptio spei* en su Prólogo a *La compraventa civil de cosa futura* de su discípulo Alfredo Calonge, decía:³⁸ “Al llegar a la Edad Moderna, la *emptio spei* entra, de lleno, en las preocupaciones de nuestros teólogos-juristas (que tenían aversión a las especulaciones ilícitas), por el aspecto -poco- ético que la compra del *alea* o *spes* podía implicar”.

En la misma línea -que matiza después, como hemos de ver- se movía García Goyena en el XIX, diciendo:³⁹ “El primer contrato indicado al hombre por la necesidad y la industria fue la permuta; el *aleatorio* debe ser considerado como el último, inventado solamente por su codicia. Después de haber sujetado a sus necesidades, deseos y goces todas las cosas materiales, todo lo que existe y cuanto pueden alcanzar sus sentidos, ha querido, en la ávidas especulaciones de su interés y en las combinaciones ambiciosas de su genio, pesar hasta el mismo destino y calcular el porvenir”.

Con todo, la falta de ética y la codicia como ingredientes de los contratos aleatorios no se sostienen fácilmente. Por el contrario y viendo los más característicos de ellos, resulta, en mi opinión, lo siguiente:

En la apuesta, con una inversión incluso mínima puedo ganar una pingüe cantidad y en todo caso, hasta que no se sepa el resultado, disfruto con la esperanza, con la ilusión de la posible ganancia.

En la renta vitalicia me garantizo, dentro de límites razonables, la periódica percepción de ingresos suficientes para atender a mi mantenimiento e incluso al de los míos de por vida. Si soy longevo, el negocio es muy beneficioso para mí y, si no lo soy, también, pues he tenido la subsistencia asegurada mientras viví.

En el seguro, en fin y a cambio de una prima que puedo pagar sin mayor dificultad, dejo indemne a mi patrimonio de siniestros que se me podrían imputar y que, de otro modo, lo podrían perjudicar seriamente, quedándome, incluso, en la indigencia.

Razones del género han sido exhibidas por autores nuestros solventes de distintas épocas. Fijo la atención en los tres siguientes:

³⁸ FUENTESECCA, “Prólogo”, 7-8.

³⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 883.

García Goyena, enmendando afirmaciones suyas anteriores, concluye lo siguiente, respecto de los contratos aleatorios:⁴⁰ “Estos contratos son el producto de nuestras esperanzas y de nuestros miedos: queremos tentar la fortuna o tranquilizarnos contra su capricho. Así, a favor de tales combinaciones, creemos bienes presentes, dando un precio, a probabilidades más o menos lejanas; simples esperanzas llegan a ser riquezas reales y conjuramos o suavizamos, por sabias combinaciones, males inciertos, pero que algún día podrían ser demasiado reales; embotamos -en fin- los golpes de la suerte... Todo esto basta para justificar la legitimidad y conveniencia de los contratos aleatorios”.

Manresa, por su parte, recoge y suscribe el siguiente texto de León Bonel y Sánchez:⁴¹ “Los contratos aleatorios son contratos de verdadera esperanza; contratos producidos siempre por la incertidumbre y, a veces, por sospechas del sobrevenimiento de hechos que pueden ser más o menos perjudiciales; contratos en los que, a favor de combinaciones especiales, créanse bienes presentes, dándose un precio a las probabilidades más o menos próximas, simples esperanzas que llegan a ser la base de riquezas reales y que, conjurando o suavizando ciertos males que se ven en mientes, embotan o aminoran los golpes de la suerte”.

Gitrama, en fin, explica:⁴² “Un seguro de incendios o una pensión vitalicia no tanto parecen motivados por la codicia cuanto por la previsión. En la clasificación de los contratos aleatorios por su finalidad, se distingue entre aquellos que tienden a poner a una de las partes a “seguro” de un riesgo ya existente -respondiendo a aquel espíritu de previsión por lo que son protegidos e, incluso, ordenados por los legisladores- de aquellos otros en los que el riesgo es creado artificialmente por las partes, los que tradicionalmente han sido mirados con desconfianza y aversión por las leyes”.

