

Sobre la definición de contrato aleatorio y sus implicancias legales

Walter Vásquez Rebaza*

Resumen: El presente artículo tiene como propósito principal esclarecer el concepto de contrato aleatorio en el marco del sistema legal peruano, así como puntualizar algunas de las principales consecuencias jurídicas de dicha categoría. A tales fines, se hará hincapié en ciertas nociones relevantes, tales como la noción de riesgo y alea normal. Este artículo analiza también la dispersa regulación del Código Civil que alude al contrato aleatorio.

Abstract: The main purpose of this article is to clarify the concept of "aleatory contract" within the framework of the Peruvian legal system, as well as to highlight some of its main legal consequences. To achieve this goal, it will emphasize certain relevant notions, such as the notion of risk and normal alea. The article also analyzes the scattered regulation of the Civil Code related to aleatory contracts.

Palabras clave: Derecho Civil; Contratos; Contrato aleatorio; Riesgo contractual.

Keywords: Civil Law; Contracts; Aleatory contract; Contractual risk.

* Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Business Affairs Counsel para Latinoamérica en Hitachi Rail STS.

I. Introducción

El Código Civil peruano no contiene una definición de contrato aleatorio. Tampoco se aprecia en doctrina nacional una conceptualización precisa de lo que debe entenderse por dicha categoría. Pese a ello, la legislación peruana enuncia y regula múltiples contratos típicamente aleatorios, tales como la compraventa de esperanza incierta (*emptio spei*), el seguro, el corretaje o intermediación, la renta vitalicia, el juego y apuesta permitidos, algunas operaciones respecto a bienes litigiosos y la transacción librada a la suerte. También presentan el carácter de aleatoriedad las siguientes estructuras conocidas en la praxis transaccional: contratos de servicios con bono de éxito, usufructos vitalicios, contratos con fondos de inversión de renta variable, arrendamientos con renta variable en función de los ingresos del establecimiento comercial, subcontratos de construcción *pay-if-paid*, algunas promesas del hecho del tercero, contratos de obra sujetos a comisión y, en general, las modalidades de contratación donde el deudor configure su prestación principal mediante imponderables.

Por su parte, el Código Civil se refiere al carácter aleatorio de un contrato en la disciplina de la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1441 inciso 2) y de la lesión (artículo 1447).

Se hace entonces imperativo proponer una definición de la categoría aplicable a nuestro sistema legal, tarea a la que dedicaremos el presente artículo. La definición de contrato aleatorio que plantearemos permitirá también pronunciarnos sobre la pertinencia de la afirmación recurrente, que aprecia la definición del contrato aleatorio en el hecho dado porque el valor de las ganancias y pérdidas derivadas de la ejecución de prestación y contraprestación no puede ser calculado por las partes al tiempo de la formación del consentimiento. Como se expondrá, consideramos que este planteamiento resulta insatisfactorio, toda vez que la imposibilidad de que los contratantes calculen la relación de cambio no es en realidad componente constante de la definición técnicamente correcta de la categoría, sino una consecuencia frecuente de ésta.

II. Las nociones de riesgo y alea normal

En el ámbito legal-contractual, el riesgo puede ser definido como todo aquel evento cuyo acaecimiento es incierto pero que, si ocurre, genera un impacto económico – positivo o negativo– en por lo menos una de las partes del contrato¹. La materialización de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias en los contratantes. Asignar un riesgo supone definir cuál de las partes –y en qué medida, de ser el caso– sufre o se beneficia de dichas pérdidas o ganancias. Por su parte, asumir un riesgo implica soportar cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad

¹ En base a la filosofía subyacente a la sexta edición del PMBOK, se tiene que el riesgo impacta en por lo menos uno de los objetivos de un proyecto: costo, alcance, calidad o tiempo.

ex-post de cualquier ingreso o egreso que repercuta en la parte contractual en la que se haya colocado el riesgo.

La celebración de todo contrato –desde los más simples hasta los más complejos– ocasiona de manera inexorable que sus autores asuman riesgos, los cuales en sentido muy genérico pueden ser equiparados a la noción de alea. Sin embargo, la sola asignación de un riesgo o alea a través de cláusulas contractuales no dice nada respecto a la calificación y efectos jurídicos propios del contrato que lo regula. Es necesario, por ende, efectuar precisiones sobre la noción y tipologías del alea contractual, para posteriormente desprender sus efectos jurídicos (o la ausencia de estos). A tales fines, acotaremos el discurso al alea que afrontan las partes con ocasión a las operaciones contractuales.

En primer lugar, el alea puede referirse al resultado económico externo que le deja ex post a las partes la ejecución de una relación jurídica, resultado que puede o no estar alineado a las estimaciones que las partes realizaron ex ante, al celebrar el contrato. Visto desde otra perspectiva, solo tras la consumación del contrato o de un tramo de la relación jurídica, las partes podrán conocer con certeza –y en retrospectiva– si el negocio que cerraron ex ante fue patrimonialmente conveniente o no lo fue, y en qué medida lo fue. Empero, bajo el principio *pacta sunt servanda*, la constatación ex post de la conveniencia o inconveniencia económica no les permitirá a los contrayentes a alterar los términos fijados. Por ello, es posible decir que al celebrar el contrato las partes asumieron el riesgo asociado a la conveniencia o inconveniencia económica del resultado patrimonial final que el contrato les reporte.

Nos valdremos de un ejemplo para ilustrar el escenario apenas presentado. Mediante una compraventa, “A” adquiere cierto inmueble de “B” a cambio de una contraprestación dineraria. En tal hipótesis “A” habrá hecho un buen negocio si –tras haber cerrado el negocio– el mercado le atribuye al inmueble un valor mayor con relación a aquel existente al tiempo de celebrar el acuerdo. En cambio, “A” habrá hecho un negocio inconveniente si ocurre lo contrario. Sin embargo, en ninguno de estos casos “A” podrá alterar ni revertir los efectos de la compraventa.

Este tipo de alea no da lugar un contrato aleatorio. La compraventa celebrada entre “A” y “B” seguirá siendo conmutativa.

Un segundo escenario de alea alude a las fluctuaciones económicas u oscilaciones de valor favorables o desfavorables que inciden únicamente en el desenvolvimiento una relación contractual² y que a la vez se caracterizan por ser variables **coyunturales** (en el sentido que no necesariamente habrán de producirse) y **externas** (pues no tienen el rol de determinar la prestación contractual).

Pongamos un ejemplo de este segundo escenario. El centro comercial “A” celebra con el establecimiento “B” un contrato de arrendamiento para fines de tienda ancla por el plazo de 10 años. Al momento de celebrar el contrato, “A” le muestra a “B”

² NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1025-1026.

proyecciones de flujo de clientes en el centro comercial que bordean las 10,000 personas diarias, pero sin garantizar dichos volúmenes. “B” toma como insumo dicha proyección y, sin llevar a cabo estimaciones propias, acepta pagar una renta fija mensual de USD \$ 30,000.00 con reajustes anuales producto de la inflación.

Dos años después, en vista de la construcción de un popular mall en una zona aledaña al centro comercial que opera “A”, el volumen de personas que visita diariamente este último se reduce a 3,000 personas. En tal escenario, la renta que “B” viene pagado (USD \$ 30,000.00) se habrá vuelto más onerosa de lo que inicialmente era, pues la oferta económica fue estructurada para un escenario en el que los visitantes del centro comercial eran 10,000, caso en el cual el aprovechamiento económico del inmueble habría sido considerablemente más rentable que el aprovechamiento resultante del escenario realmente acontecido. Pese a que el negocio celebrado por “B” es mucho menos fructífero que lo esperado, aquel se encontrará sujeto al cumplimiento del arrendamiento, sin poder modificarlo ni desistirse de aquel.

Otro ejemplo del segundo escenario de alea identificada se presenta en contratos de larga duración, como las concesiones para la implementación de un transporte público a través de un sistema de metro. En estos acuerdos, las obligaciones del concesionario frente al Estado son especialmente susceptibles de ser impactadas por acontecimientos sobrevinientes a la celebración del contrato, tal como ocurre con el progreso tecnológico ordinario que provoca cotidianamente la obsolescencia de los equipamientos que ciertos sistemas a cargo del concesionario, con la consiguiente necesidad de modificar la ingeniería del proyecto. En caso estos acontecimientos ocurran, ocasionarán sobrecostos en el cumplimiento del concesionario, sin que por ello éste pueda activar a su favor remedios jurídicos.

Los dos escenarios descritos líneas arriba se encuadran en lo que la doctrina del *civil law* conoce como alea normal, a la cual coloquialmente se denomina en algunos casos como “riesgo de negocio”. Aquella categoría puede ser definida como la “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad” (debido al respeto al *pacta sunt servanda* y la consiguiente ausencia de remedios jurídicos favorables a las partes) conformada por los siguientes riesgos que las partes asumen al celebrar el contrato:

- **Escenario 1:** La conveniencia o inconveniencia del resultado económico *ex post* derivado del despliegue de una relación contractual, la cual se podrá medir tras la consumación (total o parcial) de dicha relación jurídica, pero que se habrá asumido desde el momento del consentimiento (*ex ante*). Aquella coyuntura se debe a factores como los cambios del valor que el mercado le atribuye ciertos bienes o servicios, a estimaciones o cálculos inexactos, frustración de intereses subjetivos y, en general, a alteraciones en las circunstancias sobrevinientes a la celebración del acuerdo.
- **Escenario 2:** Fluctuaciones económicas u oscilaciones de valor que las partes habrán de soportar al momento de poner en marcha su prestación y que podrían hacer que ésta última tenga mayor o menor onerosidad al ser desplegada. El

advenimiento de aquellas fluctuaciones económicas será capaz de alterar el valor económico de prestaciones, aunque ello ocurrirá solo de manera *eventual*, pues semejantes oscilaciones podrían simplemente no darse (en cuyo caso, no afectarán la ejecución contractual).

El riesgo presente en los dos tipos de alea normal es *externo* al contrato porque la común intención de las partes no le atribuye a aquel el rol de individualizar la prestación u objeto contractual. Dicho de otro modo, el alea normal incide en prestaciones ya previamente determinadas por el título constitutivo. Por ende, la autonomía privada de las partes no dictamina que los aspectos esenciales de aquellas prestaciones deban ser necesariamente integradas por el riesgo³.

El alea normal se reputa implícitamente asumida por las partes al ser propia de todo tipo de contrato –por derivar de su naturaleza, de circunstancias o del pacto⁴. La materialización de los eventos de riesgo comprendidos de esta clase de alea no le permite a la parte afectada activar remedio jurídico alguno, configurando una genuina “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad”. En ese sentido:

“Los riesgos externos constitutivos del alea normal provocan modificaciones en las prestaciones de las partes (o en sus patrimonios), como consecuencia de su incidencia en el contrato, pero, a diferencia de lo que ocurre con el resto de riesgos externos fuera del alea normal, éstos no producen la reacción del ordenamiento jurídico. Las consecuencias derivadas de la afección del alea normal en los contratos deben ser asumidas por las partes, sin que sea posible utilizar los mecanismos jurídicos existentes para paliar sus consecuencias. Por esto se ha dicho que el alea normal hace referencia a aquella zona de inmunidad y casi de tolerancia entre el riesgo externo y el concreto contrato celebrado por las partes, porque los ordenamientos consideran que los contratantes deben prever las consecuencias de este alea normal y asumirlas”⁵

Puesto en otros términos, las partes de todo contrato deberán soportar las consecuencias del alea normal en virtud del principio de fuerza vinculante, usualmente formulado mediante el latinazgo *pacta sunt servanda*. El Código Civil acoge esta directriz en la primera oración del artículo 1361, conforme a la cual “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. (...)”. El contenido del principio *pacta sunt servanda* indica que las partes del contrato válido se encuentran sujetas al

³ GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." Estudios sobre teoría general del contrato, Jurista Editores, 2013, p. 115. Según Gabrielli, en estos casos es necesario efectuar una valoración concreta de carácter estadístico sobre la normalidad de la incidencia de ciertos factores de peligro y de ciertos hechos que implican un riesgo económico, conectados con un determinado tipo de contrato. En ese sentido, los contratantes tienen la carga de prever la existencia de aquel margen de riesgo normalmente inherente a cualquier operación económica, en el sentido que las prestaciones pueden volverse más o menos onerosas.

