

Legal |

Análisis Jurídico | Contratos y responsabilidad | Artículo 1 de 1

Suerte

"...Estas consideraciones sirven para mostrar que su configuración y problemas restan de ser sencillos (...) El avance de los juicios derivados de los conflictos que ha traído consigo la pandemia de covid-19 deparará también desafíos sobre la comprensión del amplio campo de los riesgos contractuales, donde la discusión requiere ser profundizada y complejizada según las distintas aristas comprometidas..."

Miércoles, 04 de agosto de 2021 a las 11:40

A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Jaime Alcalde

Hay temas clásicos que reaparecen cada cierto tiempo. Uno de ellos es el [riesgo contractual](#), bajo cuyo concepto se agrupan todas aquellas consecuencias negativas que no se previeron o que sobrevienen durante su ejecución y que inciden sobre la configuración originaria dada por las partes al contenido del contrato. Ese riesgo siempre tiene que asignarse, porque es imposible que sus consecuencias sean inocuas para las partes. De ahí que la propia regla contractual, o bien el derecho dispositivo, tengan el cometido de determinar cuál es la parte que soportará el riesgo o cómo se distribuirá entre ambas, y cuál es la medida en que ese riesgo puede ser atribuido a ellas. Quizás la razón por la cual esta materia ha tenido un tratamiento oscilante en la literatura chilena provenga de que la exposición usual se centra en el riesgo

sobre la subsistencia de la prestación característica del contrato (*periculum rei*), sin ocuparse de manera suficiente de las consecuencias que la imposibilidad sobrevenida, sea total, parcial o temporal y otras vicisitudes, pueden conllevar para la relación jurídica existente entre las partes (*periculum obligationis*).

Los contratos originan asimismo un ámbito donde el control de los sucesos futuros no siempre resulta factible, ni siquiera bajo la técnica de las condiciones. Comúnmente denominado *albur*, esa zona engloba cualquier contingencia favorable o desfavorable que esos sucesos pueden significar para las partes. Como se trata de riesgos externos, la cuestión que interesa al derecho estriba en si esas ganancias o pérdidas quedan o no justificadas por el contrato y pueden ser retenidas por quien las obtuvo o reclamadas cuando no han sido recibidas. Por lo general, el lucro que deriva de la prestación es algo que gestiona por su cuenta el respectivo acreedor, sea que provenga del incremento patrimonial que experimenta al recibir la contraprestación, sea que dicha ganancia provenga de la propia prestación recibida. La pregunta es entonces qué lucros perdidos por el acreedor pueden ser cobrados como perjuicios por su conexión con el ámbito de protección del contrato (art. 1558 CC). Esto exige un análisis de aquello que Jorge Fantuzzi y María Victoria Edwards llaman el "escenario contrafactual", vale decir, determinar "qué habría ocurrido si no hubiese efectuado la conducta que ocasionó el perjuicio", previa fijación de la línea de tiempo

relevante.

Distinto es el caso de los riesgos internos que explican la categoría de los contratos aleatorios, los cuales también han vuelto a despertar interés en el último tiempo por [los sorteos de inmuebles](#) y la posibilidad de efectuar un retiro con cargo a las rentas futuras que la Ley 21.330 prevé a favor de los beneficiarios que hayan optado por una renta vitalicia como forma de pago de su jubilación. Estos contratos se caracterizan por incorporar un riesgo específico que excede las contingencias normales que el tiempo de ejecución depara para el contrato. Sin embargo, la construcción de su régimen jurídico presenta algunas dificultades por la dispersión de las reglas aplicables. De ahí la necesidad de revisar en clave sistemática las normas fundamentales que permiten reconstruir dicha disciplina.