II.6. Alea, azar, chance, suerte, esperanza y riesgo

En mi libro sobre *La compraventa de cosa futura* he indagado, con la ayuda de Alain Benabent,⁴³ sobre el significado de los distintos términos relacionados con el objeto del presente estudio, indagación que, de algún modo, traigo a colación aquí y ahora:

⁴⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 883.

⁴¹ MANRESA -*Comentarios*, XII, 13- transcribe, suscribiéndolo, el texto de un “comentador de nuestro Código civil”, León Bonel y Sánchez (tomo 4º, 797).

⁴² GITRAMA, “Título XII”, 1714.

⁴³ ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, 101 ss., con cita, entre otros, de Alain BENABENT -*La chance et le droit*, París, 1973-.

Alea tiene que ver con incertidumbre, con imposibilidad de conocer un determinado resultado o circunstancia. Aleatorio, en efecto, viene del latín *aleatorius*, propio del juego de dados.

Azar -del árabe *az-zahr*, dado para jugar- tanto quiere decir como casualidad, caso fortuito. Lo imprevisto, lo que no se sabe si, cuando o como va a suceder

Chance -palabra de origen francés que se utiliza, hoy, en el español- equivale a posibilidad, mayor o menor, de que algo -bueno o malo- suceda, se produzca, tenga lugar. A decir de Benabent, “chance”, que, en singular es azar, ha de traducirse, en plural, por probabilidades, bien entendido que la “chance”, inaccesible en el plano individual, puede ser abarcada y controlada, en grandes números. Las “chances” -téngase presente- se calculan.

Suerte, buena o mala que sea, -del latín *sors-sortis*, bola, dado, guijarro o tableta con que se sortea-, viene definida en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia, como “encadenamiento de los sucesos, considerado como fortuito o causal” y, también, como “circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adverso a personas o cosas lo que ocurre o sucede”.

Esperanza equivale, a decir del mismo diccionario, a estado de ánimo en el cual se nos presenta como posible lo que deseamos -y aun no ha sucedido-. La esperanza se tiene o no se tiene.

Riesgo, en fin, y a decir de referido diccionario, equivale a contingencia (que puede ser -dícese- objeto de un contrato de seguro) -posibilidad- o proximidad de un daño.

En clave de contratos, señaladamente de contratos aleatorios, cabe utilizar todos los términos antes referidos, diciendo que, en los contratos dichos, más o menos impregnados de incertidumbre, de alea, en los que reina el azar, hay chances buenas o malas, dependientes de la suerte, cabiendo tener la esperanza de que el resultado -ignorado aun- sea beneficioso, corriendo -con todo y necesariamente- con el riesgo de que no lo sea.

Juego del género, con todo, cabe también, en mayor o menor medida, respecto de los conmutativos, como tendremos ocasión de ver seguidamente.

II.7. Distinta incidencia del alea en los contratos

En los contratos aleatorios, aun existiendo, en los mismos y por definición, una indefinición cierta, cierto es, también que, respecto de ellos, la chance, que, en singu-

lar, es azarosa, en plural es medible y minuciosamente ponderable, estadísticas de por medio.

En función de tales mediciones, globales, se fijan las primas de los seguros. No se sabe quiénes sufrirán un siniestro, pero si se sabe que los siniestros representan un tanto por ciento asumible sobre el total de los seguros contratados, hasta el punto de que la actividad reporte beneficios a las empresas aseguradoras. Si no es así, cabe -y se ha hecho, por cuanto me resulta- incrementar la prima, constante el contrato, para recuperar el equilibrio roto.⁴⁴

En otro orden de cosas, decir que, en las apuestas y loterías, la empresa o entidad que las propicia se reserva, siempre, una parte de los ingresos, pudiendo sonreírle la suerte si muy pocos hubieran apostado al caballo ganador o el número premiado no hubiera sido vendido o lo hubiera sido solo parcialmente.

