

# EL RIESGO EN LA DOCTRINA DE POTHIER

DR. MANUEL JESÚS DÍAZ GÓMEZ  
*Profesor de Derecho civil*  
Universidad de Huelva

ÍNDICE: 1. Preliminares. 2. Antecedentes. 3. Aportaciones de Pothier. 3.1. Una primera teoría sobre la incorporación del riesgo al contrato. 3.1.1. A partir de la clasificación general de los contratos. 3.1.2. Los contratos onerosos. 3.1.3. La asunción del riesgo. 3.1.4. Inoperancia de la clasificación por la parcialidad en la definición. 3.2. Un segundo intento en la delimitación del riesgo contractual. 3.2.1. A partir de la subdivisión de los contratos aleatorios. 3.2.2. Un nuevo concepto de contrato. 3.2.3. La consideración del riesgo externo. 3.2.4. La ausencia del riesgo externo. 3.2.5. El riesgo global interno: caracteres. 3.2.6. (Sigue) Presupuestos y consecuencias. 3.2.7. Inoperancia de la subclasificación de los contratos aleatorios por la ausencia de unidad en su fundamentación. 4. Consecuencias a modo de conclusión.

INDEX: 1. Preliminaries. 2. Antecedents. 3. Contributions of Pothier. 3.1. A First theory about the incorporation of the risk in the contracts. 3.1.1. Through the classification of the contract. 3.1.2. The onerous contracts. 3.1.3. The risk assumption. 3.1.4. Inoperance of the classification because of the partiality of the definition. 3.2. A second try in the delineation of the contractual risk. 3.2.1. Through the subdivision of the hazard contract. 3.2.2. A new concept of contract. 3.2.3. Consideration of the external risk. 3.2.4. Absence of external risk. 3.2.5. The internal global risk: characters. 3.2.6. (go on) Budgets and consequences. 3.2.7. Inoperative of subclasification of the hazard contracts because of the absence of union in his foundation. 4. Consequences like a conclusion

PALABRAS CLAVE: riesgo • azar • alea

KEY WORDS: risk • hazard • alea

## 1. PRELIMINARES

La clasificación sistemática de los contratos en general comienza a forjarse en el Medioevo italiano, para consolidarse con posterioridad en las primeras codificaciones<sup>1</sup>. Sin embargo, pueden encontrarse

<sup>1</sup> Como dijera Manresa (Comentarios al Código civil español, t.XII, 6ª edic., rev. por J. Gómez Ysabel, Ed. Reus, Madrid, 1973, pp. 6 y 17) *op. cit.*, p. 6 y 17), resulta inútil buscar en el antiguo Derecho unos precedentes concretos de la doctrina relativa a los contratos que se caractericen por encerrar en ellos un cierto grado de *alea*, ya que las clasificaciones generales de los contratos se realizan en un momento posterior. Sin embargo, entendemos que no es adecuado - como hace el autor citado - añadir a dicho motivo el hecho de que la necesidad de tales contratos no se sintiera en los pueblos primitivos hasta que las relaciones jurídicas tuvieron sucesivo y completo desarrollo. Por el contrario, sería más conveniente entender que la idea - subrayada ya por los codificadores franceses (Portalis en la presentación del Título XIX del libro III del *Code civil français*, dedicado a los contratos aleatorios; recogida por Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.14, reimpresión de la edición de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, tit.12º, p. 522) y posteriormente, en nuestra codificación, por García Goyena (en el comentario del artículo 1695 del Proyecto de Código civil español de 1851; en su obra *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Cometa S.A., Zaragoza, 1974, tit. XV, cap. primero, p. 882) - de que “el primer contrato indicado al hombre por la necesidad y la industria fue la permuta, y el aleatorio debe ser considerado el último e inventado solamente por su codicia”, viene a subrayar más bien el disfavor hacia esta especie de contratos que entonces se pretendía regular con carácter general, antes que una justificación de la ausencia de tales contratos. Así, aunque no existiera precedentes de una categoría gene-



ya algunas concretas alusiones al riesgo que impregna el contrato en ciertos textos del Derecho romano: ley 8ª, título I, libro XVIII del Digesto<sup>2</sup>; así como en nuestro Derecho histórico, en la ley 11, título V y en la ley 32, título XV, ambas de la 5ª de Las Siete Partidas<sup>3</sup>.

ral, no es menos cierto que las diferentes subespecies contractuales que se puedan englobar en aquélla, tienen claros precedentes en el antiguo Derecho. *Vid.* referencias en el texto y notas siguientes.

<sup>2</sup> Ley 8, de *cont. empt.*; y en otras como ley 2 y 7 D., *boeredit. vel act. vendita*; ley 12, de *act. empt.*; ley 5 D., de *naul. foenore*.

Con respecto a las anteriores disposiciones, Kahn (*La notion de l'alea dans les contrats*, thèse, Jouve et Cie. édit., Paris, 1924, p. 6, n. 2), ha manifestado que el estudio sobre el derecho romano muestra inmediatamente ejemplos en los que se dan efectos jurídicos excepcionales que constituyen verdaderos favores a la consideración de ciertos *aleas*: derogación destacada de la ineficacia de la simple promesa, derogación de la regla esencial de gratuidad del *mutuum*; un simple pacto se encontraba, por este hecho, revestido de una acción de derecho estricto, y su extensión a otros préstamos aleatorios, fue la causa de la derogación de principios jurídicos habituales.

Janoly (*De nautico foenore en droit romain. Du jeu et du pari en droit français*, thèse, Larose et Forcel lib.-édit., Paris, 1882, p. VI y XLIII-XLIV) señala que la condición esencial en el contrato de préstamo a la gruesa, era que el prestatario sólo estaría obligado a pagar el capital y el interés marítimo en el caso de que los objetos afectados llegaran a buen puerto. Así, corriendo el prestamista con los riesgos de la expedición marítima y debiendo satisfacer el prestatario la denominada ganancia marítima como equivalente de los riesgos que aquél aceptaba (*periculi pretium*), era considerado como un verdadero *mutuum* regido por reglas especiales, entre ellas, que el interés marítimo era debido en virtud de un simple pacto, no siendo necesaria *stipulatio*; y que los intereses podían ser tan considerables como lo estimasen las partes, pues se entiende como un resarcimiento por los riesgos corridos, más que como el producto del capital prestado (aunque Justiniano lo limitara posteriormente al 12 %). Sobre el contrato de seguro, escribe D'Émérigon (*Traité des assurances e des contrats a la grosse aventure*, conféré Boulay-Paty, t. I, ed. Molliex/Béchet, Rennes/Paris, 1827, p. 2) que “on trouve dans le droit une foule de textes qui permettaient de se décharger sur autrui de l'incertitude des événements. Si les romains n'ont assigné dans leurs lois aucune place distincte du contrat d'assurance, c'est parce que ce peuple guerrier abandonnait aux esclaves et aux affranchis le soin du commerce de mer et de terre; mais le contrat d'assurance n'existait pas moins en lui-même”. Sobre los contratos de juego y apuesta, Sánchez Román (*Estudios de derecho civil. El Código civil e historia general de la legislación española*, t. IV, 2ª edic., ed. Sucesores Rivadeneyra, Madrid, 1899, pp. 817-818), después de hacer referencia a la legislación romana, que prohibía los de azar (título 5º del libro XI del Digesto y título 43º del libro III del Código), menciona la ley 6ª, título 14º, de la Partida VII, en la que se pretendía reprimir el juego, y el Ordenamiento de las Tafurerías, en el que se regulaban el juego y las casas en que se jugaba. “A pesar de esta reglamentación excesiva – continúa diciendo el autor – la inmoralidad subió de punto, y a nombre del bien social desapareció aquél orden de cosas, mandándose cerrar todos los lugares de juego, é imponiéndose severas penas á los que conservaran instrumentos para el mismo. Siguiéron á estas en los reinados posteriores, muchas leyes y pragmáticas inspiradas en el mismo sentido y coleccionadas y mejoradas en la de Carlos III, de 6 de octubre de 1771, que forma la ley 15, título 23, libro XII de la Novísima Recopilación”. Manresa (*op. cit.*, pp. 84-85) opina que – contra lo que algunos autores creen – la renta vitalicia era conocida “en Roma (leyes 5ª y 21 D., *De ann. leg.*, 33, 1; 56 & 4 D., *De verb. Oblig.*, 45, 1; & 3º, Inst, *De verb. oblig.*, 3, 16), aparece también reglamentada en nuestro país en algunas leyes de la Novísima Recopilación, pues lo mismo aquí que en otras naciones, este contrato logró cierta aceptación en una época en que se prohibía el interés del dinero como usura, y cuando las trabas de la propiedad no constituían aún un gran mal.”

<sup>3</sup> La ley 11 dispone: “Otro sí dezimos que podría ome comprar la cosa que non fuese aun cierta, esto sería como si algun ome pescasse o cazasse o dixesse otro alguno: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares o cazares, ca si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdrá la vendida. Otro sí dezimos que si el comprador dixere que quiere atender a su ventura, si sacasse alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiessse o matasse el pescador alguna cosa fasta ora cierta del día o en todo el día, entonce maguer non prenda ninguna cosa, tenuto es el comprador de darle el precio quel prometió”.