En la literatura comparada, las definiciones de los contratos aleatorios oscilan entre una aproximación funcional y otra estructural: la primera resalta la imposibilidad de determinar al tiempo de la celebración del contrato las ganancias o pérdidas que este supondrá para las partes, mientras que la segunda se centra en el riesgo específico que integra su programa prestacional. El art. 1441 CC opta por una postura intermedia, pues considera que el elemento característico de esta clase de contratos es que la equivalencia entre las prestaciones consiste en "una contingencia incierta de ganancia o pérdida". Jorge López crítica que en los contratos aleatorios exista una equivalencia y que ella pueda consistir en una incertidumbre, puesto que "ningún cálculo racional es factible respecto a las consecuencias económicas que la operación producirá". Esto proviene de que "el destino del contrato aleatorio queda supeditado al azar, a la suerte, a la total incertidumbre".

Para comprender esta definición hay que considerar que el Código Civil subordinó la clasificación de los contratos en conmutativos y aleatorios a aquella que distingue entre contratos onerosos y gratuitos, apartándose del modelo francés (arts. 1104 y 1964) y siguiendo sus fuentes y comentaristas. Esta decisión exige coordinar los arts. 1440 y 1441 CC. Todo contrato oneroso supone una utilidad recíproca, y esa es la idea que el art. 1441 CC expresa con el término "equivalencia", que goza de suficiente respaldo histórico. Ella representa una forma de igualdad en las prestaciones del contrato, la cual se da cuando estas pueden ser comparadas entre sí por el valor de cambio que le atribuyen las partes. Para los contratos conmutativos, ambas prestaciones se miran como equivalentes porque las partes pueden calcular la ventaja o sacrificio que conlleva la operación al momento en que ella se perfecciona. Por su parte, en los contratos aleatorios hay un riesgo originario relacionado con la ventaja económica que se espera obtener. Como señala el código francés después de la reforma de 2016, en ellos "las partes aceptan hacer depender los efectos del contrato, en cuanto a las ventajas o pérdidas que se produzcan, de un evento incierto" (art. 1108 II). Esto significa que consta de manera objetiva que existe un desequilibrio económico entre los distintos resultados posibles del contrato, el cual se produce porque, al contratar, hay una cierta contingencia que no puede ser cabalmente cuantificada, como la duración de la vida de una persona o el predominio de una destreza a la hora de batirse en juego. Es la idea que Pothier expresaba diciendo que los contratos aleatorios basculan sobre el concepto de "precio del riesgo". Para estos efectos resulta indiferente que la prestación incierta de una de las partes experimente variaciones y la otra permanezca inalterada, o que ambas sufran cambios, pero sin guardar simetría entre sí. El elemento relevante es la ruptura del equilibrio inicial entre prestación y precio que descansa sobre el albur que se incorpora como riesgo interno al contrato.

Por eso, la idea de equivalencia a la que acude el código no resulta errada, pues al momento de celebrar ese específico contrato ambas partes pueden obtener indiferenciadamente ventajas o pérdidas, sin que

sea posible anticipar cuál de ellas ganará o perderá. Los llamados “contratos aleatorios colectivos”, basados en la teoría de los grandes números, no desvirtúan esa característica. De forma gráfica, Aldo Boselli señala que la noción de albur designa aquí la “necesidad de un intercambio entre dos riesgos equivalentes”, lo cual permite excluir los contratos leoninos, porque en ellos solo una parte recibe los beneficios y la otra soporta en su integridad las pérdidas, pero sin sujetarse al esquema excepcional del contrato gratuito. Para [Rodrigo de la Vega](#), este albur entraña la concurrencia de tres elementos: envuelve un modelo de aptitud disyuntiva de consecuencias excluyentes (se gana o se pierde); el resultado definitivo depende de la casualidad, y existe ausencia de reciprocidad en el cumplimiento, que se manifiesta en una ejecución de la prestación que excluye todo intercambio, debido a que una parte soportará la pérdida, sin tener la posibilidad de pretender nada a cambio, en tanto que la otra se beneficiará de la ganancia, sin sobrellevar carga alguna (véase, por ejemplo, [SCA Santiago 14-12-2020](#)).