⁴ *Ibid.*, pp. 113 y 114. En cada negocio es posible hallar “una zona de inmunidad y de tolerancia” dentro de la cual los efectos del riesgo extraño pueden considerarse compatibles con la causa. Esta zona viene a ser el alea típica.

⁵ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 234.

reglamento contractual, esto es, obligadas a observar una conducta que se corresponda con el compromiso asumido aun cuando el alea normal determine que un negocio resultó inconveniente o la prestación devino en onerosa. Consecuentemente, actúa contra el principio examinado el contratante que, unilateralmente y sin el respaldo del pacto o de la ley, pretende modificar o quedar liberado del contrato que le resulta económicamente inconveniente u oneroso. Quien actúa de forma inconsistente con el principio se expone a la aplicación de remedios jurídicos. Dice, al respecto, Escobar:

“Si por contrato A promete transferir a B el recurso X o pagar a C la suma Y, A no puede retractarse, no puede retener el recurso X o la suma Y. Si A se niega a transferir el recurso X o la suma Y, entonces B o C, según el caso, puede solicitar la intervención del Estado para obtener, a través del aparato legal, el recurso X o la suma Y. Todo contrato es, en consecuencia, coactivo”⁶.

Usualmente el alea normal está conformada por riesgos previsibles, los cuales en un mundo ideal son identificados, evaluados y asignados por las partes en el programa negocial, en uso de la autonomía privada. Empero, la aludida clase de alea también podría derivar de riesgos imprevisibles, siempre que por sí mismos estos no colmen el supuesto de hecho detonante de la aplicación de remedios jurídicos contractuales o legales. Así, por ejemplo, un evento imprevisible que no sea extraordinario y que no ocasione un impacto económico capaz de ser calificado como excesiva onerosidad para efectos del artículo 1440 del Código Civil, formará parte del alea normal de la parte afectada por semejante evento. Estamos entonces ante un riesgo ínsito a la operación contractual puesta en marcha, aunque este se encuentra acotado por normas como la excesiva onerosidad sobreviniente, que le conceden a las partes remedios jurídicos.

Ahora bien, el alea normal que asumirá una parte también podría estar conformada por riesgos cuya verificación depende de su contraparte, siempre y cuando esta última actúe de manera razonable y de buena fe. Veamos un ejemplo. Así, “S” y “C” son dos consorciados que tienen a su cargo, respectivamente, trabajos electromecánicos y obras civiles para un proyecto llave en mano que habrán de entregar a un cliente común. Es el caso que la secuencia lógica de ejecución de los trabajos combinados determina que “C” deberá realizar primero la obra civil de un cuarto técnico, la cual incluye la colocación de una capa de pintura, posteriormente, “S” realizará la instalación de sistemas electromecánicos en el cuarto técnico y, finalmente, “C” deberá realizar el pintado final de la estructura.

Ocurrió que “S” provocó deterioros mínimos y ordinarios (esto es, dentro del margen de lo técnicamente tolerable para esta actividad) en la primera capa de pintura colocada por “C”, con ocasión a los trabajos a su cargo. Para corregir los deterioros provocados por “S”, “C” se vio ante la necesidad de efectuar mayores cantidades de pintado final que aquellas que había previsto. En tal hipótesis, la corrección de los

⁶ ESCOBAR, Freddy. “Contratos”. *Fundamentos económicos, morales y legales*. Lima: Palestra, 2020, p. 110.

deterioros producidos por “S” formará parte del alea normal de “C” asumida en virtud de su contrato con el cliente.

En efecto, al celebrar el contrato con el cliente, “C” asumió el riesgo de que el contratista de sistemas electromecánicos, quien previsiblemente habría de montar sus sistemas en el cuarto técnico para poder entregar el proyecto llave en mano, realice deterioros mínimos y ordinarios con ocasión a sus trabajos. Dicho de otra forma, al celebrar el contrato de obra en consorcio con “S”, “C” no pudo haber estimado razonablemente que su consorciado colocaría sus sistemas sin causar ni la más mínima turbación en los trabajos de “C”. Luego, el sobrecosto derivado de los desperfectos provocados por “S” en el caso concreto corre a cuenta de “C”, sin que ésta tenga derecho a activar remedio alguno a su favor contra “S” ni contra el cliente. Simplemente, “C” debió haber considerado en su oferta económica el riesgo constituido por los deterioros previsibles.

En cambio, no se ubican *prima facie* dentro del alea normal los acontecimientos que suponen un incumplimiento imputable de alguna de las partes, independientemente de cuál sea el factor de atribución aplicable. Así, en el caso anterior, “C” no deberá corregir a su costo un deterioro derivado de la negligencia grave acreditada de uno de los operarios de “S”.

El alea normal se manifiesta con enorme incidencia en contratos de larga duración o de duración prolongada, aunque no se limita aquel ámbito. Los contratos de larga duración se caracterizan por lo extenso de su plazo y la frecuente complejidad de la transacción contenida en aquel⁷. Se trata de acuerdos especialmente susceptibles a sufrir cambios que alteren su equilibrio económico pues, mientras más larga es la duración de una relación jurídica mayor es la exposición de las partes a la materialización de riesgos que generen que el contrato se convierta en más oneroso para una de las partes⁸.

⁷ MOMBERG, Rodrigo y PINO, Alberto. "Los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales". Revista Chilena de Derecho Privado, vol. 30, 2018, p. 171.

⁸ HENRIK, Hans. "Imbalance in Long Term Commercial Contracts." European Review of Contract Law, vol. 5, no. 4, 2009, pp. 427-445. Y ello ocurre sin perjuicio de las cláusulas que las partes incluyan para lidiar con la imprevisión, dado que aun cuando se establezcan mecanismos para afrontar ciertas eventualidades, cuanto más complejo es el contrato los mecanismos contractuales pueden no resultar suficientes para afrontar eventos inesperados (Henrik, 2009, p. 428).

En suma, todos los contratos del mercado se encuentran expuestos al alea normal. La asunción de este riesgo no convierte a un acuerdo en aleatorio⁹¹⁰. Estamos entonces frente a una polisemia relativa a la palabra alea, que podría llevarnos a confusiones sobre la noción que en estas líneas buscamos esclarecer.

III. Noción de contrato aleatorio

i. Generalidades sobre el contrato aleatorio

En los contratos aleatorios, el riesgo (o mejor, una clase peculiar de riesgo que denominaremos como “riesgo cualificado”) no solo es jurídicamente relevante, sino que juega un papel protagónico en la operación. Este rol se encuentra presente desde la etimología del término alea¹¹, pues aquel alude a un juego de azar realizado con dados, el cual habría sido inventado en tiempos de la guerra de Troya por un soldado llamado –precisamente– Alea¹². Como se aprecia, la aleatoriedad apela a la suerte para la propia configuración de promesa contractual. Este procedimiento es conocido, querido y asumido por los contrayentes.

Los estudios doctrinales que abordan la categoría en examen parten de la definición de Pothier, quien calificaba como aleatorios a “(...) aquellos [contratos] por los cuales uno de los contratantes, sin dar nada por su parte, recibe alguna cosa de la otra, no por liberalidad, sino como precio del riesgo que ha corrido: todos los juegos son contratos de esta naturaleza, lo mismo que las apuestas, y contratos de seguros”¹³. [Corchetes agregados]

La doctrina continental posterior, depurando dicha conceptualización inicial, suele definir a los contratos aleatorios desde dos perspectivas: la perspectiva estructural y aquella funcional.

La primera perspectiva ve al elemento identificador del contrato aleatorio en el criterio de medición cuantitativa de la prestación, el cual consistiría en un “evento futuro y no

⁹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, pp. 1444 y 1445. Según los autores, para quien si la aleatoriedad contractual está presente cuando subsiste incerteza sobre el año o sobre el *quantum* de los efectos jurídicos, esta aleatoriedad no se encuentra presente en el alea normal. Esta última, en cambio, sería antagónica a la sobrevenida onerosidad debida a hechos imprevisibles, que da lugar a las hipótesis de excesiva onerosidad. Como veremos posteriormente, opinamos que la razón por la cual la prestación contractual sometida a alea normal no califica como aleatoria (es decir, no cuenta con alea en sentido jurídico) se debe a que en aquella prestación el riesgo cualificado no cuenta con una función de determinación de uno de los aspectos esenciales o de la entidad de la prestación.

¹⁰ GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." *Estudios sobre teoría general del contrato*, Jurista Editores, 2013, p. 115. En estas hipótesis, la cuestión problemática radica en reconstruir la extensión del alea normal inherente a la operación, valoración que debe ser remitida a la prudente apreciación del juez (Gabrielli, 2013, p. 115).

¹¹ Esta perspectiva no se aleja de lo señalado por: Shinn, 1987, p. 253, para quien la esencia del contrato aleatorio en su origen y naturaleza presente es el alea, la *chance*, el peligro, la incertidumbre. En similar sentido, véase: SCALFI, Gianguido. "Alea". *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 253 y ss., esp. 256.

¹² BALESTRA, Luigi. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, p. 78.

¹³ *Ibid.*, p. 35.

susceptible de ser dominado por la voluntad de las partes, que en determinadas circunstancias puede producir incluso la pérdida del derecho a exigir la prestación, sin que, por el contrario, se extinga el derecho a la correlativa contraprestación”.¹⁴

La perspectiva funcional, en cambio, opta por calificar como aleatorio únicamente a aquellos contratos en los que la asunción del riesgo ha resultado tan esencial que llega a definir *per se* la función económica de la operación. En ese sentido, Nicolò (...) ha aseverado que el alea se configura “como momento esencial del sinalagma que lo condiciona *ab initio*, en el sentido que, necesariamente, el intercambio entre las contraprestaciones se estructura como un intercambio entre una prestación cierta y una prestación incierta por naturaleza, determinable solo con posterioridad a la verificación de un suceso futuro”. Así, la estructura comercial aleatoria adoptaría una función de lucro incierto o función de riesgo.¹⁵

Entre las codificaciones civiles continentales que definen al contrato aleatorio destaca el Código Civil francés el cual¹⁶, tras la Reforma de 2016, dictamina en su artículo 1108 que “(...) [e]s aleatorio [un contrato] cuando las partes acuerdan que los efectos del contrato –tanto si resultan ser ganancias o pérdidas– dependan de un evento incierto”. [Corchetes agregados]¹⁷

A diferencia del modelo legislativo francés, el Código Civil peruano no contiene una definición de la noción que nos ocupa. Sin embargo, dicho cuerpo normativo (y, en general, la legislación peruana) enuncia y regula múltiples contratos típicamente aleatorios¹⁸, tales como la compraventa de esperanza incierta (*emptio spei*), el seguro, el corretaje o intermediación, la renta vitalicia, el juego y apuesta permitidos, la transacción librada a la suerte¹⁹ y algunas operaciones respecto a bienes litigiosos.

¹⁴ BALESTRA, Luigi. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, p. 74.

¹⁵ NICOLÒ, R. "Alea". En *Enciclopedia del Diritto*. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1029.

¹⁶ En la redacción original, el Código Civil francés señalaba lo siguiente en su artículo 1964, contenido Título XII “*De los contratos aleatorios*”: “El contrato aleatorio es un pacto recíproco cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y pérdidas para todas las partes o para una o varias de ellas, dependen de un acontecimiento incierto.

Son: El contrato de seguro, el préstamo a la gruesa, el juego y la apuesta, el contrato de renta vitalicia. Los dos primeros se rigen por las leyes marítimas”.

¹⁷ Véase también la redacción del artículo 1790 del Código Civil español, según el cual:

“Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en un tiempo indeterminado”.

En similar sentido, el artículo 1912 del Código Civil de Louisiana dispone lo siguiente: “[u]n contrato es aleatorio cuando, debido a su naturaleza o conforme a la intención de las partes, el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones de las partes, o el resultado del cumplimiento, dependen de un evento incierto”.