En general, escribía B. Gutiérrez Fernández (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las obligaciones*, t. V, Lib. Sánchez, Madrid, 1869, p. 126) refiriéndose a los contratos aleatorios, que “no debe admirarnos que tan raros sean los precedentes que registran los Códigos: el título *de aleatoribus*, repetido en el Digesto y en el Código, unido a

## 2. ANTECEDENTES

La elaboración doctrinal de las categorías contractuales nace propiamente en el seno del Iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII-XVIII. Es en ese momento histórico cuando aparecen las primeras referencias al carácter aleatorio que se puede imprimir a ciertos contratos, como subclasificación dentro de aquéllos en los que todas las partes que contratan reciben alguna utilidad en el intercambio económico. Así, dividiéndose los contratos en permutatorios y gratuitos, los aleatorios se colocarían entre los primeros de ellos. Se dice entonces, que si bien se llama arriendo en los hechos de provecho ordinario cuando hago para que des alguna cosa o dinero, se llama vulgarmente seguro, tratándose del hecho de dar seguridad sobre los daños fortuitos o alejamiento de peligro<sup>4</sup>.

Se considera, pues, a los contratos impregnados por el azar como una especie de arrendamiento en la que, a cambio de dinero u otra cosa, se presta un servicio consistente en llevar a cabo los comportamientos necesarios que eviten un daño fortuito. A partir de la consideración de un peligro, se entabla un contrato por el cuál uno de los sujetos se compromete a alejarlo de la esfera patrimonial del otro.

Entendidas de aquella manera tales especies contractuales, merece la pena subrayar, como lo hemos hecho nosotros en el texto, dos aspectos esenciales que se irán retomando sucesivamente por la doctrina jurídica posterior, y que trataremos de ir desarrollando a lo largo de nuestro estudio. Por un lado la idea de daño fortuito, que a nuestro parecer habrá de ser entendida como el resultado perjudicial de un acontecimiento incierto, viniendo así a conectarse con la alusión al peligro en cuanto ése signifique más bien el acontecimiento, que siendo incierto, genere un daño o perjuicio<sup>5</sup>.

Por otro lado, conviene tener en cuenta el intento por parte de esta doctrina de buscar una expresión que permita señalar la utilidad que uno de los sujetos consigue al celebrar el contrato, a cambio de aquello que da o hace, la cual se obtiene con la mención dar seguridad que contiene la locución citada. Así, se trataría de una especie de “estado” de tranquilidad o de seguridad en el que se viene a encontrar el sujeto tras la celebración del contrato aleatorio por la “acción” del otro sujeto.

No obstante, a pesar de las sugestivas ideas que pudiera proporcionar dicho planteamiento doctrinal, se abren algunos, no menos interesantes, interrogantes al respecto. Resulta en cierto modo inexplicable, en qué debe consistir el hecho de “dar seguridad”, pues si el mismo supone efectuar los comportamientos que sean necesarios para alejar un peligro, habríamos de considerar que se trata de una prestación de resultado; pero en tal caso resultaría bastante dificultoso hablar de un daño fortuito en cuanto pueda ser evitable, pues nadie podría obligarse a efectuar una prestación imposible.

tal o cual disposición aislada, demuestran que no debe llamar tanto nuestra atención su historia como su filosofía”: convertir los acontecimientos que dependen de un porvenir incierto en provecho de los intereses civiles.

<sup>4</sup> Grocio, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, trad. J. Torrubiano, Madrid, 1925, cap. XII, par. III, 5.

<sup>5</sup> Ver, no obstante, la gran dificultad que encierra la delimitación de tales conceptos en el estudio más detallado que se hace de los mismos en los epígrafes siguientes.

Si, diversamente a lo que se ha expuesto con anterioridad, los comportamientos sólo consistieran en emplear la diligencia adecuada para evitar el peligro, no se explica por qué razón, cuando se produce el daño, el sujeto que se ha comprometido a efectuar aquella prestación deba proceder, además, a dar o hacer alguna cosa. Ciertamente, si este último deber no existiera, se estaría ante una concepción de los contratos aleatorios muy divergente de la que con posterioridad elaboró la doctrina<sup>6</sup>; sin que se pudiera calificar entonces como tales, al contrato de seguro o al de juego, que ya se celebraban con asiduidad en esa época.

Los mencionados inconvenientes respecto al servicio que debía efectuarse para alejar el peligro, unido al hecho de que solamente una vez que se producía el daño era cuando debía llevarse a cabo un comportamiento consistente en dar o hacer alguna cosa, fueron quizás los motivos por lo que se dejaron notar otras orientaciones en la búsqueda de la esencialidad de los contratos aleatorios. En tal sentido, encontramos algunas puntuales referencias doctrinales que vienen a situar el carácter aleatorio del contrato a partir de la dependencia o supeditación a la suerte de lo que deba darse o hacerse. Así, los contratos “qui aleam contienent”, “qui renferment du hasard, aleam”, serían aquéllos en los que se contrata en relación a un acontecimiento incierto, dejando recaer el azar en lo que cada contratante, o uno sólo de ellos, dará o hará<sup>7</sup>.

Respecto a tal orientación, destacamos principalmente dos datos que centran su estudio. Por un lado, se constata una desviación de lo que hasta entonces se consideraba la conducta prestacional que debía efectuar al menos uno de los sujetos entre los que se entablaba la relación jurídica. Así, ya no se trata de considerar que en todo caso nace un deber de servicio tras la celebración del contrato aleatorio, sino que ahora se advierte la idea de que lo que deba prestarse puede ser tanto un dar como un hacer alguna cosa; que ya no se relaciona tanto con un evento incierto, en cuanto pueda ser alejado o se dé seguridad sobre el mismo, sino que ahora la particularidad del contrato aleatorio consiste en que aquello que deba darse o hacerse depende del azar o de la suerte. Por tal razón, habría entonces que contraponer aquellos contratos en los que tras su celebración cada una de las partes da o hace alguna cosa que es perfectamente cierta y determinada, a los contratos que contienen álea, que serían aquéllos en los que depende de la suerte lo que cada contratante, o uno sólo de ellos, dará o hará.

<sup>6</sup> En la que, sin duda, como se verá más adelante, el deber de realizar la indemnización llegado el siniestro, o el de efectuar el pago de lo ganado, son conductas indispensables y básicas en la celebración del contrato de seguro y de juego, respectivamente. Y ello, aun cuando tales comportamientos sean considerados en sí mismos el objeto de la prestación, o diversamente, se les considere como pertenecientes a un más amplio deber prestacional.

<sup>7</sup> En este sentido, Puffendorf (*De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, Londres, 1701, libri duo, XV, III, p.90.) hizo alguna referencia: “*Dantur quoque complures contractus qui aleam contienent. Quos inter referre sponsiones, quando eventus alicuius, nondum utrumque notorii, existentiam alter affirmat, alter negat, certo pretio ultrumque deposito, quod illi cedat, cujus assetioni eventus conquire deprehensus fuerit...*”

Por su parte, Wolff (*Principes du Droit de la nature et des gens*, trad. del latín al francés por Formet, Amsterdam, 1758, lib. V, cap. II, 1, p. 134) dirá que “les contracts qui renferment du hasard, aleam, sont ceux où l'on convient au sujet de quelque événement incertain, en laissant dependre du sort ce que chaque contractant donnera ou fera, ou bien en laissant retomber le hasard sur l'un des contractans seulement”. Sobre alguna interpretación al respecto de todo ello puede verse H. Cock, *Disputatio de alea*, Paddenburg y Schoonhoven Ac. Typographos, Traiecti ad Rhenun, 1819, pp. 11 ss.

Por otro lado, además, se denota la alusión al acontecimiento incierto como elemento externo al contrato, y no ya la referencia a un daño fortuito o a un peligro, pues no deberá existir necesariamente la posibilidad de un resultado lesivo para que se pueda celebrar el contrato aleatorio. Se amplía así de manera considerable el círculo de los sucesos a los que las partes pueden recurrir para la conclusión del contrato, pues siendo meramente incierto, ya es suficiente para que el azar pueda decidir sobre su llegada y, por consiguiente, que se considere también azaroso, por relación al mismo, lo que se deba dar o hacer<sup>8</sup>.

A pesar del avance que un planteamiento como el expuesto pudiera suponer para la elaboración de una teoría sobre los contratos aleatorios, no dejan de sorprendernos, al mismo tiempo, algunos extremos derivados del mismo, sobre todo cuando se retoma la inicial colocación de éstos contratos entre aquéllos que se habían denominado “permutatorios” u onerosos. En este sentido, resultando que en éstos cada uno de los contratantes recibiría alguna utilidad, no se aprecia cuál pudiera ser ésta en el contrato aleatorio, en el que de un acontecimiento incierto depende el hecho de que uno de los sujetos deba efectuar su prestación, cuando finalmente aquél no se produce. Por ello, se podría decir, que si bien en el caso en que sobrevenga el acontecimiento se debe llevar a cabo una conducta que consista en dar o hacer alguna cosa, la cual sí produciría una cierta utilidad a la contraparte; habríamos de concluir diciendo, por el contrario, para el caso de que aquel acontecimiento no tenga lugar, que la utilidad, o bien se obtiene por la propia intervención del azar en el patrimonio explicitada en la no llegada del evento tenido en consideración - en cuyo caso se trataría de una utilidad no contractual, en cuanto no precisa de la celebración del contrato para obtenerla -; o bien, más consecuentemente, no existe, puesto que a nada estaría obligado el sujeto con el que se contrata, llegado el caso de que el evento no sobrevenga.