Así pues, el elemento diferenciador de los contratos aleatorios reside en que la medida o consistencia física de una o ambas prestaciones, incluyendo su nacimiento, extensión y extinción, depende de un riesgo internalizado que se puede traducir tanto en una ganancia como en una pérdida para las partes. Ese albur que se incorpora al contrato exige la concurrencia de dos factores: uno económico y otro fáctico. El factor económico se refiere a la cantidad patrimonial expuesta por cada una de las partes, que implica valorar los bienes o servicios que se comprometen por el contrato en relación con la contraprestación que se recibe a cambio. El factor fáctico atañe a la probabilidad que se verifique o no el suceso incierto y que determinará la ganancia o pérdida para los contratantes. Sin ese riesgo esencial y recíproco, no hay contrato aleatorio. La Corte Suprema tuvo ocasión de pronunciarse respecto de estos factores a propósito de la nulidad de un contrato de renta vitalicia ([SCS 25-6-2012](#)). En ese caso, considerando la edad de la beneficiaria de la renta, que tenía 94 años al momento de suscribir la escritura pública respectiva, el contrato solo podía resultar ganancioso si la acreedora sobrepasaba los 106 años, lo cual hacía imposible concluir que existía la voluntad seria y real de celebrar un contrato aleatorio, porque el negocio convenido no envolvía una verdadera incertidumbre sobre la suerte final del contrato y, por ende, carecía de causa (art. 1467 CC).

Los arts. 1813 y 2258 CC permiten clasificar los contratos aleatorios de la misma forma que se hace en el [derecho comparado](#). La clasificación más usual es aquella que distingue entre contratos aleatorios por naturaleza y por voluntad de las partes. En los primeros, la aleatoriedad es una cualidad necesaria de la estructura típica del contrato, dado que supone el motivo principal de las partes para obligarse. Los segundos dan cuenta de una decisión consciente de las partes, quienes se valen del esquema de un contrato conmutativo para insertar en él un riesgo específico que les permite cumplir el propósito práctico que persiguen. El caso más conocido se da respecto de la compraventa, donde no es igual comprar una cosa que no existe, pero se espera que exista (*emptio rei speratae*), que adquirir la suerte (*emptio spei*), como ocurre cuando se compra la captura de peces que logre un pescador. En caso de duda, el contrato se estima condicional y no aleatorio (art. 1813 CC), de manera que este último carácter debe constar de manera inequívoca y ser consecuente con la naturaleza del negocio convenido (arts. 1560 y 1563 CC).

Una antigua sentencia de la Corte Suprema sirve para precisar esta distinción (SCS 11-6-1964). A su juicio, el contrato por el que se vendió la cosecha de manzanas de un fundo, correspondiente a un determinado año, y que se calculó aproximadamente en cierto número de cajas, no puede ser considerada una venta a suerte por la sola circunstancia de que el vendedor otorgó como garantía cuatro letras de cambio por la misma suma que había recibido como anticipo del precio. Ese hecho demostraba que el propósito de las partes no era el de celebrar una venta aleatoria sujeta a la contingencia de una mayor o menor producción, sino que el vendedor se obligaba a restituir parte de dicho anticipo si la producción era distinta

de la que se había calculado. Así se corroboraba además porque se había pactado un mayor precio para el evento de una sobreproducción, lo que significaba que el contrato contenía mecanismos de ajuste entre las prestaciones de ambas partes. La consecuencia de esta calificación fue que no existía incumplimiento de la parte vendedora por el hecho de no haberse completado el número de cajas de manzanas que se previó, ya que la venta de una cosa futura involucra un cierto margen de indeterminación que es propio de cualquier contrato condicional (art. 1486 CC). Algo similar resolvió la misma corte respecto de un contrato donde se había estipulado que la forma de distribuir los ingresos percibidos por la venta de unos cursos de capacitación consistía en que el excedente, hechos los pagos señalados al prestador de esos servicios, correspondía a los honorarios del encargado de buscar los interesados en contratarlos. Ahí se concluyó que el hecho de que una de las partes asuma un mayor riesgo externo no transforma el contrato en aleatorio ([SCS 4-7-2007](#)).