Por lo dicho, Organizaciones, Sociedades, Bancos y el propio Estado incluso participan, gustosos, en los contratos aleatorios, que les garantizan, en mayor o menor medida, beneficios, pudiendo generárselos también a quienes se aseguren -daño cesante- o apuesten -lucro emergente-.⁴⁵

Curiosamente y por el contrario, en los contratos conmutativos el alea, el riesgo están más presente de lo que podría pensarse. En efecto e incluso cuando, en contratos del género, coincida su conclusión con la perfección de los mismos, cabe que una de las partes haga un buen negocio, haciéndolo malo la otra. Piénsese, pongo por caso, en un arrendamiento en el que se fija una renta modesta inmediatamente antes del incremento espectacular de los precios. Piénsese, también, en la compraventa de

⁴⁴ Al respecto de lo dicho en el texto, señala GITRAMA -"Título XII", 1713-1714- tajantemente lo siguiente: "Lo mismo que los contratos conmutativos, creemos que los aleatorios son revisables por alteración de las circunstancias, siempre que ésta no sea consecuencia de los riesgos voluntariamente asumidos, sino de hechos y circunstancias ajenas al contrato". ¿Una de las llamadas Guerras del Golfo, por ejemplo y respecto de los seguros de los buques que transportaban petróleo por los mares sitos en la zona del conflicto armado?

⁴⁵ Al respecto, dice autorizadamente GITRAMA -"Título XII, 1715-1716-: "La máxima pureza de los contratos aleatorios se da cuando se concluyen entre dos particulares, supuestos en que las posibilidades de ganancias y pérdidas son necesariamente recíprocas... Mas, si el juego lo realiza el particular en la Lotería Nacional, la apuesta en el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, la renta vitalicia se contrata con un Banco o el seguro con una poderosa Compañía aseguradora... entonces la entidad con la que el particular contrata, en realidad, no corre riesgo alguno ni soporta ningún *alea*. Paga los premios, la renta, las indemnizaciones, llegado el caso, con el capital que ha ido formando con la venta de billetes o boletos, con los bienes o con las primas que ha ido recibiendo el Banco o la Aseguradora y todo mediante detenidos estudios hechos con el cálculo de probabilidades sobre datos estadísticos, para fijar cuanto el particular debe desembolsar o ir desembolsando con vistas a ese evento incierto".

un piso por precio muy elevado, casi a la par de una brusca caída de los precios de los pisos.⁴⁶

Mayor riesgo conllevan los contratos conmutativos en los que se retrasa o aplaza una de las prestaciones y, en el intervalo, circunstancias sobrevenidas alteran el equilibrio de las prestaciones inicialmente previsto, aun no siendo posible recurrir a la “rebus sic stantibus”.

Por todo lo dicho, bien podría concluirse diciendo lo siguiente, con Vicente Guilarte: “Un contrato típicamente conmutativo puede resultar económicamente más incierto e imprevisto que uno aleatorio”.⁴⁷

III. Compraventas Aleatorias

Se trata de analizar, en esta tercera parte del presente estudio, compraventas aleatorias, sin duda, en mayor o menor medida, ya estén consolidadas como compraventas verdaderas y propias por el propio Código civil, que, en sus artículos 1477 y 1478 -sitos en sede de compraventa- se refieren a la efectuada con renuncia al saneamiento en caso de evicción y a la hecha a riesgo y ventura del comprador, estando consolidada largamente por la historia la *emptio spei*, verdadera y propia compraventa, amén de origen mismo, de punto del que se parte para crear la categoría misma de los contratos aleatorios.

⁴⁶ En la línea señalada en el texto, dice NICOLÒ –“Alea”, 1025-: “El adquirente de un bien... habrá hecho un buen negocio si el mercado se orienta al alza, habiendo hecho mal negocio si la economía se desarrolla en sentido contrario...”.

Sobre el particular, señala también MANRESA –“Tomo XII”, 6-: “Claro es -se apresuran a decir todos los autores- que el elemento riesgo interviene en todos los contratos. Uno de nuestros civilistas -el Sr. Sánchez Román- pone el ejemplo de la compraventa de un caballo que muere después de perfeccionado el contrato sin culpa del vendedor, el cual, después de perfeccionado el contrato, se habría librado de la pérdida del valor del caballo, que tendría que soportar si la muerte hubiera ocurrido antes de venderlo”.

⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, “Título XII”, 322, que, al respecto, invita a pensar en las incidencias que la inflación y la depreciación monetaria proyectan sobre arrendamientos de larga duración, compraventas con precio aplazado o rentas vitalicias.

En la misma línea que Guilarte y apoyándose en Di Giandoménico, se pronuncia GABRIELLI –“Aleatoriedad”, 6-, señalando que, a la postre, se confunden los resultados de los negocios propiamente aleatorios con los de los conmutativos que, durando en el tiempo, están sujetos a sufrir la incidencia de eventos extrínsecos, añadiendo, además, que, a la postre, los confines entre alea económica y alea jurídica son bastante imprecisos.

III.1. Compraventa con renuncia al saneamiento en caso de evicción; los artículos 1478.1º y 1477 del Código civil

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1474.1º del Código civil y en virtud del saneamiento, el vendedor responderá, al comprador, de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. Ello sabido y conforme al artículo 1475.I, “Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada”.

Si la evicción se ha realizado, por regla general y en virtud de 1478, el comprador podrá exigir al vendedor: 1º. La restitución del precio de la cosa. 2º. Los frutos o rendimientos de la misma. 3º. Las costas de los pleitos seguidos. 4º. Los gastos del contrato. 5º. Los daños e intereses y los gastos voluntarios o suntuarios, llegado el caso.

Con todo y de conformidad con lo dicho en el 1477, cabe que el comprador haya renunciado al dicho saneamiento, en cuyo caso, “llegado que sea éste, deberá entregar únicamente el precio que tuviera la cosa vendida al tiempo de la evicción” y no, aunque los hubiera habido, frutos, rendimientos, costas, gastos del contrato, daños, intereses ni gastos voluntarios o de puro recreo u ornato.

El precio de la cosa vendida, “el valor que tenía la cosa comprada al tiempo de la evicción”,⁴⁸ pues y tan solo. Como decía García Goyena,⁴⁹ comentando el artículo 1400 del Proyecto de Código civil de 1851, antecedente inmediato del 1477 del Código civil vigente que acabamos de ver, “es imposible que, sin vender nada -a la postre-, adquiera el vendedor algo. La causa por la que el comprador ha pagado el precio, desaparece por la evicción; el vendedor lo retiene ya sin causa y, por consiguiente, debe restituirlo”. A decir de Manresa,⁵⁰ el pago del precio por parte del comprador en tal caso, “resulta un verdadero pago de lo indebido”.

En la hipótesis que acabamos de ver, el contrato de compraventa se tiñe de aleatoriedad, pues el comprador no puede recuperar ninguna de las cantidades que haya gastado, pudiendo recuperar tan solo y si fuera solvente su vendedor, el valor de la cosa comprada al tiempo de la evicción, valor, en la mayoría de los casos, inferior al precio efectiva e indebidamente pagado, dadas la circunstancias. Aleatoria totalmente, en cambio, es la venta a riesgo y ventura del comprador, que analizaremos seguidamente.

⁴⁸ Esta es la fórmula que prefiere BORRELL, *El contrato*, 129.

⁴⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 745.

⁵⁰ MANRESA, *Comentarios*, X, 180.

III.2. La compraventa a riesgo y ventura del comprador en el artículo 1477 del Código civil

El artículo 1477 del Código civil contempla la posibilidad de que el comprador hubiese renunciado al derecho del saneamiento para el caso de evicción con conocimiento de los riesgos de la evicción dicha y ateniéndose a las consecuencias. En tal caso y si fuera privado de la cosa comprada en virtud de un derecho anterior a la compra, el comprador no tendrá ni tan siquiera derecho al precio pagado. Henos aquí en presencia de una renuncia calificada y no simple⁵¹ del comprador, que permite hablar de compraventa a su riesgo y ventura, contrato aleatorio sin lugar a dudas.⁵²

“Nos encontramos -señala Badenes⁵³- frente a una venta en la que falta toda garantía, ya que, en definitiva, existe una voluntad de celebrar una *venta aleatoria*, que el Código civil no prohíbe. Se trata de una venta a riesgo y ventura del comprador, lo que quedará reflejado -sin duda- en el precio convenido”.⁵⁴

En tal caso, en fin y a decir de Blanquer,⁵⁵ “el comprador sabe lo que hace; asume, consciente y responsablemente, una posición contractual arriesgada... El Código civil -en efecto- exige que el comprador conozca, y no solo que alegue conocer ni que se diga que conoce los riesgos, sometiéndose a sus consecuencias”.