### 3. APORTACIONES DE POTHIER

#### 3.1. *Una primera teoría sobre la incorporación del riesgo al contrato*

##### 3.1.1. A partir de la clasificación general de los contratos.

La imposibilidad de hallar una contrapartida en aquellos contratos en los que la suerte provocaba que alguno de los sujetos no llevase a cabo finalmente ningún comportamiento, conduce, en un momento posterior, a la formulación de la idea de “soportar” o “asumir” un riesgo como expresión más adecuada de la necesaria igualdad que debe presidir el intercambio económico de bienes y servicios que se realiza a través de los contratos.

Corresponde a Pothier iniciar la elaboración de un concepto de contrato basado en la incorporación de la idea del riesgo como elemento individualizador del mismo. Así, en la clasificación de los contratos que el autor realiza, define a los aleatorios diciendo que “*sont ceux par les quels l'un des contractans, sans rien donner de sa part, reçoit quelque chose de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du*

<sup>8</sup> Aun cuando la parcial correspondencia que se realiza en el texto entre lo azaroso y lo incierto sea objeto de un posterior estudio, parece desprenderse de la referencia doctrinal que ahora comentamos que el azar siempre interviene en la resolución de todo acontecimiento que sea previamente considerado como incierto.

*risque qu'il a couru*"; añadiendo, que todos los juegos son contratos de esta naturaleza, además de las apuestas y de los contratos de seguro<sup>9</sup>.

Esta definición se encuadra en la tercera de las divisiones que Pothier realiza de los contratos. En ella, después de diferenciar los contratos "*interessés de part et d'autre*", los contratos de "*bienfaisance*" y los contratos "*mixtes*", contrapone los contratos conmutativos a los aleatorios como subdivisión de los contratos "*interessés de part et d'autre*". A éstos los define diciendo que son aquellos contratos que se celebran para el interés y utilidad recíproca de cada una de las partes<sup>10</sup>.

Dentro de las definiciones ofrecidas por el autor que ahora comentamos, conviene, por último, atender a <sup>o</sup>a la que realiza de los contratos conmutativos, en cuanto los contrapone a los aleatorios. Dice que "*sont ceux par lesquels chacune des parties contractantes donne et reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne*"; colocando seguidamente como ejemplo el contrato de compraventa, en el que el vendedor debe dar la cosa vendida y recibir el precio que es el equivalente de aquélla, y el comprador debe dar el precio y recibir la cosa vendida que es el equivalente de aquél<sup>11</sup>.

Sin ser éstas las únicas referencias que Pothier realiza de los contratos aleatorios a lo largo de todos sus "Tratados", de lo que hasta ahora se ha expuesto se hace preciso realizar algunas observaciones.

En orden a la clasificación de los contratos que realiza el autor, se retoma la posición, que ya había sido adoptada por la anterior doctrina, de encuadrar a los contratos aleatorios dentro del género más amplio de los contratos celebrados a título oneroso, por lo que cada una de las partes contratantes recibe alguna utilidad u obtiene algún interés de la celebración del contrato. Dicha utilidad o interés puede encontrarse exteriorizado en el contenido contractual de las maneras más diversas, a través de todo el conjunto de comportamientos que en el momento de la celebración del contrato aparecen proyectados como de obligado cumplimiento.

No obstante, es muy significativo observar cómo el autor atiende al momento final o resultado del contrato para establecer la subdistinción, dentro de los onerosos, entre los contratos conmutativos y los aleatorios. Así, mantiene que mientras existen unos contratos en los que de manera habitual, "ordinariamente", cada una de las partes había dado y recibido algo equivalente; existen otros, como los contratos de juego y apuesta o los contratos de seguro- citados como ejemplo por el propio autor tras la definición de los contratos aleatorios-, en los que habiéndose dado algo, sin que en ello hubiese existido ánimo de liberalidad, no se recibía nada *que fuera equivalente*.

Entendemos que ésta es una de las principales aportaciones de la doctrina de Pothier, obtenida por él de la observación y confrontación de los resultados finales de los contratos; pero que, sin

<sup>9</sup> *Traité des obligations*, en "*Oeuvres de Pothier*", t.I, ordenadas y publicadas por M. Dupin, Béchét Ainé y F. M. Maurice Libraires, París, 1824, n° 13, p. 12.

<sup>10</sup> Definiendo a los contratos de "*bienfaisance*" como aquéllos que no se hacen más que para la utilidad de una de las partes contratantes; y a los contratos por los cuales aquélla de las partes que confiere un "*bienfait*" a la otra, exige de ella alguna cosa que está por debajo del valor de lo que ella le da, los denomina contratos "*mixtes*". *Op. cit.*, n° 12, p. 11.

<sup>11</sup> Y concluye diciendo que se distribuyen en cuatro clases: *Do ut des*, *Facio ut facias*, *Facio ut des*, *Do ut facias*. *Op. cit.*, n° 13, p. 11.

embargo, el autor no exterioriza explícitamente cuando describe - más que define - cómo son los contratos conmutativos y los aleatorios. Es entonces cuando, al llegar al final de su razonamiento, no concluye con la consecuencia lógica que entendemos que es de una enorme importancia: que no se recibía nada que fuera el equivalente; sino que, más bien, la pretende justificar diciendo que lo que se recibe es como el precio del riesgo que se ha corrido. Debemos, pues, retener esta idea para posteriores reflexiones.

### 3.1.2. Los contratos onerosos.

Ahondando un poco más en los planteamientos de Pothier referentes a los contratos onerosos en su relación con los aleatorios, pretendemos ahora buscar una justificación a aquello que las partes dan o reciben finalmente como resultado del contrato.

Para encontrar una solución lo más apropiada posible sobre la mencionada cuestión, entendemos que se hace preciso indagar en la elaboración que el propio autor realiza de la teoría de la causa de los contratos<sup>12</sup>. Es allí donde señala -en una frase que ha sido reiterada constantemente por la posterior doctrina encargada de estudiar los precedentes codificados de la “causa” -, que “*Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne ou s'engage de lui donner...*”<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Domat (ver referencia en la nota a pie de página siguiente) ya había tendido ocasión de tratar el tema de la causa de la obligación respecto a los contratos sinalagmáticos, a los reales y a los gratuitos. Pothier, por su parte, vendría luego a continuar aquella elaboración doctrinal, refiriéndose ya, más adecuadamente, a los contratos onerosos y a los gratuitos, concluyendo que el contrato es nulo cuando el compromiso no tiene causa o es falsa. Sin embargo, es curioso observar cómo este autor, no incluye la causa entre los elementos esenciales del contrato (*op. cit.*, n.º.6), sino que la estudia a raíz de los diferentes vicios que puedan encontrarse en el mismo (*op. cit.*, nno. 16 ss.).

En los autores citados, y en la doctrina posterior, se produce una confusión entre obligación y contrato - *contractus* y *obligatio contracta* - que puede llegar a observarse hasta en el articulado de nuestro Código civil (ver, al respecto de tal deficiencia las anotaciones de Valpuesta, “Elementos esenciales del contrato”, en *Derecho de obligaciones y contratos*, coor. Valpuesta, 2º edic., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, Lecc. 180, pp. 349 a 355). No obstante, entendemos más adecuada aquella posición de la doctrina (Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 4º edic., ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 223) que entiende, que con Pothier se distingue ya entre causa de la obligación, equiparada a la idea de “fuente” de la obligación, y causa del contrato; que aquella otra postura (Jordano Barea, “La causa en el sistema del Código civil español”, en *Centenario del Código civil*, t. I, As. Prof. Derecho civil, ed. R. Areces, Madrid, 1990, p. 1045; y en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, t. I, 1992, p. 461) que preconiza que las “causas” de las obligaciones en el sentido de “fuentes” de las mismas, tiene interés para descubrir la justificación causal de las obligaciones de origen no contractual, pero que Pothier trata de la causa de la obligación y del contrato en el sentido al que ahora aludimos.

<sup>13</sup> Ya Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1835, tít. 1, secc. 10, n.º .5, p. 122) había expuesto que en aquellos contratos en los que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa o se prestan mutuamente algún servicio, la obligación de cada uno de ellos constituye el fundamento de la obligación del otro; en aquellos contratos en los que parece que una sola de las dos partes se obliga, como el préstamo, pero en que ha precedido una entrega, esta entrega es la causa de la obligación de restituir; en las donaciones y en los demás contratos en los que sólo uno da o hace, es decir, en aquellos contratos donde hay una obligación única, la causa de ésta no puede consistir en el hecho actual del otro contratante, cuyo papel se limita a la simple aceptación. ¿Cuál es entonces su causa?: cualquier motivo razonable y justo hace las veces de causa, incluso el mero placer de realizar un bien.