¹⁸ Según Giandomenico (citado por Gabrielli 2013, p. 108), “[s]on contratos aleatorios por su naturaleza aquellos que por el tipo legislativo ya son tales, estando inserta el alea contractual en su función abstracta”. Véase en: GABRIELLI, Enrico. "Los contratos aleatorios." *Estudios sobre teoría general del contrato*, Jurista Editores, 2013, p. 108.

¹⁹ Código Civil peruano. Artículo 1311.- “Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título”.

Sobre este último punto, destaca la resolución de la Corte Suprema del 17 de enero de 2019 (Expediente: 002238-2017), la cual en su consideración decimocuarta señala lo siguiente:

“(…) de los argumentos expuestos, se puede colegir en primer término que el comprador Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS conocía que el bien inmueble que adquiriría era un **bien litigioso**, ello se puede concluir de la sola lectura de la cláusula quinta del contrato objeto de ineficacia. Siendo así, de lo expresado en dicha cláusula se puede afirmar que el contrato suscrito entre el Banco y la Institución Pública **era un contrato aleatorio, en la medida de que el resultado económico no era cierto, pues dependía de un factor que ocurriría de todos modos, pero no se sabía cuándo ni cuál sería el resultado, (a saber, el pronunciamiento final de juzgador respecto de la nulidad de remate a través del cual el Banco había adquirido la propiedad del inmueble)**. Dentro de ese orden de ideas, resulta evidente que en la medida de que en el propio registro del inmueble constaba que el Banco adquirió la propiedad a través del remate judicial y, además que el propio contrato de compraventa celebrado con el Banco dejaba constancia de la existencia de un proceso de nulidad de remate, no puede sostenerse válidamente que la Institución Pública contaba con buena fe registral, pues conocía perfectamente que el Banco podía perder su calidad de propietario, y que el contrato – a la fecha de celebración de la compraventa – era de carácter aleatorio, toda vez que se encontraba sujeto a que el poder Judicial reafirme la validez del remate y en consecuencia, la vigencia del derecho de propiedad del Banco adquirida a través del remate”. [Énfasis agregado]

También presentan aleatoriedad las siguientes estructuras conocidas en la praxis transaccional: contratos de servicios con bono de éxito, usufructos vitalicios, contratos con fondos de inversión de renta variable, arrendamientos con renta variable en función de los ingresos del establecimiento comercial, subcontratos de construcción *pay-if-paid*, algunas promesas del hecho del tercero, las modalidades de contratación donde el deudor configure su promesa contractual mediante imponderables²⁰ y los contratos de servicios sujetos a comisión de éxito²¹.

Sobre este último caso, véase la Opinión N° 011-2017/DTN de OSCE, donde se lee lo siguiente:

²⁰ Ello ocurre, por ejemplo, cuando un contratista que asumió un sistema de fijación de precios a suma alzada haya decidido asumir el riesgo marítimo un proyecto específico, el cual califica en el proyecto específico como incuantificable. Y es que la materialización de dicho riesgo determinará las actividades, equipos e insumos que deberá emplear el contratista para realizar su entregable.

²¹ En los servicios con bono de éxito, la función de la aleatoriedad reside en alinear los intereses del prestador a los intereses del cliente, en tanto el beneficio de este último (sobre el cual tendrá incidencia parcial la actividad del prestador) impactará positivamente en el patrimonio del prestador, quien recibirá la comisión. Se genera de esta forma en el deudor los incentivos necesarios para extremar los esfuerzos –incluso más allá de los márgenes de la diligencia ordinaria– de cara a la obtención de un resultado esperado por el acreedor, aunque este resultado final esperado por el cliente no forme parte del débito.

“Cabe indicar que la “comisión de éxito” es un costo que no incide directamente en la prestación del servicio contratado, ya que está referido a un hecho aleatorio al desenvolvimiento de las facultades del contratista, el cual es, un resultado ajeno al cumplimiento del contrato. A partir de lo señalado podemos inferir que si bien los contratos comprendidos en el numeral 6 del artículo 14 del Reglamento pueden considerarse conmutativos, dado que en ellos se evidencian prestaciones claramente definidas e invariables (brindar un servicio diligente a cambio de un honorario fijo), puede distinguirse, además, la presencia de un elemento propio de un contrato aleatorio como lo es el riesgo, el cual se manifiesta en la posibilidad de que el contratista puede reclamar -o no- la comisión de éxito, dependiendo del resultado que este consiga.

De esta manera, las contrataciones que contemplan el pago de una comisión de éxito revisten características particulares, pues no solo tienen una naturaleza meramente conmutativa, sino que además poseen un elemento aleatorio. En esa medida, su tratamiento deberá obedecer a las particularidades que presentada uno de sus componentes”.

Pese a la conclusión referida, la Opinión de OSCE incluye a la comisión de éxito (que identifica como “elemento propio de un contrato aleatorio”) como un monto computable en la base de cálculo para la carta fianza de fiel cumplimiento.

Por otro lado, nuestro Código Civil se refiere al carácter aleatorio de un contrato en la disciplina de la excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1441 inciso 2) y de la lesión (artículo 1447).

En vista de la presencia del fenómeno que nos convoca en nuestro sistema legal, se hace imperativo proponer una definición de aquel que resulte satisfactoria.

ii. Sobre la definición de contrato aleatorio

De entrada, observamos que la tendencia funcional respecto a la noción del contrato aleatorio no parece hallar recepción en el Código Civil peruano. Ello se debe a que este cuerpo normativo concibe a la compraventa de esperanza incierta y la transacción librada a la suerte, contratos indiscutiblemente aleatorios, como tipos negociales con una función económica típica de intercambio entre cosa y precio²² y de resolución de la litis, respectivamente. Así, a ojos de nuestro legislador, pese a la evidente presencia de componentes aleatorios esenciales en la compraventa de esperanza incierta y en la transacción librada a la suerte, estos esquemas no llegan a contar con una función aleatoria (por algunos denominada como función de lucro incierto). Dicha función no puede ser entonces el rasgo definidor del contrato aleatorio, al no estar presente ni siquiera en los contratos típicamente aleatorios.

²² En esta línea, para el caso de la compraventa de esperanza incierta, se ha aseverado que la razón que mueve a las partes a contratar es el intercambio de cosa con precio, y no simplemente el intento de apostar (Franzoni, 2012, p. 177). Véase en: FRANZONI, Massimo. "El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios". En *Contratos aleatorios*, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, pp. 171-194.

De manera genérica, creemos que la tendencia que explica de mejor forma el fenómeno de la aleatoriedad contractual es aquella estructural. Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones necesarias para entender correctamente los alcances de la noción de nos ocupa. En primer lugar, debemos partir de la noción de objeto de contrato, al cual definiremos como la prestación contractual principal²³ –entendida en sentido amplio– tal como fue programada por el acto de autonomía privada. El objeto del contrato cuenta con diversos aspectos esenciales. Se trata de aquellas variables constantes cuya individualización por la autonomía privada resulta mínimamente suficiente para la configuración y funcionamiento de la prestación en la operación contractual.

Entre estos aspectos esenciales del objeto encontramos los siguientes: (i) la individualización de la prestación, (ii) la cantidad, (iii) la calidad y (iv) la oportunidad de ejecución²⁴.

- La *individualización de la prestación*, que responde a la pregunta *¿qué es lo que...?*
- La *cantidad de prestación*, que responde a la pregunta *¿cuánto...?*
- La *calidad de prestación*, que responde a la pregunta *¿cómo...?*
- La *temporalidad de la prestación*, que responde a la pregunta *¿cuándo...?*

En el ámbito de las obligaciones contractuales, los aspectos anteriormente listados deben *prima facie* ser fijados por la autonomía privada. Ello en la medida que —junto con la contraprestación, cuando corresponda— tales aspectos integran el núcleo que viabiliza el funcionamiento mínimo de operaciones negociales que los contienen.

Teniendo en mente la noción de objeto antes expuesta y anticipando su estrecha relación con la definición objeto de este trabajo, pasaremos –en segundo lugar– a presentar la definición de contrato aleatorio que estimamos como correcta.

Para que se configure un contrato aleatorio, conforme al reglamento de intereses, el alea debe inexorablemente incidir directamente en la configuración del objeto del contrato (o prestación contractual). Esta idea ya había sido destacada por Nicolò, para quien

“El alea convencional puede (...) desarrollar un rol más comprometedor cuando **la asunción del riesgo concierna directamente al objeto del contrato** y ponga en

²³ A tales efectos, entendemos que la prestación puede incluir tanto a la actividad en sí misma considerada como a su resultado debido, según sea el caso.

²⁴ Nos hemos centrado en aquellos aspectos constantes. Se trata de elementos indispensables para la configuración legal de cualquier obligación de hacer, en tanto supeditan su funcionamiento económico mínimo. Sin embargo, podría haber otros elementos necesarios para la operatividad del negocio según la común intención de las partes y la operación concreta. Ello ocurriría por ejemplo con la ubicuidad, que precisa el sitio o sitios geográficos donde el deudor deberá ejecutar la prestación. Este componente parece no ser constante puesto que, en la sociedad actual, sobre todo para la ejecución de prestaciones de hacer inmateriales podría llegar a ser irrelevante el lugar del cumplimiento. Otro aspecto coyuntural es la individualidad del deudor, el cual cobra relevancia jurídica solo en las obligaciones infungibles.

tela de juicio la entidad de la prestación de una de las partes o incluso la existencia de la misma.

Aquí el alea no concierne solo un modo de ejecución de la prestación de una de las partes, dificultad de cumplimiento o vicios del objeto, previsión de lucro y similares, sino que **incide directamente sobre una u otra de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, de quise que, en correspondencia con la verificación o no de determinados eventos, cambia el aspecto cuantitativo de la cosa debida por una de las partes o incluso decae el mismo deber de prestación**²⁵. [Énfasis agregado]

En similar dirección –aunque apelando a la distinción de la categoría que nos ocupa y la de los contratos condicionados–,²⁶ Valsecchi (1954, pp. 26 y 27) puntualiza la influencia del evento de riesgo en los compromisos de por lo menos una de las partes del contrato aleatorio. En palabras del autor:

“El contrato aleatorio, como el contrato condicionado, se basa en la **deducción en el contenido contractual de un acontecimiento futuro e incierto**, el cual se refleja con diversos efectos en los dos tipos de negocios. Mientras en el contrato condicionado, la verificación o no del evento repercute en la integralidad del negocio, en el sentido que éste se volverá eficaz o cesará de existir, **en el contrato aleatorio, del evento depende únicamente el surgimiento de las obligaciones a cargo de una o de la otra parte**, pese a que el contrato es eficaz desde su nacimiento”²⁷. [Énfasis agregado]

Siguiendo esta tendencia, un contrato será aleatorio cuando, conforme a la programación de intereses, la propia existencia de un componente del objeto del contrato (o prestación) y/o alguno de sus aspectos esenciales es originalmente indeterminada pero determinable (*primera fase*), siendo que su individualización ulterior (*segunda fase*) dependerá necesariamente del acaecimiento de un evento de riesgo optamos por denominar “*riesgo cualificado*”. Este último se caracteriza por su futuridad y carácter fortuito o casual²⁸ así como por incidir de manera preponderante y desigual en las prestaciones de las partes.

²⁵ NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, p. 1028. Pese a ello, el autor considera indispensable la concurrencia del aspecto causal, para la existencia de un verdadero contrato aleatorio. Así, el autor refiere que “el sinalagma contractual presenta sustancialmente un carácter de incerteza, dato que el intercambio no se actúa entre dos prestaciones ciertas, sino entre una prestación cierta y otra que es en definitiva o se teme que sea incierta o simplemente un punto de vista cuantitativo o incluso por un punto de vista cualitativo” (2008, p. 1028). Como se verá supra, no concordamos con este último elemento.

²⁶ VALSECCHI, Emilio. Giuoco e scommessa. Transazione. Italia: Giuffrè, 1954, pp. 26-27.

²⁷ En la misma línea, Scalfi (1987, p. 255) ha señalado que una cosa es que el evento esté conectado a la eficacia del negocio en su integralidad (acá no habrá contrato aleatorio sino condicionado) y otra cosa es que el evento influya en el contenido del contrato, en sentido favorable o desfavorable (hipótesis de contrato aleatorio). Véase en: SCALFI, Gianguido. “Alea”. Digesto delle Discipline Privatistiche. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, p. 255.