III.3. La *emptio spei*

La *emptio spei* es un contrato de larga tradición, muy afincado en el Derecho romano, aunque, si bien se mira, sea engañosa su denominación, literalmente traducible

⁵¹ Al respecto, RODRÍGUEZ MORATA -*Venta de cosa ajena*, 347- distingue entre renuncia calificada o intencionada y renuncia lisa y llana, diciendo: “En tanto la renuncia calificada configura un verdadero pacto de exclusión de responsabilidad, la renuncia simple supone una mera limitación de la misma”. En el mismo sentido, TORRALBA, “Artículo 1477”, 940.

⁵² GOYENA, glosando el artículo 1400 del Proyecto de 1851, antecedente del 1477 del Código civil actual, dice, en lo que interesa -*Concordancias*, 746-: “En este caso, viene a comprarse un derecho incierto e inseguro, una esperanza. La venta, en este caso, es parecida a la *futuri factus retis* y toma el carácter de un contrato aleatorio”.

Del mismo parecer es MANRESA -*Comentarios*, X, 183-, refiriéndose al 1477 del Código civil español y señalando antes -182- que quizás hubiera sido mejor que, en el contrato, se hicieran constar los riesgos que precisamente tenía en cuenta el comprador, para que no hubiese duda de que los conocía. En la misma línea, BORRELL dice-*El contrato*, 129-: “Sería bueno que se expresase cuáles son esos riesgos, esas causas de posible evicción, que dan cierto carácter aleatorio a la venta”.

⁵³ BADENES, *El contrato*, 631.

⁵⁴ A decir de RODRÍGUEZ MORATA -*Venta de cosa ajena*, 357-, “desde el Derecho romano, la venta a riesgo y ventura del comprador asume carácter aleatorio y se asimila a la figura de la *emptio spei*”.

⁵⁵ BLANQUER, “Notas”, 1175-1176.

como compraventa de esperanza, por mucho que, en puridad, sean las cosas futuras las que propiamente constituyen el objeto del mismo.⁵⁶ La esperanza, en efecto, no se puede comprar y, como mucho, se puede tener.⁵⁷ Quizás con la denominación se quiere exhibir algo -la esperanza dicha- como objeto presente del contrato por vía de ficción, aun no siendo ello necesario, pues como es sabido, las cosas futuras pueden ser, como las presentes, objeto de contratos -del de compraventa, muy señaladamente-, al menos con el artículo 1271.I de nuestro Código civil en la mano.

En los orígenes mismos de la *emptio spei*, el comprador quiere adquirir cosas -peces, animales, papeletas en las que se contienen regalos- y, no siendo ducho él, en las técnicas o habilidades requeridas para conseguir lo que desea, contrata con un cazador, un pescador o un recogedor de papeletas, la compra de todo lo querido por el comprador, que acompaña al vendedor o lo sigue muy de cerca para asegurarse que hace todo lo posible, que despliega toda la diligencia requerida, exigible, para hacerse con las cosas pretendidas, pechando el comprador, eso sí, con el riesgo de que nada o muy poco se consiga, a pesar de lo cual habría de pagar el precio pactado, no habiendo de hacerlo, en cambio, en supuestos en los que las redes no se puedan arrojar, el barco no pueda zarpar o el cazador de recompensas no pueda correr, por la razón que sea, para perseguirlas.

III.3.1. El asunto en Roma. *Iactus retis* y *iactus missilium*

En Roma y por cuanto me resulta, se movían en el ámbito de la *emptio spei* supuestos como la compraventa de los peces que se pudieran capturar al arrojar las redes con tal finalidad (*iactus retis*) o las aves que se pudieran cazar. Está, también, la compra de las monedas u otros objetos de valor que pudieran conseguirse de las lanzadas al público por las autoridades, con cierta frecuencia y con motivo de algún festejo o celebración (*iactus missilium*).⁵⁸

⁵⁶ “El nombre de *spes* -dice Luis Díez-Picazo, en su Prólogo a *La compraventa de cosa futura* de mi autoría-, no designa otra cosa que una manera de llevar a cabo el programa o proyecto de prestación que es propio de toda relación obligatoria, habiendo una firme e incondicionada obligación de pago del precio”.