Aun sin entrar en las descalificaciones de las que ha sido objeto una tal consideración de la “causa”<sup>14</sup>, entendemos que tras la observación que Pothier realiza de los contratos onerosos, se concluye buscando una vinculación de las partes contratantes a través de las atribuciones patrimoniales que las mismas están llamadas a realizar. En consecuencia, podríamos llegar a entender cómo, en la mayoría de los contratos de esa especie, aquello que las partes dan y reciben normalmente como resultado final del contrato es producto, bien de una ejecución inmediata - *lui donne* -, bien de un compromiso de ejecución - *s'engage de lui donner* -. En esa doble alternativa, que después pasaría a nuestra codificación civil en los términos de “prestación” y “promesa”, creemos que se deberá enmarcar, principalmente, el origen de las atribuciones finales de las partes, como consecuencia de haberse perfeccionado el contrato<sup>15</sup>.

Ante unas pretensiones como las señaladas, fue observado también por el autor que no todos los contratos onerosos se dilucidaban finalmente por una entrega y recepción de cosas o servicios a cargo de cada una de las partes, sino que, sin existir liberalidad por parte de alguno de los sujetos, éste daba finalmente algo sin que recibiera nada a cambio. Contratos como el de seguro o el de juego, daban pie a entender que no se podía hablar ahora de algo que se da, ni siquiera de algo que se compromete a dar en un futuro, puesto que el deber de ejecutar un determinado comportamiento no se materializaba en algunos supuestos, lo que impedía hablar propiamente de deber o de compromiso en el momento de celebrar el contrato. Así, debiéndose encontrar una justificación diferente para que alguno de los sujetos no diera, ni hiciera finalmente nada, sin que a la vez el contrato no fuera de los celebrados a título de liberalidad, se recurre a la idea de “asunción de riesgo”.

Pothier finaliza, entonces, señalando en su “teoría de la causa”, que ésta puede no encontrarse en lo que la otra parte le da o se compromete a darle, sino también en “...*le risque dont elle se charge*”. De esta manera, para el autor asumir o soportar un riesgo puede ser también la causa del compromiso.

A esa idea de asumir un riesgo, precisamente, es también a la que se remite el autor cuando trata de diferenciar los contratos aleatorios de los conmutativos. Así, alejándose de una directa contraposición con la definición que había ofrecido de éstos últimos, no define a los aleatorios diciendo que en ellos no se da y se recibe el equivalente de lo que se había dado, sino que trata de justificar ese hecho estableciendo -a nuestro parecer desafortunadamente- que “son aquéllos por los que uno de los contratantes, sin dar nada por su parte, recibe alguna cosa del otro, no por liberalidad, sino como el precio del riesgo que ha soportado”<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sobre las objeciones y otras consideraciones al respecto, ver ampliamente, entre otros, Lacruz, Luna, Delgado, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, 20 edic., ed. Bosch, Barcelona, 1987, p. 150; y Díez-Picazo, *op. cit.*, t. I, pp. 222 ss.

<sup>15</sup> Prestación como la actual ejecución de un dar o un hacer alguna cosa y promesa como el deber de ejecutar en un futuro alguna cosa o servicio. O como se ha dicho recientemente “la prestación es como la promesa *in actu*, la promesa es como la prestación *in fieri*”: Jordano Barea, *La causa...*, en “Centenario del Código civil”, cit., p. 1046.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, nº .13, p. 12. O como en el mismo sentido, se expone en el *Traité du contrat d'assurance* (en “*Oeuvres de Pothier*”, t. IV, nº .1, p. 3), dónde se define a los contratos aleatorios diciendo que son aquéllos en los que lo que uno da, o se compromete a dar al otro, es el precio de un riesgo que se ha soportado.

Por consiguiente, para el autor, el resultado final al que conduce la celebración de un contrato aleatorio, supone que mientras uno de los sujetos ha efectuado un comportamiento consistente en dar o hacer alguna cosa -precio-, el otro ha asumido un riesgo. Y en cuanto al momento de la celebración del contrato, existe un compromiso que se contrae por una de las partes y un riesgo que se asume por la otra, que es precisamente para el autor, la causa de aquél.

### 3.1.3. La asunción del riesgo.

A pesar de todos los esfuerzos realizados para encontrar una noción adecuada que permita englobar a los contratos aleatorios dentro de la categoría más amplia de los contratos celebrados a título oneroso -no obstante la posibilidad de que finalmente uno de los contratantes no efectúe ninguna prestación- hallamos en cierto modo defectuosas las ideas que a tal fin habían sido propuestas por Pothier.

Por un lado, porque - como luego tendremos ocasión de estudiar - la asunción del riesgo, tal como era entendida, puede referirse a cada uno de los sujetos que celebran el contrato, y no, como parece que se propone, en relación a uno sólo de ellos. Pero, por otro lado, en lo que ahora nos interesa, porque el hecho de haber asumido un riesgo debe haber quedado materializado finalmente, bien en la ejecución de un comportamiento consistente en dar o hacer alguna cosa en beneficio del sujeto del que recibe el precio, bien en no tener que efectuar ningún comportamiento, aun cuando alguno hubiese sido proyectado como de posible ejecución en el contenido contractual. Es decir, que cuando se extingue la relación jurídica se deja de soportar el riesgo que se había asumido con la celebración del contrato, pero ello no significa, sin embargo, que en ningún caso se haya tenido que efectuar alguna conducta prestacional como consecuencia, precisamente, de aquella asunción del riesgo.

No obstante, esto no se comprenderá completamente en tanto no se haya perfilado lo qué deba entenderse por asunción de riesgo. Éste, en un sentido material, supone la contingencia o eventualidad de un daño, y por consiguiente la posibilidad de que sobrevenga -y la correlativa posibilidad de que no sobrevenga-. Aquélla, significaría, entonces, tener que soportar o sufrir las consecuencias de la llegada de un eventual daño, en definitiva experimentar un posible perjuicio.

En aplicación al contrato aleatorio, la asunción del riesgo por alguno de los sujetos que lo celebran, vendría a suponer la posibilidad de experimentar dicho perjuicio patrimonial, que al encontrarse articulado en el funcionamiento mismo de la relación jurídica, se podría expresar en la *posibilidad* de tener que ejecutar un comportamiento consistente en dar o hacer una cosa, o en no recuperar aquello que ya se había dado<sup>17</sup>; en definitiva, en soportar una *pérdida* susceptible de valoración económica.

<sup>17</sup> Incluimos también el hecho de no recuperar aquello que ya se había dado, por cuanto admitimos en línea de principio la posibilidad de configurar como aleatorio un contrato unilateral y oneroso, como pudiera ser el préstamo. En este sentido, la doctrina, y el mismo Pothier, habían aceptado la posibilidad del contrato denominado de “préstamo a la gruesa aventura”, en el que en líneas generales consistiría en la atribución por parte de un sujeto de un capital en dinero para destinarlo a la adquisición y transporte de mercaderías, con la obligación del que lo recibe de restituirlo aumentado

Si entendiéramos la asunción del riesgo de la manera que hemos indicado, se comprendería por qué existe la posibilidad de que finalmente el sujeto no tenga que ejecutar ningún comportamiento en beneficio de aquél de quien recibe el precio (como pudiera ocurrir en el contrato de seguro), y por qué, aunque se tenga que efectuar alguno, siempre existe también la posibilidad de no tener que efectuar otro de mayor entidad económica (como en el contrato de renta vitalicia). Pero, sin embargo, inevitablemente, quedaría siempre abierta la posibilidad alternativa de experimentar una pérdida, que en cualquier caso, se habría de materializar en aquello que se da o se compromete a dar, y no ya, de manera abstracta, en haber asumido un riesgo.

#### 3.1.4. Inoperancia de la clasificación por la parcialidad en la definición.

Concluyendo con esta primera aproximación a las ideas de Pothier sobre el contrato aleatorio, podemos exponer algunas consideraciones a modo de resumen:

- En primer lugar, se configura el contrato aleatorio dentro de la categoría de los contratos onerosos, señalándose que en éstos, además de lo que la otra parte da o se compromete a dar, la asunción del riesgo puede ser la causa del compromiso que se contrae. De esta manera, no pudiéndose encontrar para los contratos aleatorios una justificación suficiente en lo que la otra parte le da o se compromete a darle, se acude a la idea de asumir un riesgo para cubrir el hecho de que finalmente alguno de los sujetos no reciba nada como equivalente de aquello que da.

- La asunción del riesgo, configurada como la posibilidad de tener que soportar una pérdida, se materializa en el contrato como la posibilidad de tener que efectuar finalmente un comportamiento consistente en dar o hacer una cosa, o en no recuperar aquello que ya se había dado. Por tanto el riesgo no es algo que se pueda dar o recibir, sino que contiene la posibilidad de un daño o perjuicio que se ha de materializar en el contrato a través del comportamiento de un sujeto en beneficio de otro. En consecuencia, resulta incorrecto definir al contrato aleatorio - como lo hace el autor -, proponiendo como único resultado del mismo el hecho de que uno de los sujetos no dé nada de su parte.

- La asunción del riesgo se mide por el autor, en relación al estado patrimonial de uno de los sujetos, con independencia de cuál sea la posición del otro. Así, cuando se habla de posibilidad de pérdida se atiende a la relación entre cada uno de los comportamientos que son de posible ejecu-

con un interés muy alto si se concluyese la operación felizmente, o de no tener que devolver nada si la operación fracasase. Ver nota 2.