²⁸ Pérez (2012) considera que el hecho aleatorio en su dimensión genérica se caracteriza por la futuridad, incertidumbre y contingencialidad. En palabras del autor: “La primera supone que el suceso aleatorio no es actual, sino potencial, puede acontecer o no, en el futuro. La segunda constituye un estado de

La influencia del riesgo cualificado en alguna de las prestaciones debe derivar del tipo de contrato, de la naturaleza de la operación o bien de la común intención de las partes. En cualquier caso, aquel componente ha de ser incluido en el reglamento de intereses del acto constitutivo desde momento del consentimiento.

Según Shinn, es un error considerar que la común intención de las partes puede convertir a un contrato en aleatorio. En palabras del autor:

“El alea es un evento fuera del control de las partes. Si, al momento de contratar, un evento incierto afecta el cumplimiento o el alcance del cumplimiento de cualquiera de las partes, es la naturaleza del evento de condicionamiento, no la intención de las partes, lo que hace al contrato aleatorio. La posibilidad contraria es imposible de establecer. Si, al momento de la contratación, el cumplimiento no depende de un evento incierto (es decir, es uno fuera del control de cualquiera de las partes) ni un intento mutuo magníficamente manifestado de las partes dirigido a tratar al contrato como aleatorio tendría efecto”.²⁹

No compartimos aquel parecer. Es cierto que la mera declaración de voluntad expresada en los títulos o denominaciones de los contratos y cláusulas no puede convertir automáticamente a un contrato en aleatorio, en tanto la categoría es el resultado de una calificación y, por ende, monopolio del Derecho. Empero, las partes que deseen dar vida un negocio aleatorio atípico se encontrarán facultadas para – mediante el uso de su autonomía privada– fijar libremente el evento riesgo cualificado y enlazarlo con alguna de las prestaciones que componen el objeto negocial. Cumplida esa carga, el contrato deberá ser calificado como aleatorio; y lo será porque la común intención de las partes –que a tales fines se suele manifestar mediante una declaración de voluntad expresa³⁰– lo dictaminó de esa forma³¹.

conciencia intermedio entre la necesidad y la imposibilidad. La incertidumbre es además una categoría gradual, no rígida, ni inflexible. Implica una falta de certeza. En tanto, la tercera se identifica con la idea de suerte. Así, el suceso o hecho aleatorio puede significar la posibilidad de perder, sufrir un daño o una adversidad o, todo lo contrario, obtener una ventaja, beneficio o ganancia. La contingencialidad lleva implícita el compuesto binario ganar-perder, es la expresión de una disyuntiva, vinculada al azar, a la suerte”. Véase en FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios. En Contratos aleatorios, coordinado por Pérez, Leonardo, Bogotá: Temis, 2012, pp. 33-48.

²⁹ SHINN, C. (1987). The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, pp. 323.

³⁰ Dice al respecto Toral (2008, p. 222): “Para que las partes concluyan un contrato aleatorio no tipificado se necesita una explícita y positiva declaración de voluntad respecto del riesgo. No es suficiente, como apuntábamos, su conocimiento, y el hecho de aun conociéndolo contratar, para aceptarlo y asumir las consecuencias del alea. En los contratos aleatorios no tipificados es necesaria una declaración explícita de los contratantes, no para impedir la introducción de un riesgo en el contrato, sino para introducirlo. Cuando se perfecciona un contrato aleatorio tipificado en el Código Civil, sin embargo, es innecesaria esta explícita declaración respecto al riesgo, porque en estos contratos el riesgo determinante de la aleatoriedad es inherente al tipo contractual, y la celebración del contrato trae implícita la asunción de su alea típica”. Véase en: TORAL, Estrella. “El contrato de renta vitalicia.” Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008.

³¹ En ese sentido, Franzoni (2012, p. 177) considera que la conversión en aleatorio de un contrato conmutativo típico no genera la nulidad por contraste con las normas del tipo. Esta afirmación se puede aplicar plenamente en nuestro sistema legal para los contratos paritarios con negociación

De otro lado, la extensión del riesgo aleatorio cuenta con fronteras que fluyen de la interpretación de la voluntad declarada de las partes. Por consiguiente, no porque un contrato sea aleatorio la parte a cargo de la prestación originalmente embrionaria asumirá la ocurrencia de absolutamente cualquier evento fortuito imaginable (incluso más allá de lo que las partes pudieron haber contemplado razonablemente al obligarse) que la defina en su contenido. Todo contrato aleatorio distribuye únicamente un riesgo propio –aunque bastante amplificado–, que las partes asumieron al vincularse.

Finalmente, la materialización plena del riesgo cualificado impactará en el equilibrio económico con lo cual tocará la esfera patrimonial de todas partes contractuales y no solo de la que se comprometió a efectuar la prestación contingente. Es inconcebible que el contrato pueda involucrar una ventaja o pérdida para alguna de las partes sin además involucrar una complementaria ventaja o pérdida para la otra³², es decir, el riesgo favorece a una parte y penaliza a la otra en el plano económico.³³

iii. Requisitos para la configuración del riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios

Los contratos aleatorios se caracterizan por la relevancia jurídica de un tipo de riesgo específico al cual denominamos como “riesgo cualificado” o “riesgo aleatorio”, frases que denotan a un riesgo con ciertas características peculiares que lo diferencian de otros riesgos presentes en la fase de ejecución contractual. En palabras de Toral:

“Lo verdaderamente importante, por tanto, es discernir cuál es el riesgo o alea propia de estos contratos [*aleatorios*], pues éste es el elemento típico en torno al cual la categoría se forma y adquiere autónoma relevancia. Una vez determinado este elemento típico de la categoría, y diferenciado del resto de riesgos que afectan a los demás contratos, podremos distinguir y caracterizar con rigurosidad los contratos aleatorios.

Dejando al margen las distintas disquisiciones terminológicas, nos centraremos en determinar las características propias del riesgo que afecta al contrato aleatorio, configurándolo, para distinguirlo del resto de riesgos que afectan a los demás contratos., ¿qué características debe tener un riesgo para que constituya un contrato aleatorio?” [Corchetes agregados]³⁴

En nuestra opinión, para que el contrato sea aleatorio el riesgo cualificado o aleatorio ha de cumplir copulativamente con múltiples elementos configurativos que influyen o en la prestación contractual o en la naturaleza misma del evento aleatorio. Los

individualizada, pero no totalmente a los contratos estandarizados (de adhesión y con cláusulas generales de contratación), conforme a lo señalado en el artículo 1399 del Código Civil.

³² SHINN, C. (1987). The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, pp. 305.

³³ ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 191-182.

³⁴ En la misma línea, Sacco (2016, p. 1442) refiere que el riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios no es ni cualquier evento incierto jurídicamente relevante. Véase en: SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1442.

requisitos del riesgo cualificado, cuya asunción convierte al contrato en aleatorio se agrupan en las dos siguientes categorías:

A. Requisitos relativos al evento de riesgo cualificado

a. Carácter casual o fortuito

El riesgo cualificado que caracteriza a los contratos aleatorios ha de ser casual o fortuito. Desde el momento de celebración de estos acuerdos existe un “factor *sine qua non* de incertidumbre”³⁵. Ello implica que el riesgo asumido por las partes “puede ser un evento completamente fortuito, más allá del poder de la intervención o acción humana, o puede residir en un acto dentro del control de terceras personas”³⁶. En todo caso, debe tratarse de un evento ajeno al exclusivo control razonable de alguno de los contrayentes, esto es, un evento ubicado fuera de sus posibilidades de acción y previsión de los contratantes, además de ajeno a su esfera organizativa.

Aplicando el marco teórico apenas expuesto, supóngase que el Estado “E” y el contratista general “MC” celebran un contrato de construcción para la implementación llave en mano de un terminal portuario. Asimismo, asúmase que “MC” subcontrata a “S” para ejecutar un sistema específico del proyecto de “E”, incorporando en el acuerdo entre ambos una modalidad *pay-if-paid*, según la cual “MC” condiciona el surgimiento de los pagos parciales y final a “S” al evento constituido por el pago de “E” a “MC”, respecto a los entregables del proyecto que cuentan con la intervención de “S”.

Supóngase que “S” culmina satisfactoriamente las obras subcontratadas, las cuales son valorizadas y aprobadas por todos los niveles contractuales competentes. Pese a ello, en aplicación de la cláusula *pay-if-paid*, si “E” no remunera a “MC” por los entregables que contienen las obras subcontratadas a “S”, este último no ostentará el derecho de cobrar por las actividades desplegadas, por idóneas que hayan sido. En efecto, tras celebrar el subcontrato, “S” será titular de una mera *chance* de cobrar por sus trabajos, cuya conversión en un derecho subjetivo crediticio (retribución establece) dependerá de un detonante eventual: el pago de “E”.

Como se advierte, podría ocurrir que “S” deje de percibir no solo la contraprestación que esperaba obtener (valorización de las actividades subcontratadas aprobadas), sino incluso el retorno de su inversión (costos – directos e indirectos afrontados– tales como la compra de insumos y equipos a proveedores y el pago de planillas a su personal). Ello ocurrirá si la oportunidad

³⁵ ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 677.

³⁶ SHINN, C. The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference. En *Loyola Law Review* 33, 1987, p. 297.

de cobrar de “S” se materializa en un sentido desfavorable, es decir, si no se produce el detonante eventual (pago de “E”).

En este tipo de estructuras el derecho a la retribución del subcontratista resulta incierto o contingente en tanto, según la común intención de las partes, su eficacia se encuentra sometida a un detonante eventual, ajeno a su control y previsión: el desembolso del cliente (un tercero respecto al subcontrato) a favor del contratista general. Luego, desde el prisma legal, la contraprestación a favor del subcontratista bajo el subcontrato califica como aleatoria, esto es, como una oportunidad o *chance* dependiente de factores de riesgo cualificados. De este modo, el subcontrato es aleatorio.

Si como resultado del procedimiento *pay-if-paid* no llega a emerger el derecho de crédito del subcontratista, este último no podrá tan siquiera recuperar los costos incurridos en el proyecto mediante una demanda de enriquecimiento sin causa dirigida al cliente³⁷. Y es que si bien las atribuciones de trabajo y materiales provenientes del ejecutor secundario que se incorporaron al proyecto habrán generado una indudable merma en el deudor causalmente vinculada a un incremento patrimonial en el cliente (consecuencia de dicha incorporación), el contrato aleatorio celebrado entre el subcontratista y el contratista general vendría a ser la justificación jurídica (justa causa) que soporta las atribuciones patrimoniales prestadas por el *downstream contractor* (obras subcontratadas).

Cabe agregar que, hoy el día, el alcance de lo que debe entenderse por evento casual o fortuito es tomado de manera flexible. Ello en la medida que se suele aceptar que aquel evento pueda encontrarse parcialmente a disposición de una de las partes del contrato aleatorio y parcialmente a merced de acontecimientos completamente dependientes del azar. Esto se aprecia, por ejemplo, en los contratos de intermediación o corretaje inmobiliario, en los que la comisión del corredor (única contraprestación por sus actividades) dependerá en parte de la decisión del cliente del corredor respecto al cierre del *deal* y en parte de la presentación de ofertas de los interesados además del propio desembolso efectivo del precio por estos últimos.

En los casos apenas planteados, el funcionamiento mínimamente razonable de la operación y una asignación neutral de riesgos determina que la parte que tiene a disposición el evento casual o fortuito deba comportarse de buena fe, lo cual podría implicar que aquella parte deba seguir un curso ordinario de negocios o desplegar actividades razonablemente tendentes a influir o a no influir en el advenimiento del evento. Consecuentemente, la parte que tiene a su disposición el evento casual o fortuito actuará ilegítimamente si, al margen de dicho estándar de buena fe, influye de manera irrazonable en el acaecimiento del

³⁷ DUNCAN WALLACE, Ian. *Hudson's Building and Engineering Contracts. Including the Duties and Liabilities of Architects, Engineers and Surveyors*. 1995, pp. 1364.

evento en pos sus intereses exclusivos y en desmedro de los intereses de la contraparte.