⁵⁷ Como bien dice RUBINO -*La compravendita*, 214-, “La *spes*, la esperanza... es un mero elemento de hecho, de orden psicológico, concretamente”.

⁵⁸ Los supuestos dichos aparecen documentados claramente en las fuentes. Así, en D. 18, 1, 1, Pomp. 9 *ad Sab.*: *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est.*

El ejemplo de los *missilia* -dice ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, reedición de la 2ª edición, Nápoles, 1961, vol. 1, pp. 119-120- ha suscitado el escepticismo de algunos estudiosos que se preguntan cómo un hombre ecuaníme puede confiar en el empeño del *venditor spei* por hacerse con los *missilia* si sabe que no puede retener para sí el valor de los mismos y, por otra parte, ha recibido ya alguna cosa -o está seguro de recibirla- aún cuando na-

En teoría y a decir de Calonge,⁵⁹ la *emptio spei* es, en Roma, la compra de una posibilidad: el *alea* o *spes*. En la práctica, con todo, es la compraventa de una cosa futura.

III.3.2. Subsistencia, a lo largo del tiempo, de la *emptio spei*, origen de la categoría misma de los contratos aleatorios

La *emptio spei* -nadie lo pone en tela de juicio- ha subsistido a lo largo del tiempo, siendo objeto de estudio por Pufendorf y Wolff -entre muchos otros, cual hemos visto- y llegando hasta nuestros días, por mucho que haya que reconocer, con Rubino,⁶⁰ su progresiva pérdida de importancia. Efectivamente, ha desaparecido el *iactus missilium* y, por lo que se refiere a *iactus retis*, hoy en día y por regla general, las relaciones entre pescadores y revendedores, entre pescadores e industrias de transformación de los peces vienen reguladas por férreos contratos de compraventa de cosa futura o de suministro, en los que los riesgos se imputan al vendedor, en el caso de que éste no hubiera pescado nada, jugándose, en caso contrario, con precios unitarios respecto de la cantidad efectivamente pescada.

Bien está. Con todo y aun siendo cierta la pérdida de importancia práctica de la *emptio spei*, igualmente cierto es la subsistencia de la importancia teórica de la *emptio* dicha, magnífica creación romana que no se ve privada de sentido por la aparición, bien andado el Siglo XVII, de la categoría de los contratos aleatorios, que malamente pueden perjudicar, quitar sentido a la *emptio spei*, de raigambre milenaria y fuente, razón de ser y origen de los propios contratos aleatorios dicho, cual señala, entre otros, Pablo Fuenteseca afirmando: “la *emptio spei* es una *emptio* cuyo carácter aleatorio la convierte en el prototipo de estas figuras contractuales para la doctrina europea posterior”.⁶¹

da recoja. No obstante -y siempre en opinión de Arangio- tal reflexión no es segura, porque, además de la notoria ligereza de muchas personas, amantes de empeñarse en cualquier clase de juego, puede pensarse en lanzamientos de *missilia* tan abundantes que aseguren la percepción de porcentajes jugosos de los mismos. Añádase a ello que los compradores, por regla general, estaban muy pendientes de la recogida de los *missilia* efectuada por el vendedor, así como de la ulterior entrega de los mismos. El asunto no es menor, teniendo en cuenta que las autoridades, el Emperador sobre todo, en ocasiones solemnes y no tanto, siguiendo la política de *panem et circenses*, arrojaba vales representativos de cosas valiosas, muebles o inmuebles incluso -*larguitio in incertam personam*-.

⁵⁹ CALONGE, *La compraventa*, 17.