Efectivamente, si reparamos en el *Traité du prêt a la grosse aventure*, (en *Oeuvres de Pothier*, cit., t.V, nº 5, p. 347) se observa la similitud con la línea mantenida por el autor hasta este momento, pues entiende que este contrato es de la clase de los aleatorios debido al hecho de que el riesgo de la pérdida de las mercancías adquiridas con el dinero prestado, es de cargo del mutuante, lo cual tiene un precio, que es el valor del “beneficio o interés marítimo” que se obliga a pagarle el mutuario en caso de feliz llegada. Además, se dice (nº 2, de dicho Tratado) que el “beneficio” que se estipula no es el interés del préstamo, sino el precio de los riesgos con que se carga el mutuante en provecho del mutuario. Así, en éste orden de cosas, no es de extrañar que se dedique un apartado (& III, del art. II) en este *Traité* al estudio del riesgo considerado como posibilidad de un acontecimiento que despliega sus efectos al margen del contrato; pues se dice que es de esencia del contrato de préstamo a la gruesa que se hallen expuestas las cosas sobre las que se hace, a algunos riesgos, pues con ello se ha cargado el mutuante por cierto precio.

ción final como resultado del contrato. Por consiguiente, no se trataría tanto de considerar el perjuicio que supone dar u obligarse a dar algo, sino de la posibilidad de experimentar ese perjuicio. Entonces, tendremos que no se asumirá riesgo cuando el comportamiento que se tenga que efectuar sea cierto y esté perfectamente determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato; ni tampoco cuando sea cierto que se efectuará un comportamiento, pero exista la posibilidad de ejecutar uno u otro, que entre sí no suponen diferencia de valoración patrimonial que permita hablar de pérdida.

- La pérdida o el perjuicio que se puede experimentar, sólo va referida a la *disminución del estado patrimonial* del sujeto y no al no aumento del mismo. Si así fuera es evidente que el sujeto que no soporta el riesgo también tendría la posibilidad de experimentar una pérdida, pues en tanto que teniendo la posibilidad de aumentar su patrimonio como consecuencia del comportamiento del otro sujeto, tiene también la posibilidad de no recibir nada o algo de valor inferior, y por consiguiente de experimentar un perjuicio.

- Por último, en base a las anteriores observaciones, no deja de resultar extraño el hecho de que en todas las alusiones que hemos recogido de Pothier hasta este momento referentes a los contratos aleatorios, se relacione el compromiso o el precio que efectúa una de los sujetos con el riesgo que asume o ha asumido el otro, sin que se plantee la posibilidad de que sean todos los sujetos los que asuman algún riesgo<sup>18</sup>. Resulta evidente, que si se propone la asunción del riesgo en el sentido que nosotros le hemos dado en los anteriores apartados, es posible que el riesgo pueda ser asumido tanto por una sola de las partes que celebran el contrato, como por todas ellas. A este resultado se llegaría también, si se observa alguna de las concretas especies contractuales que se proponen como aleatorias por el mismo autor, como es, por ejemplo, el tradicional contrato de juego<sup>19</sup>.

### *3.2. Un segundo intento en la delimitación del riesgo contractual*

#### *3.2.1. A partir de la subdivisión de los contratos aleatorios.*

La elaboración por parte de Pothier de una doctrina sobre la asunción del riesgo, entendida tal como la hemos intentado exponer en los párrafos precedentes, vendría a suponer la superación de los inconvenientes que presentaba, para los autores que le antecedieron, la consideración de la dependencia del azar en lo que se debía dar o hacer. Sustituida ahora por la asunción del riesgo,

<sup>18</sup> Además de las citas que se han efectuado, encontramos también otros textos en esa misma dirección. Así, al tratar de la rescisión de los contratos por causa de lesión, se dice que “aunque los riesgos, que asume por estos contratos (con referencia a los aleatorios) uno de los contratantes,...”; en *Oeuvres...*, cit., t. I, nº 37, p. 23. Junto a ellos, se puede recordar – nota 19 - el concepto ofrecido en el *Traité du contrat d'assurance* (en “*Oeuvres de Pothier*”, t. IV, cit., nº 1, p. 3), dónde se expone que los contratos aleatorios son aquéllos en los que lo que uno da, o se obliga a dar al otro, es el precio de un riesgo que se asume.

<sup>19</sup> En el que según sea uno u otro el resultado de un acontecimiento incierto, corresponderá a uno u otro de los sujetos efectuar la prestación.

Quizás esta omisión, en la exposición general sobre la clasificación de los contratos, haya sido en cierto modo intencionada, con el fin de evitar las explicaciones a las que ineludiblemente habría que llegar para diferenciar el contrato aleatorio de aquel denominado condicional.

entendida a modo de “contraprestación”, se armonizaría con la ideal igualdad que debía presidir el intercambio de bienes y servicios.

A propósito de dicha posición se han podido subrayar ciertos inconvenientes que necesitaban de una adecuada interpretación más allá de la exposición literal mantenida por el autor, principalmente los derivados de considerar la asunción del riesgo como posición que se podía predicar con relación a uno sólo de los sujetos, o aquéllos que pudieran provenir de considerar como posible resultado final la ausencia de cualquier atribución patrimonial por parte de alguno de ellos. También, se han apuntado algunos interrogantes de difícil solución, sobre todo los que derivan del deber de efectuar un comportamiento con posterioridad a una resolución desfavorable del acontecimiento incierto. Sin embargo, todo ello no basta para abordar la totalidad de los planteamientos de Pothier. Es preciso acudir a otras reflexiones que el mismo autor realiza en otros escritos, a los que nos referimos a continuación.

En su “Tratado del contrato de juego”<sup>20</sup>, Pothier se ve obligado a establecer una previa diferenciación entre los contratos aleatorios, para encuadrar correctamente toda la elaboración doctrinal que posteriormente realiza sobre aquella concreta especie contractual.

“*Observez qu’il y a deux espèces de contrats aléatoires. La première est de ceux par lesquels il n’y a que l’une des parties contractantes qui s’expose à un risque au profit de l’autre partie, laquelle lui paie ou s’oblige de lui payer le prix de ce risque, sans qu’elle s’expose réciproquement à aucun risque.*” Tal es el contrato de seguros, en que sólo el asegurador corre los riesgos marítimos: el asegurado no hace más que pagarle la prima, precio de esos riesgos. Otro tanto sucede en el préstamo a la gruesa<sup>21</sup>.

“*La seconde espèce de contrats aléatoires est de ceux par lesquels chacune des parties se charge réciproquement d’un risque, qui est le prix de celui dont l’autre se charge.*” A esta especie pertenece, según el citado autor, la renta vitalicia<sup>22</sup>, en la que el “vendedor” corre el riesgo de no recobrar nada o casi nada a cambio de la cosa que entrega al “comprador”, en el caso de morir poco después de celebrar el contrato, y ese riesgo que corre el “vendedor” es el “precio” del que corre el “comprador” de tener que pagar al vendedor doble o triple el “precio” de la cosa, en el caso de que el “vendedor” viva durante mucho tiempo. El contrato de juego es de esta segunda especie.

De toda esta cita, se puede deducir a primera vista, la confrontación de dos diferentes aspectos de los contratos denominados aleatorios. Por un lado, la consideración de la asunción del riesgo como “prestación” que efectúa un sujeto en beneficio del otro, que se obliga a pagarle un precio o que asume también un riesgo “como si fuera el precio” de los que la otra asume. Por otro lado, la distinción de dos especies distintas de contratos aleatorios. A éste segundo aspecto será al que nos dediquemos en los apartados que siguen, en tanto que nos remitimos a los comentarios que hemos efectuado en la primera de las aportaciones de las ideas de Pothier, para conectar la otra de las cuestiones apuntadas.

<sup>20</sup> *Oeuvres de Pothier*, cit., t. V, *Traité du contrat du jeu*, n.º 2, p. 365-366.

<sup>21</sup> Sobre el préstamo a la gruesa, ver notas 2 y 17.

<sup>22</sup> El autor hace referencia a otra de sus denominaciones: “*a fonds perdu*”, y se remite sobre su comentario a su *Traité du contrat de constitution*.

### 3.2.2. Un nuevo concepto de contrato.

Si reparamos en la tesis de Pothier, podemos observar que la subclasificación de los contratos aleatorios se efectúa en función de cuántas sean las partes de la relación jurídica que soportan riesgo. Así, mientras en unos contratos cada una de las partes corren algunos riesgos, resulta que en otros es sólo una de ellas la que se expone al mismo.

No obstante, podemos observar que la consideración de ese riesgo que asume, o que asumen los sujetos, no se encuentra sustentado en el hecho de que resulte incierto, al depender de la suerte o el azar, lo que finalmente se deba dar o hacer por ellos. Ciertamente, si así se considerara, el contrato de seguro, se encontraría bien encuadrado en el primero de los grupos fijados por Pothier, precisamente en función de que en el mismo sólo el asegurador se expone a un riesgo en beneficio del asegurado, que se obliga a pagarle la prima o cantidad cierta y determinada de dinero<sup>23</sup>. Riesgo que consistiría en tener que efectuar una prestación si sobreviniera el acontecimiento temido, o siniestro.