Finalmente, es importante considerar que no será fortuito el riesgo que pueda ser previsto o cuantificado razonablemente por las partes previo al cierre del contrato, aunque aquellas carezcan de control sobre su materialización. Esto ocurre, por ejemplo, en las compraventas en las que las partes dispongan que la cuantificación del precio depende del precio del bien en bolsa a cierta fecha³⁸. Es claro que en este caso el azar no cumple un rol protagónico en la operación, por lo que el contrato califica como conmutativo y no aleatorio.

Otro ejemplo de riesgo previsible que no da lugar a contrato aleatorio. El prestador "A" se compromete a sellar un pozo de emanación de gas ubicado en el terreno de "B", cobrando por ello un precio a suma alzada en base a la estimación de las cantidades de trabajo que calculó previo al momento del consentimiento. La estimación se realiza en base a estudios y muestreos que permiten calcular –aunque sin llegar a una certeza absoluta, según el avance de la técnica– la cantidad de recursos (horas-hombre, horas-máquina y gastos generales) a emplearse para conseguir el resultado requerido. En este ejemplo, "A" asumirá el riesgo de la cantidad de trabajos a emplear para sellar el pozo respecto a las estimaciones efectuadas³⁹. Pero la asunción de dicho riesgo no determinará que el contrato sea aleatorio, pues el impacto en el aspecto cuantitativo de la prestación sí pudo ser previsto o cuantificado razonablemente, hasta donde la técnica lo permite, previo al cierre del acuerdo. De hecho, esta es la forma en que normalmente se cotiza contratos de servicios y construcción, sin que por ello califiquen como aleatorios.

b. Carácter futuro.

El riesgo que caracteriza a la aleatoriedad se relaciona a eventos futuros o de conocibilidad futura. Para ilustrar lo primero piénsese en los ejemplos asociados a la *emptio spei* (compraventa de esperanza incierta), como el caso del pescador "P", quien le vende la totalidad de la pesca del día –independientemente de su propia existencia, calidad y cantidad– a "C", a cambio de S/ \$ 1000.00. En este escenario, será un acontecimiento futuro –posterior al momento de perfeccionamiento del consentimiento (esto es, mientras la relación se encuentra en vías de ejecución) – configurará la pesca del vendedor "P" y, correlativamente, individualizará los bienes que adquirirá "C".

Por otro lado, un evento es de conocibilidad futura cuando, pese a haber ya acaecido y no haber incerteza objetiva, el evento en sí mismo o sus consecuencias solo serán susceptibles de ser conocidas por las partes en la fase de ejecución de la relación jurídica. En esta misma línea, un sector de la doctrina

³⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, p. 203.

³⁹ Ello impactará de manera favorable o desfavorable en su utilidad.

española entiende que la incerteza subjetiva respecto a un evento pasado puede llegar a constituir el riesgo propio de un contrato aleatorio:

“Si el evento es presente o ya ha acaecido, pero los contratantes no tienen conocimiento de su advenimiento, o de su resultado, no deja de ser incierto y puede generar el alea típica de determinados contratos aleatorios. En este supuesto el evento sigue siendo incierto para las partes, y si bien se ha criticado que en estos casos no es el elemento generador de las prestaciones típicas del contrato, no se puede objetar que sí será el elemento de discernimiento de las mismas.

Por estos motivos en determinados contratos aleatorios, por ejemplo la apuesta en la que ambos contratantes desconocen el resultado, se admite la referencia del evento incierto a hechos presentes o pasados, siempre que sean desconocidos por las partes.

Parece defendible, por tanto, que es la incertidumbre subjetiva la que interesa al contrato, porque la voluntad de las partes es la fuente del mismo y su incertidumbre la que debe tomarse en consideración”⁴⁰

Dicho de otro modo, el evento de riesgo será de conocibilidad futura cuando los contratantes ignoren la ocurrencia del evento de riesgo⁴¹ al tiempo de contraer la obligación, pese a que el evento en sí mismo ya haya acaecido. Así, existirá un evento de conocibilidad futura en la venta de un baúl lacrado respecto al cual el vendedor y el comprador ignoran su contenido, pero contemplan la posibilidad –incierta– de que contenga bienes de mayor o menor valor.

El artículo 1942 del Código Civil peruano acoge al carácter de futuridad de los contratos aleatorios, tal como lo hemos entendido, con ocasión al contrato de juego y apuesta permitidos. En efecto, el dispositivo citado dictamina que en el juego y apuesta “el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado, pero desconocido por las partes”. Si bien, el artículo 1927⁴², que disciplina un contrato típico distinto como la renta vitalicia, parece tomar postura por la tesis de la incerteza objetiva del riesgo como requisito *sine qua non* del contrato aleatorio, opinamos que este dispositivo debe entenderse en un sentido excepcional, y ello en pro de la autonomía privada y de los intereses comerciales consolidados en el tráfico jurídico.

⁴⁰ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 226 y 227.

⁴¹ SCALFI, G. "Alea". Digesto delle Discipline Privatistiche. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 1.

⁴² Código Civil. Artículo 1927.- "Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública.

También es nula la renta vitalicia constituida en cabeza de una persona que padece de enfermedad, si murió por efecto directo de ella dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura pública”.

B. Requisitos relativos al impacto del riesgo cualificado en la prestación contractual

a. Función de determinación

En la previsión de las partes, el riesgo cualificado debe asumir una función de determinación⁴³ del contenido de la prestación⁴⁴, rol que ha de ser conocido y querido por las partes. Dicho de otro modo, la prestación comprometida (o su inexistencia) y/o sus aspectos esenciales se definirán solo una vez producido el evento aleatorio, tal como podría ocurrir, por ejemplo, con la llegada a la meta de un caballo vencedor en un hipódromo⁴⁵.

La función de determinación hace que la prestación contractual aleatoria cuente con dos fases:

- **Primera fase.** Se trata de una etapa inmediatamente posterior a la formación del consentimiento, en la cual las partes asignan un mera *chance* u oportunidad coyuntural. En esta fase embrionaria, la prestación contractual –*chance*– se encuentra incompleta o indeterminada en su propia entidad y/o en la de sus elementos esenciales finales, pues está a la espera de definición o estabilización ulterior, la cual de todas maneras habrá de darse en un sentido u otro.
- **Segunda fase.** Este hito se verifica en la etapa de ejecución del contrato. En esta fase, acaece o se materializa el riesgo cualificado y, como consecuencia de ello, la *chance* primigeniamente indefinida se hace cierta (en un sentido u otro), completándose así el contenido de la prestación contractual. Suele afirmarse que recién en este momento será viable la cuantificación económica objetiva de la relación de cambio.

Veamos un ejemplo. El establecimiento “B”, autorizado administrativamente para llevar a cabo juegos y apuestas, organiza un juego de bingo en donde se ofrece al primer ganador de una determinada cartilla la cantidad de USD \$ 15,000 y al segundo ganador, la obligación de pintar su vivienda⁴⁶. La función de determinación de la prestación se aprecia con claridad en este caso, pues

⁴³ BALESTRA, Luigi. “El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2012, pp. 78.

⁴⁴ Tal como refiere Belli (2016, p. 64), este dato reviste mayúscula importancia para distinguir el alea económica y alea jurídica. Mientras la primera refiere al riesgo que el valor de las prestaciones ya determinadas pueda fluctuar en el tiempo, el alea jurídica –que el autor parece equiparar al elemento caracterizador de los contratos aleatorios– se refiere a la indeterminación, bajo el aspecto de la existencia y de la consistencia material, de una o ambas prestaciones contractuales. Véase en: BELLI, Guido. *L’alea contrattuale: Tra autonomia privata e speculazione economica*. Nápoles, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

⁴⁵ ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 682.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 681.

el evento fortuito constituido por la especificación de cierta cartilla como ganadora, individualizará la existencia de uno, de dos o de ningún premio.⁴⁷

Vale la pena añadir que la función de determinación de la prestación hace que el acaecer del evento de riesgo cualificado sea absolutamente necesario – independientemente del cómo se manifieste– para completar el contenido prestacional. La verificación del evento incierto es entonces fundamental, pues de aquel depende la concreción de la estructura y el contenido del contrato. Toral dice al respecto:

“Éste [el evento incierto] podrá realizarse en sentido positivo o negativo, pero esta alternativa deberá acontecer en todo caso, para que así pueda concretarse el contenido y la estructura del contrato.

Si el evento incierto no se produce o su resultado es distinto al previsto por las partes no hay contrato aleatorio, porque resulta imposible determinar las prestaciones de los contratantes, o la estructura misma del contrato. Por ello es fundamental la correcta delimitación del evento incierto.

En este sentido, se ha dicho que el alea en los contratos aleatorios nunca puede tener carácter indeterminado o indeterminable, porque el evento incierto debe realizarse siempre. Este es uno de los rasgos que nos permite diferenciar el alea de los contratos aleatorios del alea normal del contrato y, también, de los contratos condicionados con los que tantas veces se confunde.

Por tanto (...) **el evento incierto debe estar lo suficientemente delimitado para poder concretar la prestación, para operar como criterio de determinación de la misma**⁴⁸. [Énfasis y corchetes agregados]

En este orden de ideas, si el componente aleatorio es solo eventual porque el riesgo involucrado podría no manifestarse en absoluto⁴⁹ sin comprometer el despliegue de las prestaciones contractual, entonces el evento de riesgo no absuelve una genuina función de determinación. Consecuentemente, en estos casos el contrato no es aleatorio. Ello ocurre, por ejemplo, en el acuerdo que contiene un pacto por el que el contratista “A” asume, frente al comitente “B” el riesgo de incrementos del sueldo mínimo de sus operarios pertenecientes a un sindicato de trabajadores a consecuencia de los nuevos convenios colectivos celebrados con el sindicato. En este caso, las prestaciones de “A” y “B” se encontrarán perfectamente determinadas, independientemente de que en el devenir de la relación contractual se

⁴⁷ El autor acepta que el premio en un contrato de juego y apuesta permitido esté dado por prestaciones de dar, hacer y no hacer.

⁴⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 224-225.

⁴⁹ NICOLÒ, R. "Alea". En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, p. 1028.

implemente o no un convenio colectivo. Luego, el evento de alea simplemente no incidirá necesariamente en el objeto del contrato. Este último no requiere indispensablemente de una estabilización mediante el riesgo aleatorio.

En cambio, sí será aleatoria la promesa del hecho de tercero cuando el promitente carece de control y previsión sobre la conducta del tercero. Esto ocurre si el elector "A" le promete al elector "B", a manera de aseveración, que presidente "X" –recientemente proclamado– duplicará el sueldo mínimo durante el primer año de su gestión, caso contrario, "A" se compromete a pagarle S/ 1000 a "B". En este caso, la función asegurativa –o de cobertura de riesgos– del vínculo hace que la prestación del promitente se encuentre supeditada a que el presidente realice o no el hecho prometido en su primer año, coyuntura que necesariamente habrá de acontecer en alguno de los sentidos posibles –sí o no– viabilizando de este modo la configuración de la promesa de "A". En este caso, la determinación de la prestación es entonces indesligable de la ocurrencia del evento incierto. Si éste no acaece de algún modo, el objeto permanecerá incompleto, con las consecuencias legales que de ello se derive.

b. Preponderancia

Para que un acuerdo califique como aleatorio, el componente incierto debe adquirir un carácter preponderante o esencial en el programa contractual, pudiendo en algunos casos llegar incidir en la función económica-individual (causa concreta) de cada contrato aleatorio. Un sector de la doctrina refiere al carácter de preponderancia en los siguientes términos:

"El alea, así entendida, debe venir referida a la prestación fundamental de los contratos. No puede considerarse aleatorio, tampoco, el contrato en el que el alea viene referida sólo a una de las prestaciones accesorias del acuerdo de intereses. Para que el contrato pueda considerarse aleatorio el alea debe referirse a las prestaciones que caracterizan el tipo contractual, a aquellas que nos indican la causa del contrato. Si bien, no es necesario que la incertidumbre incida sobre las prestaciones de todas las partes contratantes, basta con la afección a una de las prestaciones de las partes, siempre que ésta sea principal. Cuando del contrato derive una única prestación, lógicamente debe ser ésta la que resulte afectada por la incertidumbre derivada del evento incierto, lo que permite, en principio, la aleatoriedad de los contratos a título gratuito"⁵⁰ [Énfasis agregado].