Los contratos aleatorios por naturaleza presentan una dificultad adicional, puesto que cabe distinguir entre aquellos que tienen una determinada tipicidad legal y otros donde resulta necesario analizar la concreta regla contractual que las partes convinieron. La ley se ocupa de regular de modo específico ciertos contratos aleatorios por su reiteración o habitualidad en el tráfico. De ahí que el art. 2258 CC enumere "los principales contratos aleatorios". Además de los seis que menciona esa norma, hay otros que también tienen alguna regulación legal más o menos detallada, a veces incluso para prohibirlos (por ejemplo, los juegos de azar o las tontinas). Así sucede con la venta de un usufructo, la cesión de derechos hereditarios y derechos litigiosos, la venta con riesgo de evicción de cargo del comprador y la fianza remunerada. Pero junto con estos contratos aleatorios típicos existen otros donde la aleatoriedad pasa a ser un elemento esencial de su estructura, por la concreta configuración que las partes dieron a la operación económica que celebraron. El art. 1813 CC menciona esta posibilidad solo respecto de la compraventa, pero la regla puede ser extendida igualmente a otros casos. Esto significa que son también contratos aleatorios aquellos en que por la naturaleza del contrato aparezca que se negoció la suerte y no la razonable esperanza de que la prestación fuese posible al tiempo del cumplimiento. De hecho, se admite que ciertos mandatos puedan revestir ese carácter y se concluye que los contratos condicionales (no así las obligaciones sujetas a condición) tienen un funcionamiento idéntico al de los contratos aleatorios cuando la incertidumbre reside en deber o no deber. Paradigmático es el caso de los contratos por diferencia propios del mercado de capitales.

Con todo, la partición entre contratos conmutativos y aleatorios no resulta suficiente para explicar el desenvolvimiento de algunos contratos que suponen un riesgo externo más intenso, pero que no incide sobre la estructura prestacional del contrato. Messineo menciona dentro de este grupo los contratos de arrendamiento de cosas fructíferas, de obra, de suministro y de transporte. En todos estos contratos [hay un riesgo inherente a la prestación y otro que la excede](#), pero que queda organizado por la regla contractual y debe ser soportado por una de las partes, sin afectar el equilibrio económico del contrato. El límite reside en la gestión razonable de esos riesgos por parte del deudor. Por ejemplo, el [art. 2003 CC](#) señala que el contratista que ha convenido la obra a suma alzada no puede pedir un aumento de precio por los riesgos propios de su actividad (como el encarecimiento de los jornales o materiales derivado del aumento del costo de la vida), pero sí cuando acecen circunstancias extraordinarias que escapan del fin de protección del contrato (por ejemplo, un vicio oculto del suelo u otros sucesos de difícil predicción o control). De igual forma, la regulación del contrato de suministro en el derecho comparado incluye una regla que delimita cuál es el contenido de la obligación del cliente, para que la provisión no quede entregada a su arbitrio. El principio en este punto es que, si no se ha estipulado nada respecto de la entidad de las prestaciones a ser cumplidas por el proveedor durante períodos determinados, el contrato

se entiende celebrado según las necesidades normales del cliente al tiempo de su celebración.

Mucho más se podría decir sobre el riesgo contractual y los contratos aleatorios, también desde la perspectiva sociológica de la aceptación del azar, pero estas consideraciones sirven para mostrar que [su configuración y problemas restan de ser sencillos](#). Además, la figura tiene una mayor presencia en el tráfico de la que se cree. El avance de los juicios derivados de los conflictos que ha traído consigo la pandemia de covid-19 deparará también desafíos sobre la comprensión del amplio campo de los riesgos contractuales, donde la discusión requiere ser profundizada y complejizada según las distintas aristas comprometidas.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online