No es menos cierto, a su vez, que si se entendiera la asunción del riesgo como el sometimiento a la suerte de la prestación que finalmente se deba efectuar, el contrato de renta vitalicia habría de colocarse, cosa que no se hace, en el primero de los grupos de los que habla el autor, puesto que en tal contrato la prestación del “vendedor” no se encuentra supeditada al azar, sino que consiste en hacer entrega de un capital en dinero, o de cualquier otro bien fijo y determinado, sea cual sea la prestación de la contraparte, y sea cual fuere el resultado del acontecimiento incierto tenido en consideración en el contrato. Ante tal hipótesis, habríamos de concluir diciendo que en esta última especie contractual, es una sola de las partes la que soporta el riesgo, pues ocurre que sólo el “comprador” es el que tiene que satisfacer una prestación más o menos gravosa en función de cuál sea el resultado incierto del acontecimiento considerado.

En definitiva, entendemos que no resulta viable equiparar la consideración de la asunción del riesgo tal como fue establecida en la primera aproximación de las ideas de Pothier -efectuada en los apartados anteriores-, con la que ahora se presenta. La subdivisión de los contratos aleatorios no se encuentra ya representada en la definición que de los mismos se había ofrecido por el autor al encuadrarlos en la clasificación de los contratos en general, ni siquiera responde a las interpretaciones que habíamos hecho de ella para ampliar e integrar su contenido.

Ante tal perspectiva, se nos plantean algunas cuestiones que sucesivamente iremos resolviendo: en primer lugar, averiguar en qué debe consistir la asunción del riesgo en esta segunda aproximación de la doctrina de Pothier; en segundo lugar, si pueden ser compatibles desde alguna perspectiva, ambas ideas del riesgo; en tercer lugar, si siendo incompatibles, cuál resulta más idónea, o si, por el contrario, ambas son adecuadas pero se encuentran referidas a distintos aspectos del contrato, aunque se utilice la misma acepción.

<sup>23</sup> Ver, sin embargo, la posición tomada por Laurent -en notas finales-, donde considera que también es incierta la cantidad que deba satisfacer el asegurado.

### 3.2.3. La consideración del riesgo externo.

Volviendo sobre las dos especies de contratos aleatorios a las que se refiere Pothier, nos detenemos en la primera de ellas para observar que se habla de los riesgos marítimos a los que se somete el asegurador, en beneficio del asegurado que no hace más que pagarle la prima, precio de esos riesgos. Aparece entonces la idea de riesgo como posibilidad de un daño que proviene de la intervención de acontecimientos fortuitos circunscritos a los avatares marinos. Así, el transporte por mar de mercaderías, pudiéndose ver afectado por incontrolados fenómenos que hacían dudar del éxito de la travesía, constituía la base idónea para que los sujetos que se dedicaban a tal actividad celebrasen contratos de seguros marítimos.

La pérdida o destrucción del barco o de las mercancías que se transportaban, constituían el daño que era probable que se produjera; y el riesgo, como posibilidad de ese daño, no era entonces soportado por el dueño, desde el momento en que el contrato que se celebraba garantizaba la reposición o reparación de la pérdida en el caso en que ésta se produjera. Sólo de ésta manera puede entenderse el hecho de que sea solamente el asegurador el que corra los riesgos marítimos, aunque más propiamente no experimenta de manera directa la intervención en su patrimonio de los fenómenos marítimos, sino que la pérdida proviene de tener que reponer los daños que aquéllos producen en el patrimonio del acreedor, o en el de otra persona.

En consecuencia, exponerse a algún riesgo en esta primera clase de contratos aleatorios presupone la existencia de un *riesgo externo* al contrato, que se asume a través de éste mediante el deber de reponer el daño, también externo, en el caso de que sobrevenga.

### 3.2.4. La ausencia del riesgo externo.

En la segunda de las especies de contratos aleatorios de las que trata Pothier, cada una de las partes corren recíprocamente algunos riesgos, así el credirrentista corre el riesgo de no recobrar nada o casi nada a cambio de la cosa que entrega al debirrentista, en caso de morir poco después de haberla entregado; y éste corre el riesgo de tener que pagar al credirrentista el doble o el triple del valor que tiene la cosa que recibe, en el caso de que viva durante mucho tiempo.

En este supuesto, se puede observar que la asunción del riesgo no viene determinada por el hecho de que las prestaciones de ambas partes se encuentren supeditadas a un evento incierto, pues el credirrentista también corre algún riesgo, aun cuando deba entregar una cosa fija y determinada con independencia de la duración de su vida.

La asunción de algún riesgo tampoco puede equipararse con aquella acepción de riesgo externo a la que se había referido el autor en la otra especie contractual, en la que subdivide a los aleatorios. Es patente que la muerte de una persona no puede considerarse como pérdida, al menos como pérdida patrimonial que pueda ser reparada; ni mucho menos, referirla al mantenimiento temporal de la vida. Pero aunque así se pudiera entender, no se trataría más que de una valoración económica por unidad de tiempo como representación enteramente subjetiva y arbitraria del “daño” que significa seguir viviendo. Sólo así entendido podríamos decir que la asunción del riesgo se asimila a la acepción de riesgo externo vista para la primera especie de contratos aleatorios; pero en tal caso tendríamos también que llegar a la conclusión de que dicho riesgo sólo es soportado por una sola

de las partes, y no por cada una de ellas, puesto que sólo el debrirrentista asumiría el riesgo de tener que pagar una cantidad para reparar el daño que ocasiona la duración más o menos extensa de la vida del credirrentista<sup>24</sup>.

Con mayor claridad podemos observar que el riesgo tal y como se entiende en esta segunda clase de contratos aleatorios, no se corresponde con la consideración de la asunción de un riesgo externo, cuando nos asomamos al contrato de juego. Efectivamente, esta especie contractual se incluye entre aquellos contratos aleatorios en los que cada una de las partes corren algunos riesgos, siendo constatable el hecho de que en ellos no existe referencia a ningún probable daño externo, sino, antes bien, el acontecimiento incierto fijado por los sujetos puede estar constituido por el más trivial de los supuestos: los efectos del acontecimiento no son considerados en absoluto por los sujetos que celebran el contrato. En consecuencia, para esta clase de contrato tendríamos que concluir diciendo que ninguna de las partes que lo celebran asumen ningún riesgo, antes que decir, como se pretende, que ambas lo soportan.

### 3.2.5. El riesgo global interno: caracteres.

En la segunda especie de contrato aleatorio a los que Pothier alude en su planteamiento para decir que cada una de las partes asume recíprocamente algún riesgo, éste vendría establecido por la posibilidad de pérdida que deriva de la confrontación entre lo que se da y lo que se recibe como resultado final del contrato. Así, entregando una cosa en el contrato de renta vitalicia, el riesgo para ese sujeto consiste en la posibilidad que existe de no recibir nada o casi nada a cambio de la misma; para el sujeto que recibe el capital o el bien determinado, el riesgo consiste en la posibilidad de tener que entregar algo –rentas– por un valor muy superior al de la cosa recibida. En definitiva, el riesgo que soporta cada una de las partes consistiría en la posibilidad que cada una de ellas tiene de que finalmente lo que se haya tenido que entregar como resultado del contrato tenga un valor superior a lo que se haya recibido a cambio, es decir, en la posibilidad de una disminución patrimonial como consecuencia directa de los efectos del contrato. Riesgo que para diferenciarlo de los hasta ahora analizados, lo podríamos denominar *riesgo global interno*.

En definitiva, si analizamos detenidamente ese riesgo que hemos referido a algunas especies de contratos aleatorios, podemos observar que contiene una serie de características específicas; además de que supone, como cualquier riesgo, una posibilidad de pérdida, entendida en línea de principio como posibilidad de disminución patrimonial.

- En primer lugar, podemos decir que se trata de un riesgo *interno*, para expresar que la posibilidad de pérdida deriva del propio desenvolvimiento del contrato, con independencia de que a su vez pueda o no existir la posibilidad de un daño externo que sea consecuencia del evento considerado y que se trate de reparar con el contrato.

<sup>24</sup> Prescindimos además de la posibilidad de que se trate de dos riesgos externos, cada uno de ellos asumido por cada uno de los sujetos que contrata, para que así se pueda hablar de contratos aleatorios en los que cada una de las partes soporta un riesgo. Ello, que supondría llevar al extremo el supuesto de hecho contemplado por la clasificación, conllevaría a su vez la exclusión como aleatorios de otros contratos en los que simplemente exista una incertidumbre sin que la misma conlleve pérdida o destrucción de bienes económicos.

- Nos hallamos, además, ante la posibilidad de una pérdida referida al momento *final* del contrato, y no a un período o instante temporal que se pueda fijar en el inicio o en el desenvolvimiento posterior de la relación.

- La referencia se efectúa con respecto a cada una de las partes entre las que se entabla la relación, en cuanto que cada una de ellas asumirá algún riesgo; en tal sentido podríamos denominarlo riesgo *bilateral*.

- La pérdida deriva de la confrontación o interrelación entre el valor económico que tenga aquello que se da y aquello que se recibe finalmente del contrato. Por consiguiente, en la medición del riesgo que cada uno de los sujetos soporta, intervienen de manera contrapuesta las *atribuciones patrimoniales que ambas partes efectúan*.