La esencialidad de la influencia que tiene el riesgo cualificado en la prestación puede llegar a determinar la calificación del contrato, haciendo que aquel (i) deje de pertenecer a un tipo legal, (ii) pertenezca a un subtipo o (iii) califique como

⁵⁰ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 224.

un esquema atípico, aunque en estos casos es probable que se requiera una declaración expresa⁵¹.

Un ejemplo nos permitirá entender cuándo estamos frente al carácter preponderante del riesgo cualificado que caracteriza a la categoría analizada en el presente estudio. Asumamos que cuatro personas llegan a un acuerdo con el fin de implementar un sistema en ocasiones conocido como “pandero”, para lo cual se comprometen a aportar \$ 100 bimensualmente a un fondo –administrado por “A”, quien a su vez es uno de los aportantes– durante 4 períodos. Cada aporte se efectúa con la expectativa de que cada uno de los aportantes perciba como retorno –fijo e incondicional– el fondo colectado bimestralmente por “A” de todos los partícipes en cada ronda de aportes (esto es, \$ 400). Al tiempo de contratar, “A” procede a efectuar un sorteo –de donde fluye el riesgo cualificado de la operación– para determinar los turnos en que cada partícipe percibirá el fondo agregado por cada período.

En este supuesto, la operación cuenta con un elemento aleatorio: cada aportante entregará y cobrará \$ 400 en diferentes oportunidades siendo que la distinta oportunidad –aleatoria– de repago ocasiona que cada persona reciba valores económicos diversos. En efecto, si “A” obtiene el primer turno, percibirá un valor económico alto, pues dispondrá rápidamente de un capital (bien intrínsecamente fructífero) de \$ 400 con la posibilidad de devolverlo al fondo en el tiempo y sin intereses. En este caso, la suerte ha determinado que “A” obtenga un financiamiento gratuito.

En contraste, el aportante que reciba los \$ 400 en el último turno percibirá un valor comercial inferior al obtenido por el afortunado “A”, al asumir el peso financiero (costo de oportunidad) dado por no haber podido emplear su capital (aportado al fondo) durante cuatro períodos. En este escenario, las circunstancias le atribuyeron a la estructura una mera función de ahorro o custodia para “B”. En vista de que el riesgo cualificado determina si el interés contractual central que la operación satisface es uno de financiamiento o ahorro / custodia (es decir, la suerte define la función de la operación para cada aportante), la estructura contractual califica como aleatoria.

También se verifica la preponderancia de la prestación tocada por el riesgo cualificado en los contratos de arrendamiento inmobiliario de local comercial con renta completamente variable. Ello se debe a que en estos casos la

⁵¹ Dice al respecto Toral (2008, p. 222): “Para que las partes concluyan un contrato aleatorio no tipificado se necesita una explícita y positiva declaración de voluntad respecto del riesgo. No es suficiente, como apuntábamos, su conocimiento, y el hecho de aun conociéndolo contratar, para aceptarlo y asumir las consecuencias del alea. En los contratos aleatorios no tipificados es necesaria una declaración explícita de los contratantes, no para impedir la introducción de un riesgo en el contrato, sino para introducirlo. Cuando se perfecciona un contrato aleatorio tipificado en el Código Civil, sin embargo, es innecesaria esta explícita declaración respecto al riesgo, porque en estos contratos el riesgo determinante de la aleatoriedad es inherente al tipo contractual, y la celebración del contrato trae implícita la asunción de su alea típica”. Véase en: TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 222.

prestación influenciada por dicho riesgo es nada menos que la prestación contractual esencial y sinalagmática del arrendatario.

Si el riesgo aleatorio no estuviese destinado a desplegar un rol preponderante en la operación, sino uno secundario, estaremos frente a un contrato conmutativo, aunque con aspectos aleatorios que no inciden en su calificación. La doctrina suele referirse a estas hipótesis como “alea normal extendida”. Por esta razón, no será aleatoria la compraventa *ad corpus* ni la venta *as-is*, en el sentido que las desviaciones métricas y la presencia de vicios en bienes de segundo uso no concitaron el interés central de las partes, quienes prestan mayor atención al bien en su entidad física global existente.

En suma, las partes pueden insertar en el contenido de un contrato típicamente conmutativo un elemento de alea que cumpla con los requisitos hasta aquí vistos del riesgo cualificado, pero esto no basta para que el contrato califique como aleatorio. En cambio, a tales fines se requerirá que tal elemento aleatorio sea uno esencial, al punto de preponderar sobre los elementos conmutativos de la operación. Si la esencialidad del elemento de alea no está presente, el contrato seguirá siendo conmutativo aunque con un ámbito de alea normal extendida.

Pasando a otro punto, si bien nos parece claro que la situación de incerteza puede incidir en la causa concreta (función económica-individual) de los contratos aleatorios, no creemos que aquella situación se erija como la causa en el cien por ciento negocios que conforman la categoría, al punto de entender a la causa de todo contrato aleatorio como un “intercambio entre una prestación cierta y una prestación por su naturaleza incierta, determinable posteriormente con el acaecimiento de un evento futuro”⁵²

En realidad, la referida función de lucro incierto (función típicamente aleatoria) no siempre se consagra como la función económica de la categoría materia de análisis. Así la venta de esperanza incierta (*emptio spei*), por más aleatoria que

⁵² NICOLÒ, R. “Alea”. En Enciclopedia del Diritto. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1029. Nicolò explicita lo siguiente: “La figura del contrato aleatorio “por voluntad de las partes” se tiene (...) en aquellas hipótesis en las que el propósito de las partes configura el alea, así como ésta se configura en los contratos aleatorios típicos, o sea, como un momento esencial del sinalagma que la condiciona ab initio, en el sentido que necesariamente el intercambio entre las prestaciones contrapuestas se presenta como un intercambio entre una prestación cierta y una prestación por su naturaleza incierta, determinable posteriormente con el acaecimiento de un evento futuro, o bien se pone, como ocurre, por ejemplo, en el juego y apuesta, como el evento que debe determinar el sujeto en definitiva obligado a ejecutar la prestación.

El ejemplo más significativo de semejante propósito de las partes está constituido por la *emptio spei* (...), en la cual, cuando las partes han querido verdaderamente considerar la cosa futura como una spes, susceptible también de permanecer como tal, la configuración del alea es indudablemente tan esencial y tan profundamente connatural al sinalagma, que no puede dudarse que aquí se tiene un contrato aleatorio en sentido técnico, en el cual la función del intercambio se determina, desde su génesis, en relación a la incerteza de una de las prestaciones recíprocas.

No solo se necesita que el alea incida genéricamente en el objeto del contrato (y particularmente en la prestación del vendedor), sino que se necesita que aquella incida de manera esencial y necesaria, en el sentido que la prestación del vendedor es necesariamente incierta y querida como tal por las partes, las cuales son conscientes de hacer depender exclusivamente de un evento futuro la existencia y la entidad de la prestación misma”. (p. 1029)

sea, aún conserva la función típica de toda compraventa: el intercambio entre cosa y precio. Del mismo modo, la transacción librada a la suerte conserva una función económica de solución de la *litis*.

Por otro lado, la posición ahora objetada desvirtuaría la posibilidad de que existan contratos aleatorios de liberalidad, pues en estos –al carecer de intercambio alguno– no podría tener lugar la función de lucro incierto, entendida como intercambio entre prestaciones cierta e incierta. Sin embargo, no parece existir ninguna regla o principio que avale la exclusión de esta importante categoría de contratos del universo de los negocios aleatorios.

c. Influencia desigual o heterogénea

Según la programación de intereses, el evento aleatorio no debe influenciar las prestaciones esenciales de los contratantes ni de manera igual ni de manera proporcional. Puesto en otros términos, para que se configure un contrato aleatorio se precisa que el acaecer del riesgo cualificado impacte de forma desigual, o al menos desproporcional, en una y otra prestación contractual.

Si un evento futuro e incierto influye por igual en ambas prestaciones contractuales no estaremos frente a un acuerdo aleatorio, sino frente a un contrato conmutativo sometido a condición (suspensiva o resolutoria, entendida como modalidad del negocio jurídico)^{53 54}.

Para graficar lo antes mencionado, asumiremos que Beta arrendó a Alfa un departamento de su propiedad ubicado en la ciudad Ómicron. Dado que Alfa no tenía certeza de su mudanza por razones laborales a dicha ciudad, hizo incluir en el contrato de arrendamiento (i) una condición suspensiva por la cual supeditó la eficacia del mismo a la celebración de un contrato de trabajo en la ciudad Ómicron con el empleador Omega (con quien se encontraba en tratativas) y (ii) una condición resolutoria, por la cual el arrendamiento habría de resolverse por cualquier razón de terminación de la relación laboral. De este modo, en función a la celebración del contrato de trabajo entre Alfa y Omega, el contrato de arrendamiento del departamento iba a cobrar o no eficacia.

El contrato de trabajo se llegó a celebrar, razón por la cual el arrendamiento del bien llegó a desplegar sus efectos finales. Sin embargo, tras seis meses de

⁵³ La condición se limita a hacer depender los efectos de un contrato de un evento futuro e incierto. En ese sentido, no secundamos las posiciones según las cuales el condicionamiento de un contrato excluya automáticamente a su calificación como aleatorio. Pero el condicionamiento de solo una prestación sinalagmática –compensada con una prestación cierta– o de dos prestaciones contractuales de forma dispar –como en la apuesta– sí podría dar lugar a genuinos contratos aleatorios.

⁵⁴ En similar sentido, Scalfi (1987, p. 255) ha señalado que una cosa es que el evento esté conectado a la eficacia del negocio (acá no habrá contrato aleatorio sino condicionado) y otra cosa es que el evento influya en el contenido del contrato, en sentido favorable o desfavorable (hipótesis de contrato aleatorio). Cabe aclarar que el autor (Scalfi, 1987, p. 257) entiende al contenido del contrato como sinónimo de prestación. Véase en: SCALFI, G. “Alea”. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 257.

vigencia, la relación laboral de Alfa fue disuelta debido a la quiebra del empleador. Por tal razón, Alfa, quien se vio en la necesidad de mudarse nuevamente a la ciudad donde vivía anteriormente, invocó la condición resolutoria para disolver el contrato de arrendamiento del departamento ubicado en Ómicron.

En este caso tendremos un mero contrato de arrendamiento condicionado, pues el evento futuro e incierto supeditó la eficacia tanto de las prestaciones del arrendador como la de las prestaciones del arrendatario. Un contrato condicionado no necesariamente es aleatorio. Pero un contrato que utiliza la condición de eficacia para influir de manera desigual en por lo menos una de las prestaciones sí podría calificar como aleatorio, tal como ocurre con los contratos de servicios *pay-if-paid*, que condicionan la retribución al pago del tercero-cliente.

Dicho de otra manera, para que exista un contrato aleatorio, el riesgo cualificado –que bien podría regularse contractualmente como una condición de eficacia parcial– debe (i) repercutir únicamente en por lo menos una prestación; o, alternativamente (ii) incidir de manera desigual en dos prestaciones sinalagmáticas, tal como acontece en la apuesta.⁵⁵

Presentaremos, finalmente, un ejemplo de impacto proporcional en las prestaciones contractuales, el cual, precisamente por ser proporcional, no da lugar a contrato aleatorio. Tal hipótesis puede ser apreciada en caso “A” se comprometa a transferir a favor de “B” tantas unidades de mercadería como corresponda según las necesidades objetivas de “B”, a cambio de un precio por cada unidad solicitada por el adquirente. En este caso, el evento incierto constituido por la variación de las necesidades de “B” incidirá bilateralmente en la prestación de ambas partes⁵⁶, pues la contraprestación subirá o bajará proporcionalmente en función a las necesidades del adquirente. Consecuentemente, al existir un impacto proporcional del riesgo cualificado en prestación y contraprestación contractual, no estaremos frente a un contrato aleatorio.