⁶⁰ RUBINO, *La compraventa*, 212-213. Afirma, dicho autor, que las relaciones entre pescadores y revendedores pueden, en ocasiones, construirse también sobre la base de promesas de venta, no necesariamente limitadas a la pesca de un día. Cabe, también, recurrir al expediente del suministro, sobre todo cuando el contrato sea de duración indeterminada.

⁶¹ FUENTESECA, “Prólogo”, 7.

La tal *emptio*, siendo aleatoria, no deja, por ello, de ser compraventa. Así lo entiende Díez-Picazo, señalando textualmente: “La aleatoriedad de la *emptio* no priva a la figura de su naturaleza de compraventa”.⁶²

Así lo entendía yo hace tiempo y sigo entendiéndolo ahora, entendiendo también que, siendo ello así, no es posible privar de la condición de compraventa a la *emptio spei*, partiendo de la premisa, cuya certeza no se ha determinado en modo alguno, de que la compraventa es, por definición y desde el comienzo de los tiempos, un contrato conmutativo, al tener, ésta categoría, que no se refleja expresamente en nuestro Código, un valor instrumental y didáctico, que no absoluto, no pudiéndose utilizar como arma arrojadiza contra una figura, como la *emptio spei*, de existencia real constatada mucho antes de que la misma categoría de los contratos conmutativos viera la luz.

⁶² DÍEZ-PICAZO, “Prólogo”, 1975.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972.
- ALVAREZ VIGARAY, Rafael: “Los contratos aleatorios (Doctrina general)”, ADC, 1968, julio-septiembre, p. 607 ss.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo: *La compravendita in Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1961.
- BADENES GASSET, Ramón: *El contrato de compraventa*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: “Notas sobre un caso de supresión o de exoneración de obligaciones legales de un contratante (Arts. 1475-3º, 1476 y 1477 del C. c.)”, ADC, 1983, nº 4, p. 1169 ss.
- BÉNABENT, Alain: *La chance et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1973.
- BORRELL SOLER, Antonio: *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Bosch, Barcelona, 1952.
- BRASIELLO, Ugo: “*Emptio rei speratae ed emptio spei* (Diritto romano)”, en *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Turín, 1957, p. 519 ss.
- CALONGE, Alfredo: *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*. *Acta Salamanticensia*, Salamanca, 1963.
- CALONGE, Alfredo: *EVICCIÓN. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Tomo IV del *Derecho civil español común y foral*, Reus, Madrid, 1961.
- DE CASTRO BRAVO, Federico: “El negocio sobre cosa futura. Su construcción dogmática”, ADC, 1977, octubre-diciembre, p. 1141 ss.
- DÍAZ GOMEZ, Manuel: *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 1970.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: “Prólogo” a *La compraventa de cosa futura* de Rogel, Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 17 ss.
- FUENTESECA DÍAZ, Pablo: “Prólogo” a *La compraventa civil de cosa futura* de Alfredo Calonge, *Acta Salmanticensia*, Salamanca, 1963.
- GABRIELLI, Enrico: “Aleatoriedad y teoría del contrato”. Texto, con notas, de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2019.
- GARCIA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974.

- GITRAMA GONZALEZ, Manuel: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte". *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid, 1991, p. 1713 ss.
- GUILARTE ZAPATERO, Vicente: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, p. 319 ss.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luís: *Tratado de los contratos. Parte General. I*, LA LEY, Buenos Aires, 2017.
- MANRESA NAVARRO, José María: "Artículos 1477 y 1478", en *Comentarios al Código civil español*, Tomo X, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905.
- MANRESA NAVARRO, José María: "Título XII. De los contratos aleatorios o de suerte", en *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, p. 5 ss.
- MESSINEO, Francesco: *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milán, 1968.
- NICOLO, Rosario: "Alea", en *Enciclopedia del Diritto*, I, Giuffrè, Milán, 1958, p. 1024 ss.
- RODRIGUEZ MORATA, Federico: *Venta de cosa ajena y evicción (Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La compraventa de cosa futura*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- RUBINO, Domenico: *La compravendita*, Giuffrè, Milán, 1962.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: "Artículo 1477 del Código civil", en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, p. 940 y siguiente.
- VAZQUEZ BOTE, Eduardo: "Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código civil", RCDI, 1969, marzo-abril, p. 352 ss.