### 3.2.6. (sigue) Presupuestos y consecuencias.

Finalmente, si observamos con detenimiento los anteriores caracteres del riesgo de esta segunda especie de contratos aleatorios, podemos vislumbrar algunos presupuestos y algunas consecuencias que derivan precisamente de la conjugación de aquéllos.

En primer lugar, podemos apreciar que si partimos de las consideraciones de que cada una de las partes corre algún riesgo, y de que éste deriva para cada una de ellas de la confrontación final que se efectúe entre lo que se da y lo que se recibe, debemos presuponer necesariamente que al menos aquello que finalmente una de los sujetos deba dar o hacer no se encuentra totalmente determinado en el momento de la celebración del contrato. *Indeterminación* que va referida a valores económicos, pues es con respecto a ellos entre los que se entabla la confrontación para provocar la posible pérdida.

Dicha indeterminación no puede ser total, sino que se ve necesitada de unos criterios que permitan fijar en un momento posterior cuál deba ser el valor de aquello que finalmente se deba ejecutar. Así, excluyéndose la posibilidad de que la determinación quede a la voluntad unilateral de alguno de los sujetos, precisamente porque ello supondría excluir la posibilidad de pérdida que debe presidir el contrato, se precisa acudir a algún *acontecimiento que resulte incierto* para los sujetos en el momento de celebrar el contrato. En tal sentido, en el contrato de renta vitalicia, situado por Pothier como ejemplo de contrato aleatorio, la duración de la vida más o menos extensa constituirá el criterio determinador.

En segundo lugar, se ha de apreciar también la necesidad de establecer un *tertium genus comparationis* que permita dilucidar cuándo se puede hablar de la producción de una pérdida patrimonial. De esta manera, para el concreto supuesto del contrato de renta vitalicia, y para cualquier otro en el que uno de los sujetos entregue una cosa concreta y determinada en el momento de la celebración del contrato, resultando incierto, en dicho momento, aquello que se recibirá, se hace preciso fijar un concreto valor económico como baremo para medir la pérdida. En tal sentido, partiendo de aquel carácter del riesgo que suponía que el mismo derivaba de la confrontación entre las finales atribuciones patrimoniales, la comparación se produce entre el valor de la atribución fija y el que finalmente resulte tras despejarse la incertidumbre que pesa sobre la otra atribución. En consecuencia,

no tratándose de la entrega de una cantidad de dinero, se precisa entonces hablar del valor que tenga la cosa, para lo cual se viene a utilizar por Pothier la expresión “el precio que tenga la cosa”.

En base a dicho valor fijo se podrá decir que cuando lo que se haya recibido tenga un valor por debajo del mismo se producirá una pérdida; mientras que si significa un valor por encima de aquél, el que experimenta la pérdida es el sujeto que efectúa la entrega.

No obstante, con relación a este aspecto del contrato que ahora tratamos, se hace preciso realizar una especial puntualización en lo que concierne al encuadramiento de toda la elaboración doctrinal de la época en un determinado sistema económico-jurídico. Éste se correspondería con un entendimiento del intercambio de bienes y servicios en un mercado no liberalizado con relación a los precios, por lo que en consecuencia, la alusión que se efectúa al “precio que tenga la cosa” en los contratos aleatorios, al igual que en cualquier otra clase de contratos, deberá remitirse a la consideración del denominado “precio justo” de las cosas<sup>25</sup>.

Y por último, para obtener una completa visión del riesgo que estamos tratando en esta segunda especie de contratos aleatorios, conviene concluir señalando una importante consecuencia que deriva de los anteriores caracteres atribuidos a aquél. Así, partiendo de la consideración del riesgo entendido como disminución patrimonial, y en tanto que en los contratos aleatorios existe posibilidad de pérdida para cada una de las partes, existe también posibilidad de ganancia para cada una de ellas, precisamente contrapuesta. En consecuencia, la pérdida que uno de los sujetos puede sufrir se corresponde exactamente con la ganancia que la otra puede experimentar; y a la inversa, la posibilidad de ganancia de uno es precisamente la posibilidad de pérdida que soporta el otro<sup>26</sup>. Por todo ello podemos concluir diciendo que se trata de un riesgo *recíproco*.

<sup>25</sup> Así, cuando se dice por Pothier que en el contrato de renta vitalicia el riesgo que corre el “comprador” consiste en tener que pagar el doble o el triple del precio de la cosa, en el caso de que el “vendedor” viva mucho tiempo (*Tratado del contrato de juego, op. loc. ult. cit.*), no se puede entender sino referida a ese justo precio que ha de tener la cosa.

La aludida significación se corresponde, además, con la constante exigencia de los autores iusnaturalistas de que siempre se produzca un intercambio equilibrado de los bienes y servicios. El mismo Pothier, al tratar “*de la lesión entre majeurs*” (art. III, & IV, del capítulo primero, de la primera parte, de su Tratado de las obligaciones, *op. cit.*, n° .33 ss., pp. 21-23), la incluye entre los vicios que pueden encontrarse en los contratos, diciendo que se trata de una imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, puesto que ella no ha querido dar lo que ha dado como consecuencia del contrato, sino en la falsa suposición de que lo que ella recibía en su lugar valía otro tanto de lo que ella daba. A tal efecto se considera que “*l'équité doit régner dans les conventions; d'où il suit que, dans les contrats intéressés, dans lesquels l'un des contractans donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de se qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion, que souffre l'un des contractans, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats viciens. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractans donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est viciens, parce qu'il pêche contre l'équité qui y doit régner*” (n° .33). Sin embargo, - observa el autor - en aras de la seguridad y la libertad de comercio, no es posible en el fuero externo exponer la lesión sufrida sino cuando ésta no sea superior a la mitad del precio justo (“*lésion énorme*”) (n° 34).

<sup>26</sup> Si entendiéramos que el riesgo es no sólo la posibilidad de una disminución patrimonial sino también de un aumento dejado de percibir, tendríamos que aceptar que cada uno de los sujetos soporta algún riesgo desde el momento en que sólo uno de los sujetos tuviera la posibilidad de experimentar una disminución patrimonial. Precisamente en cuanto que la no disminución final del patrimonio supondría para la otra el no aumento de su patrimonio, y en consecuencia, una pérdida.

### 3.2.7. Inoperancia de la subclasificación de los contratos aleatorios por la ausencia de unidad en su fundamentación.

Habiendo observado en los anteriores apartados lo que supone la asunción del riesgo en aquellos contratos aleatorios respecto a los cuales Pothier aludía diciendo que “cada una de las partes corren recíprocamente algunos riesgos”, es necesario ahora confrontarla con el riesgo soportado del que trataba dicho autor en relación a aquellos contratos en los que “sólo una de las partes se expone al mismo”, la cual constituye la otra especie en la subclasificación de los aleatorios. Así, habiéndose excluido anteriormente que el riesgo de este último grupo pudiera ser el mismo que el del primero, conviene ahora plantearse si el riesgo analizado en estos últimos epígrafes puede aplicarse a la especie aleatoria en la que sólo uno de los sujetos se expone al mismo.

Hacer compatible en un contrato oneroso la idea de un riesgo que pueda ser asumido por uno de los sujetos que lo celebran, pugna a primera vista, con la igualdad en el intercambio de bienes que se predica de tales contratos; pues, resulta concluyente que si uno sólo de los contratantes es el que tiene posibilidad de experimentar una pérdida con el contrato, no lo celebraría.

Además, si profundizamos en las ideas de Pothier, observamos que se dice que en el contrato de seguros marítimos sólo el asegurador corre los riesgos marítimos y el asegurado no hace más que pagarle el precio de esos riesgos. Esto lo podríamos interpretar de diversas maneras si le aplicamos la conceptualización del que hemos denominado riesgo final en los apartados anteriores.

Una de ellas, sería entender que la posibilidad de pérdida que soporta el asegurador le viene dada por el hecho de que, llegado el acontecimiento temido, lo que él tenga que entregar al asegurado sea de mucho más valor que lo que ha recibido de él en concepto de prima; y que, por su parte, el asegurado no soporta ningún riesgo, en cuanto que la posibilidad de que no sobrevenga el acontecimiento incierto - que supondría para él una pérdida, ya que tiene que efectuar el pago de una cantidad de dinero y no recibir nada a cambio -, no constituye una posibilidad, sino que se trata de una pérdida cierta y determinada, que se materializa en cualquier caso con la entrega de la prima<sup>27</sup>.

Otra posible solución sería aquélla en la que se considerase el estado patrimonial de cada uno de los sujetos que celebran el contrato, antes y después del mismo. Así, mientras el asegurador puede experimentar una pérdida patrimonial, llegado el caso de que sobrevenga el siniestro; el asegurado no tiene posibilidad de experimentar disminución patrimonial alguna, pues si no llega el acontecimiento, su patrimonio no se verá mermado, y si el acontecimiento llegase, el daño provocado vendría compensado con la indemnización que recibiría del asegurador.