IV. Aleatoriedad contractual y cuantificación económica de la ganancia/pérdida

Se suele afirmar que en un contrato aleatorio el valor de las ganancias y pérdidas derivadas de la ejecución de prestación y contraprestación⁵⁷ no puede ser calculado por las partes al tiempo de la formación del consentimiento. Según esta afirmación, “los contratos aleatorios son aquellos en los que el interés pecuniario no está bien determinado en el momento de la perfección del contrato. Las partes contratantes, en su estipulación, no saben si obtendrán ganancias o pérdidas o cuál será la entidad de

⁵⁵ FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2021, pp. 36.

⁵⁶ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1442.

⁵⁷ FRANZONI, Massimo. “El seguro entre los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2021, pp. 36.

la ganancia o pérdida. Existe, por tanto, una incertidumbre acerca del resultado final del contrato”⁵⁸.

Estimamos, en cambio, que la imposibilidad de que los contratantes calculen la relación de cambio no es en realidad componente constante de la definición correcta del contrato aleatorio, sino solo una consecuencia frecuente de ésta.

Veamos. Es correcto afirmar que, al acudir a una estructura aleatoria, las partes afrontan conscientemente el albur consistente en el costo-beneficio o ganar/perder⁵⁹ que derive del resultado final prestación. Tal como asevera Roppo, “los contratantes asumen el riesgo de ver -por efecto de la casualidad- exagerada la prestación a su cargo, o reducida o incluso anulada la prestación esperada”⁶⁰. Esta última podría adquirir un valor económico enorme, diminuto e incluso inexistente (igual a cero), dependiendo de variables ajenas a la esfera de los contratantes y vinculadas a la suerte.

No se sabe a ciencia cierta qué parte saldrá ganando o perdiendo con el despliegue del programa contractual. En palabras de Franzoni: a través de la asignación del alea, las partes reparten el ganar/perder derivado de la ejecución de la prestación propia (o de la contraparte, en caso corresponda), cuya determinación se verá diferida al momento de materialización del riesgo⁶¹. Y el resultado económico definitivo del contrato dependerá en estas hipótesis de la casualidad.⁶²

En el contrato aleatorio existe entonces una situación coyuntural de ganancia/pérdida que puede revelarse tanto a favor como contra de una persona⁶³. Esta situación que es querida y asumida por los autores del acuerdo. Desde esta perspectiva, un elevado beneficio o perjuicio por un contratante no le habrá *caído del cielo*, sino que será consecuencia de la integración ulterior de una *chance* u oportunidad obtenida mediante el contrato. No se puede hablar entonces de enriquecimiento sin causa, el beneficio tiene claramente un título contractual.

Sin embargo, la imposibilidad de cálculo inicial de la relación de cambio entre prestación y contraprestación no forma parte la noción de contrato aleatorio, sino que es una derivación de las características configurativas de dicha noción, que nos hemos ocupado de presentar.

En realidad, la cuantificación objetiva del valor de las prestaciones contractual solo será viable en la *segunda fase* de la prestación aleatoria, esto es, cuando la prestación no es una mera *chance*, sino que se ha estabilizado su contenido final en todos sus aspectos

⁵⁸ TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 202.

⁵⁹ Denominado “contenido binario” por Leiva, 2000, p. 8. Véase en: LEIVA, Luis. “Un nuevo concepto de alea contractual”. En *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 39, 2000, pp. 8.

⁶⁰ ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 413.

⁶¹ FRANZONI, Massimo. (2012). El seguro entre los contratos aleatorios. En Pérez, Leonardo (Coordinador) *Contratos aleatorios*, pp. 172, Bogotá, Colombia: Temis.

⁶² ALCALDE, J. (2021). Suerte. En *El Mercurio*, pp. 3. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/08/04/suerte.aspx>

⁶³ SCALFI, G. “Alea”. *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Italia: UTET, Sezione Civile, vol. 1, 1987, pp. 255.

esenciales, producto del acaecimiento del evento de riesgo cualificado. Recién en este momento, las partes están en posición de conocer con razonable certeza la magnitud económica de lo dado y de lo recibido y, por ende, están en posición de calcular de la relación de valor ganancia/pérdida.

Puesto en otros términos, la cuantificación económica de conveniencia del contrato aleatorio sólo podrá efectuarse razonablemente cuando el contenido final de la prestación se haya fijado o estabilizado por la verificación del evento incierto⁶⁴. Y semejante integración ocurrirá exclusivamente en la segunda de las fases del contrato aleatorio.

El problema se presenta cuando entendimiento de la aleatoriedad basado en la supuesta inviabilidad de cuantificación de la relación ganancia/pérdida al tiempo del consentimiento es tomado como el único rasgo definidor de la categoría. En esta línea, autores como Stiglitz consideran que es aleatorio aquel contrato “(...) en el cual la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la ventaja, o sea, la entidad del riesgo al que todo contratante se expone, no pueda ser estimada en el acto de formación del contrato y recién se la conocerá con seguridad según el curso de los acontecimientos”.

El entendimiento que toma como elemento definidor del contrato aleatorio a la inviabilidad originaria de estimación de la relación ganancia/pérdida no refiere en realidad a un elemento configurativo constante de la categoría, sino a una de sus consecuencias de sólo presente. Esta consecuencia no llega a calificar propiamente la categoría por las siguientes razones: (i) por no demostrarse del todo cierta; (ii) incluso si fuese cierta, (a) no lo sería en el 100% de contratos aleatorios; o, (b) no sería privativa de los contratos aleatorios.

Por un lado, es comúnmente aceptado que las valoraciones de bienes y servicios asignados mediante contratos son subjetivas⁶⁵. Luego, en virtud de su autonomía privada, las partes podrán siempre estimar *–rectius: asignar valor subjetivo–* a lo que obtendrán inmediatamente del contrato, aun cuando lo que se intercambie sean meras *chances*^{66 67}) propias de contratos aleatorios que permanecen en su *primera fase*.

Así, por ejemplo, para “A”, adquirir de un baúl lacrado que tenga la *chance* infinitesimal de contener un anillo de oro puede valer USD \$ 1000, por lo que “A” podría estar

⁶⁴ SHINN, C. “The Aleatory Contract in the Louisiana Civil Code: A Distinction without a Difference”. En *Loyola Law Review*, 33, 2, 1987, pp. 305.

⁶⁵ El ordenamiento jurídico no tiene como fin primario garantizar la equivalencia entre prestaciones, como sí tiene por propósito proteger la libertad del querer de los individuos o a las partes contra las graves turbaciones económicas. En palabras de Nicolò: “No me parecen por ello del todo exactas las opiniones de aquellos que ven un vicio sobrevenido de la causa o de quienes, en ausencia de equivalencia de las prestaciones que constituyen el sinalagma, ven un vicio originario de la causa del contrato” (p. 1026). Véase en: NICOLÒ, R. “Alea”. En *Enciclopedia del Diritto*. Milan: Giuffrè, 1958, t. I, pp. 1025-1026.

⁶⁶ En efecto, nada impide que los contratantes le asignen un valor subjetivo a la *chance* del ganar/perder, basándose en sus consideraciones personales y experiencia.

⁶⁷ El autor sostiene el riesgo, que considera como el objeto o prestación típica del contrato aleatorio, es siempre susceptible de valoración, por difícil que esta sea. Aunque vincula dicha valoración a cálculos matemáticos.

dispuesto a pagar por el bien \$ 800. El contrato es aleatorio. Pese a ello, las partes podrán atribuir –subjektivamente– valor a la *chance* o prestación embrionaria, configurar –subjektivamente– la medida del intercambio, y en base a ello, configurar la relación de ganancias y pérdidas, al momento de celebrar el contrato. Como consecuencia, la alegada inviabilidad de mesurar económicamente la entidad del sacrificio en relación con la entidad de la ventaja, que caracterizaría al contrato aleatorio, simplemente se revelaría inexistente.

Contra ello, podría señalarse que el punto de referencia de la estimación llevada a cabo por las partes no debe ser valor subjetivo de la *chance* (*primera fase* del contrato aleatorio) sino el valor objetivo del contenido final de la prestación, *segunda fase* producida tras el acaecimiento del riesgo cualificado.

in embargo, esta afirmación podría no ser cierta en todos los casos, pues el valor de la prestación final (en su *segunda fase*) podría llegar a ser convincentemente medurado por las partes con un rango bajo de error –aunque sin llegar a destruir la incerteza, que presupone el riesgo cualificado- desde la formación de ciertos contratos aleatorios. Si bien semejante cálculo resulta extremadamente costoso, pues requerirá de una base estadística, de contratantes altamente sofisticados y con información suficiente, podría llegar a darse por ejemplo en el seguro y el juego y apuesta permitidos. Por ende, la inviabilidad de cuantificación económica de la medida de cambio simplemente no se encontraría presente en todos los contratos aleatorios. No se trataría de un elemento constante.

Finalmente, la tesis que acoge como elemento definidor de la aleatoriedad a la inviabilidad de cuantificación de la relación ganancia/pérdida al tiempo del consentimiento se manifiesta incorrecta por ser un rasgo no privativo de los contratos aleatorios, sino que podría estar presente también en ciertos contratos conmutativos. En efecto, existen contratos indubitablemente conmutativos en los cuales, al momento de su formación, para las partes resulta inviable conocer y calcular con certeza las ventajas y pérdidas que les reportará la relación jurídica. Esto ocurre cotidianamente en los contratos de ejecución diferida⁶⁸.

Para graficar lo mencionado tomaremos un ejemplo propuesto por Sacco, para quien la extrema dificultad de calcular la relación de cambio se presentaría si un ciudadano vende su vivienda a un forastero en pleno asedio de la ciudad donde se encuentra el inmueble por un ejército enemigo.⁶⁹ En tal hipótesis, la coyuntura determinará que, al tiempo de ponerse de acuerdo, las partes no se encuentren en capacidad de mesurar las ventajas económicas que les reporte el intercambio. Pese a ello, la compraventa inmobiliaria indudablemente calificará como conmutativa y no como aleatoria.

En síntesis, las peculiaridades del contrato aleatorio respecto a la cuantificación económica de la ganancia/pérdida son importantes, aunque no llegan a definir en sí mismas a la categoría *materia* de examen. Propiamente, aquellas peculiaridades

⁶⁸ Pero también podría ocurrir en un negocio jurídico de ejecución inmediata.

⁶⁹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Turín, Italia: UTET, 2016, p. 1443.

constituyen en todo caso una consecuencia frecuente de su definición técnicamente correcta.

V. Patologías particulares de los contratos aleatorios. Mención

Diversas patologías del contrato en general presentan peculiaridades en los contratos aleatorios. Mencionaremos algunas de ellas a continuación, aunque sin un ánimo de agotar el análisis sobre este punto. A tales fines, no nos pronunciaremos sobre el complejo problema de las razones morales que llevan a algunas legislaciones a limitar la exigibilidad de ciertos esquemas aleatorios como el juego y apuesta⁷⁰. Nos referiremos en cambio a problemas más genéricos, que conciernen a la estructura misma de la figura que nos convoca.

En primer lugar, se mencionó *infra* anteriormente que la ocurrencia o no del evento aleatorio debe ser ignorada por las partes al contraer la obligación. De esta forma, cabe preguntarnos qué ocurre si al concluir el acuerdo alguno de los contrayentes conocía la necesaria existencia o inexistencia del evento que el otro considera como aleatorio y aun así se vinculó (pretendiendo ignorar aquella circunstancia) o si al concluir el contrato, una parte conocía circunstancias que influyen considerablemente en la forma en que se resolverá finalmente la situación de incertidumbre, sin que por ello exista una ausencia total de incerteza respecto a la producción del evento aleatorio.

En el último de los casos mencionados, la parte perjudicada podrá anular el contrato por dolo. Si al contratar no hubiese dolo de una parte, sino error respecto a la medida probabilística del evento aleatorio, resulta en no poca medida controvertido la configuración de algún tipo de error jurídicamente relevante.