Una última manera de ver las cosas sería aquélla en la que, partiendo de la efectiva llegada del acontecimiento incierto tenido en cuenta por los sujetos, se dijese que mientras en unos contratos, como por ejemplo el de seguro, sólo una de las partes - el asegurador - experimenta la pérdida<sup>28</sup>; en

<sup>27</sup> Para lo cual debemos de prescindir de la alusión a los riesgos marítimos que efectúa el autor, para centrarnos en un riesgo que deriva del propio contrato.

<sup>28</sup> Para lo cual radicalizamos el supuesto, teniendo en cuenta únicamente la consecuencia de que llegado el acontecimiento temido, la indemnización sea siempre superior a las cantidades de dinero satisfechas en concepto de primas; aun

otros, como por ejemplo en el caso del contrato de renta vitalicia, cada una de ellas -tanto el creditista como el debrerentista- puede resultar finalmente perjudicado.

No obstante, cada una de las interpretaciones que hemos propuesto para obtener una posible compatibilidad entre las dos especies de contratos aleatorios señaladas por Pothier han sido forzadas al efecto, sin que ninguna de ellas goce de la suficiente consistencia para eludir su crítica. Así, las dos primeras sólo contemplan parcialmente el problema, pues también para el asegurado deriva una posibilidad de pérdida de la celebración del contrato, ya que para entender el riesgo no puede considerarse aisladamente la atribución patrimonial o el estado patrimonial del asegurado, sino que es preciso su confrontación con la atribución final del asegurador.

De esta manera, debemos concluir diciendo que en el primer caso, el asegurado también soporta un riesgo, pues aun cuando la cantidad de dinero que tenga que hacer efectiva en concepto de prima sea cierta y determinada<sup>29</sup>, incluso en el caso de que no llegue el acontecimiento incierto, del contrato también deriva para él la posibilidad de no recibir nada a cambio del efectivo pago de la prima<sup>30</sup>.

Y en el segundo caso, el hecho de que el patrimonio del deudor no se vea finalmente alterado, bien porque no haya sucedido el siniestro, bien porque sucedido, haya sido compensada la destrucción de su patrimonio con la indemnización que recibe del asegurador, no significa más que desplazar la atención a una base material externa al contrato. Así, es cierto que su patrimonio disminuye como consecuencia del contrato, ya que tiene que efectuar, en todo caso, el pago de una cantidad de dinero en concepto de prima; y es igualmente cierto que también soportará la posibilidad de no recibir nada a cambio, por lo que -como en el primer caso- también el asegurado se expone a un riesgo<sup>31</sup>.

En cuanto a la tercera de las interpretaciones que hemos ofrecido anteriormente, tendríamos que decir que se parte de una base errónea. Por un lado, porque se estaría considerando que el acontecimiento incierto es la llegada de la muerte o la llegada del momento de la muerte de una

cuando se deba admitir que en el contrato de seguro no resulta incierto solamente si se habrá de efectuar una indemnización, sino también la cuantía de ésta.

<sup>29</sup> Desafortunadamente a nuestro entender, crítica Laurent (*Principes de droit civil*, t. 27, 3ª. edic., Bruylant-Christopher Cie., Bruxelles, 1878, &. 192, pp. 208-209) la subclasificación de los contratos aleatorios que hiciera Pothier, por considerar que la pérdida también es incierta para el asegurado, no por la contraposición entre lo entregado y lo recibido, sino por la incertidumbre que pretende que existe en las cantidades entregadas como prima. Así, después de referirse a las dos clases de contratos aleatorios, subraya que “sin embargo, en el contrato de seguro la cifra de la prima es fija, pero no se sabe durante cuantos años la pagaré, suponiendo que llegue un siniestro; puede ser un año, o cincuenta. Mi pérdida no es pues cierta, como se pretende, pues la cifra es incierta. Tengo, por consiguiente, una suerte de perder más o menos, y por tanto, tengo también una suerte de ganar más o menos”.

<sup>30</sup> O también, una cantidad de dinero en concepto de indemnización que sea inferior a las abonadas en concepto de primas.

<sup>31</sup> Para criticar de manera expresa la postura de Pothier, Vázquez Gundín (“(comentario) Artículos 1.790 a 1.856 del Código civil”, en *Quintus Mucius Scaevola, Código civil*, t. XXVIII, Instituto ed. Reus, Madrid, 1953, pp. 23-24) trata de la reciprocidad que debe existir en los contratos aleatorios diciendo que el asegurado gana, en cuanto obtiene algo, una suma, que sin el seguro no hubiese obtenido, y desde luego -entiende el autor- una suma superior a la de las primas pagadas.

persona, lo cual es relativamente falso: lo primero por obvio, lo segundo porque la vida humana no se puede prolongar más allá de un período considerable de años. En consecuencia, no se puede decir que el riesgo en el contrato de renta vitalicia recaiga sobre ambos sujetos por el hecho de que en el momento en el que sobreviene la muerte, tanto uno como otro pueden experimentar una pérdida, puesto que estipulado el pago de una renta anual, el debrirrentista no correría ningún riesgo si para ello la vida de la persona tomada en consideración se hubiera de prolongar durante un período de tiempo que es cierto que no se prolongará.

Por otro lado, porque una vez fijado el acontecimiento incierto que se quiera atender en el contrato, habrá de considerarse como incierto cualesquiera de los posibles resultados del mismo, y no solamente aquél que aún no tiene existencia en el momento de celebrarse el contrato. Así, en el seguro, por ejemplo, el siniestro no constituye sino una vertiente del acontecimiento incierto, es decir, uno de sus posibles resultados. En consecuencia, no se puede afirmar, como se pretende, que puesto que con la llegada del acontecimiento sólo el asegurador experimenta la pérdida, sólo él asume un riesgo con la celebración del contrato. Más bien hay que atender a cada uno de los posibles resultados del acontecimiento considerado, entendiendo que celebrado el contrato, tan incierto es que se produzca el siniestro como que no se produzca<sup>32</sup>.

#### 4. CONSECUENCIAS A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente, a modo de conclusión, debemos afirmar que del análisis que hasta este momento hemos realizado de las tesis mantenidas por Pothier, la asunción del riesgo carece de unos caracteres definitorios unitarios, por lo que podríamos decir, a la vista de la imposibilidad de hacerlos compatibles bajo algún criterio, que se trata de diferentes elementos o aspectos que intervienen de una manera peculiar en el estudio de la estructura o el funcionamiento de la relación jurídica que surge de la celebración de un particular contrato, pero que sin embargo han sido confundidos y mezclados por el autor bajo una misma denominación<sup>33</sup>.

Por lo que respecta a la consideración de la asunción del riesgo como elemento estructural de la relación obligatoria, toma una posición a modo de contraprestación del precio que por la misma

<sup>32</sup> A lo que se puede añadir el hecho de que el siniestro no es el único factor incierto, sino que también lo es su entidad, por lo que aun produciéndose, puede ocurrir que la indemnización no supere a la prima. Ver - en notas anteriores - la versión de Laurent para librar el conflicto.

<sup>33</sup> Un grave error de perspectiva que no se supo ver con claridad en la dogmática de épocas postreras, acarreado graves controversias doctrinales y, lo que es peor, confusión, en cuanto que tuvo su trascendencia en la formulación de los preceptos codificados.

A la posición de Pothier se sumarían con posterioridad otros autores, destacadamente Troplong (*Le droit civil*, t. XV, Charles Hingray, Lib.-ed., Paris, 1845, &&. 8 y 6, pp. 226 y 225), el cual, además de acogerse a la subdistinción de los contratos aleatorios, señala que mientras en los conmutativos hay una cosa dada que es el equivalente de una cosa recibida, en los contratos aleatorios la cosa recibida no es sino el precio de un riesgo que ha corrido la persona que recibe; “es el riesgo - dice - el que se vende y se compra”.

Otros autores, en cambio, critican los errores de Pothier. Ver señaladamente, Laurent, *op. cit.*, p. 209; Vázquez Gundín, *op. cit.*, p. 24.

paga el otro sujeto; constituyéndolo, junto con lo que se da o con lo que se obliga a dar, el tercer supuesto posible donde se puede hallar la causa del compromiso.

En cuanto a sus caracteres definitorios, la asunción del riesgo presenta para el autor en estudio una variabilidad antagónica que muestra la percepción del fenómeno desde aspectos contradictorios, bien para referirse a la prestación que depende del azar en su concreta determinación, bien como deber de reparar el posible daño externo al contrato, bien como posibilidad de un resultado perjudicial derivado del contrato al confrontar lo que cada uno de los sujetos da y recibe finalmente del mismo.

RESUMEN: El comentario de las diferentes posturas mantenidas por Pothier en torno al riesgo que caracteriza ciertos contratos es el objeto del presente estudio. El autor circunscribe el contrato aleatorio en función de la comparación que precisa realizar con otros contratos, de esa manera su posición global acerca de los mismos resulta bastante incoherente. A pesar de ello los posteriores debates doctrinales que culminaron con la promulgación del Código civil francés tuvieron por base tales postulados, depurando, pero también consagrando, una buena parte de sus incorrecciones.

ABSTRACT: The article expresses the different posture stand by Pothier to explain some contracts in which the risk is a factor. Of these postures he derives the category of the contracts. The difficulty in the purpose of removing the avatars of hazard to the judicial relation makes his theory look inconsistent, and less globally considered. However, the later doctrinal debates are based on his postulates.