Distinto es el caso de la ausencia total de alea, la cual podría ocasionar derechamente la nulidad del negocio jurídico, remedio que preponderaría –en caso de concurrencia– ante la anulabilidad causada por algún vicio del consentimiento. Esto ocurrirá si debido a la ausencia del riesgo cualificado, el programa contractual no cuenta con un presupuesto indispensable para su funcionamiento mínimo. Esta coyuntura se presenta principalmente en los contratos que presentan típicamente una función de lucro incierto pura. La inexistencia de alea estaría presente, por ejemplo, ante la celebración de un contrato de renta vitalicia a favor de una persona que a ese momento había fallecido. En esta hipótesis, la ausencia de alea capaz de influir en la prestación del deudor contractual producirá la ausencia de causa.⁷¹

Otros planteamientos extienden el remedio-sanción de la nulidad a aquellos casos en que no se encuentra presente el alea bilateral, la cual se erigiría como un presupuesto de validez necesario para la función contractual. Se trata de hipótesis en que si bien el funcionamiento del contrato no es completamente inviable (como el caso de la renta

⁷⁰ Véase, al respecto: ARIAS Schreiber, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 672 y ss.

⁷¹ PERLINGIERI, Giovanni. La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. “vitalizi impropri”. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 2015, pp. 190.

vitalicia a favor de persona que ya había fallecido), una de las partes tiene un conocimiento cierto sobre la situación que se suponía debía ser de incertidumbre bilateral⁷², es decir, tiene conocimiento cierto sobre la producción o no producción del evento fortuito. Esto ocurrirá, por ejemplo, en la venta de un baúl lacrado respecto al cual, al momento del consentimiento el vendedor tuviese pleno conocimiento de su ausencia total de contenido.

El segundo efecto jurídico peculiar de los contratos aleatorios se presenta en la etapa de ejecución del contrato aleatorio. En esta fase, ninguna de las partes podrá influir con dolo o culpa en la verificación del evento aleatorio en perjuicio de la contraparte. En caso contrario, si la técnica empleada para introducir la aleatoriedad hubiese sido la condición, podría ser de aplicación el artículo 176 del Código Civil⁷³, al cual subyace el principio según el cual ninguna parte puede obtener provecho de su propia mala fe.

Como se mencionó anteriormente, es bastante evidente que, cuando el contrato regula un riesgo cualificado parcialmente dependiente de una de las partes, el funcionamiento mínimamente razonable de la operación determina que la parte que tiene a disposición el evento aleatorio deba comportarse de buena fe objetiva, lo cual podría implicar que aquella parte deba seguir un curso ordinario de negocios o desplegar actividades razonablemente tendentes a influir o a no influir en el advenimiento del evento. Consecuentemente, aquella parte actuará ilegítimamente si, al margen de dicho estándar de buena fe, influye de manera irrazonable en el acaecimiento del evento en pos sus intereses exclusivos y en desmedro de los intereses de la contraparte.

En este orden de ideas, incluso fuera del campo de actuación del artículo 176 del Código Civil, la influencia irregular de un contratante en la verificación del riesgo cualificado será ilegítima, pudiendo, a opción de la parte perjudicada, ser neutralizada por la buena fe objetiva o haciendo derivar un resarcimiento por pérdida de la *chance* a favor de la víctima.

En tercer lugar, nos referiremos a las peculiaridades de la excesiva onerosidad de la prestación en los negocios jurídicos aleatorios. Algunos sistemas legales, como el italiano, excluyen la aplicación de la imprevisión en contratos aleatorios. En opinión de Balestra, aplicada al sistema italiano, la razón de dicha exclusión radica en que

“radica en la circunstancia de que, en dichos contratos, la composición de intereses de las partes es incompleta, en cuanto contiene una remisión al suceso futuro e incierto. Dicho suceso, por ende, no adquiere valor de simple criterio de medición de la prestación, sino que asume la calidad de ser criterio de

⁷² TORAL, Estrella. "El contrato de renta vitalicia." Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 227.

⁷³ Código Civil peruano. Artículo 176.- "Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida. Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

integración del juicio de valor manifestado de forma incompleta por las partes al tiempo de celebrar el contrato”⁷⁴.

Sin embargo, el artículo 1441 del Código Civil peruano no sigue esta postura, sino que permite la aplicación del régimen de la excesiva onerosidad a los contratos aleatorios cuando se extralimite el “riesgo propio”. Respecto a esta noción, dice De la Puente:

“[e]l riesgo propio del contrato aleatorio es la incertidumbre sobre lo que va a ocurrir en el desenvolvimiento normal del contrato, incertidumbre que proviene, precisamente, de que la existencia o determinación del valor concreto de las prestaciones depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato”⁷⁵.

Fuera de las fronteras del riesgo propio, el sistema legal autoriza la intervención en el contenido económico de los contratos aleatorios si la determinación final de la prestación ocasiona que ésta exceda las fronteras del riesgo propio asumido por los contratantes⁷⁶. Dicha intervención se da mediante la figura de la excesiva onerosidad, en tanto se verifiquen sus requisitos legales. Dicho de otra forma, no sería correcto afirmar que se encuentra automáticamente excluida la imprevisión si el contrato es aleatorio y sobreviene un cambio de circunstancias que afecta a la prestación aleatoria (esto es, a la prestación influenciada por el evento de riesgo cualificad).

En el mismo sentido, Bianca comenta que, en principio, la excesiva onerosidad no puede ser invocada en los contratos aleatorios por cuanto las partes colocan a cargo de una o ambas partes el riesgo de la desproporción de las prestaciones en función de un factor casual⁷⁷. Empero, “los riesgos cubiertos por los contratos aleatorios permanecen circunscritos dentro de áreas típicamente determinadas o delimitadas por el contrato”. Consecuentemente, si el evento de riesgo exorbita de dicho ámbito, a tales contratos se aplicarán las normas de la excesiva onerosidad⁷⁸.

En la misma dirección Auletta menciona lo siguiente:

“en los contratos aleatorios las partes asumen el alea [...] derivada de un determinado evento y por ello en dicha esfera todo remedio se encuentra

⁷⁴ BALESTRA, Luigi. “El juego y la apuesta en la categoría de los contratos aleatorios”. En PÉREZ, Leonardo (Coordinador), *Contratos aleatorios*, Bogotá, Colombia: Temis, 2012, pp. 75.

⁷⁵ Empleando la misma terminología, la Resolución de Corte Superior de Lima, del 6 de diciembre de 2019 (Expediente: 000132-2013) señala lo siguiente: Este colegiado estima que la excepción en estudio ha sido resuelta con estricta sujeción a lo alegado en el proceso, es decir en función de las pretensiones de la demanda arbitral, careciendo de asidero la interpretación que ha hecho la parte recurrente para sostener que existe una excesiva onerosidad de la prestación, de la cual ella mismo no tiene certeza, tanto más, si de acuerdo a los artículos 1440 y 1441 del Código Civil, la excesiva onerosidad de la prestación opera (...) en los contratos aleatorios (cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato), supuestos que no se presentan en autos, donde como se dijo en el laudo, la prestaciones ya han sido ejecutadas.

⁷⁶ Entonces, si la materialización de dicha variable –que configura la prestación– es una no asumida por las partes (exorbita el quantum de aleatoriedad deseada), el deudor podrá aplicar remedios a su favor.

⁷⁷ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 432.

⁷⁸ Se aprecia que el autor se refiere a la modalidad invertida de la excesiva onerosidad.

excluido, pero fuera de dicha esfera, los equilibrios sobrevenidos presentan los mismos caracteres que los desequilibrios en los contratos no aleatorios”⁷⁹.
[Énfasis agregado]

El siguiente caso nos ilustra sobre riesgos no asumidos por las partes de contratos aleatorios toda vez que exorbitan el riesgo propio de la operación (que no es otra cosa que el alea normal de un contrato aleatorio). En esta hipótesis, el deudor bien podría aplicar los remedios asociados a la excesiva onerosidad⁸⁰, pese a que la controversia versa sobre contratos aleatorios.

Un comprador adquiere la cosecha futura de un fundo agrícola a cambio de un precio fijo que prescinde de la mayor o menor cantidad de frutas en que consista esa cosecha. En tal caso, el precio deberá ser pagado por el comprador aun cuando resulte excesivo frente a una cosecha reducida a causa de adversidades meteorológicas excepcionales (evento de riesgo cualificado o aleatorio). En cambio, si la ausencia de cosecha se debe al perecimiento del fundo agrícola por haber sido cubierto por lava (derivada de la erupción volcánica), se tratará de un riesgo no asumido por el comprador en el contrato aleatorio. En tal caso, este último podrá exitosamente invocar la excesiva onerosidad.⁸¹

Ahora bien, la excesiva onerosidad también podría invocarse en el marco de un contrato aleatorio cuando otras prestaciones –distintas a aquella excesivamente onerosa– sean tocadas directamente con el cambio de circunstancias sobrevenido. Así, el contrato de seguro es aleatorio en tanto la obligación de pagar la indemnización por el asegurador depende de un siniestro absolutamente incierto pero previsto en la hipótesis contractual. Por ende, los costos que acarre a la compañía aseguradora el pago de la póliza a causa de la verificación de este evento *prima facie* no da lugar a excesiva onerosidad. En cambio, sí puede dar lugar a aquel remedio jurídico la ocurrencia de eventos que alteran el equilibrio entre las dos prestaciones recíprocas (la prima y de la cobertura asegurativa). Tal sería el caso de una extraordinaria devaluación de la moneda que haga que la prima ya no mantenga su carácter contraprestativo.⁸²

VI. CONCLUSIONES

- i. El alea normal es la “zona de tolerancia” o “zona de inmunidad” conformada por los siguientes escenarios:
 - **Escenario 1:** La conveniencia o inconveniencia del resultado económico *ex post* derivado del despliegue de una relación contractual, la cual se podrá medir tras la consumación (total o parcial) de dicha relación jurídica, pero

⁷⁹ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 436.

⁸⁰ En caso demuestre la verificación de sus requisitos configuradores.

⁸¹ BIANCA, Massimo. *Derecho civil 3. El contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 432-433.

⁸² *Ibid.*, pp. 432

que se habrá asumido desde el momento del consentimiento (*ex ante*). Aquella coyuntura se debe a factores como los cambios del valor que el mercado le atribuye ciertos bienes o servicios, a estimaciones o cálculos inexactos, frustración de motivos internos y, en general, a alteraciones en las circunstancias posteriores al momento de celebrar el acuerdo.

- **Escenario 2:** Fluctuaciones económicas u oscilaciones de valores que las partes habrán de soportar al momento de poner en marcha su prestación y que harán que ésta última tenga mayor o menor onerosidad al ser desplegada. El advenimiento de aquellas fluctuaciones económicas será capaz de alterar el valor económico de prestaciones, aunque ello ocurrirá eventualmente, pues se trata de fluctuaciones meramente coyunturales, que podrían no darse.
- ii. El riesgo presente en los dos tipos de alea normal es externo al contrato porque la común intención de las partes no le atribuye al evento aleatorio la función individualizar la prestación u objeto contractual. Dicho de otro modo, el alea normal incide en prestaciones ya previamente determinadas por el título constitutivo. Por ende, los aspectos esenciales de estas prestaciones no están diseñados para ser integrados por el azar.
 - iii. En contraste con el alea normal, que está presente en la universalidad de contratos, los contratos aleatorios se caracterizan porque su contenido contiene reglas que disciplinan un riesgo particular que denominamos “riesgo cualificado” o “riesgo aleatorio”. Para que el contrato sea aleatorio, conforme al programa negocial, existirá un riesgo cualificado cuando se verifican copulativamente múltiples elementos configurativos que influyen o en la prestación contractual o en el propio evento aleatorio.
 - iv. Los requisitos del riesgo cualificado o aleatorio se agrupan en dos categorías:
 - Requisitos relativos al evento de riesgo cualificado: carácter casual o fortuito; y, carácter futuro.
 - Requisitos relativos al impacto del riesgo cualificado en la prestación contractual: función de determinación; preponderancia; e influencia desigual o heterogénea.
 - v. Usualmente se define al contrato aleatorio como aquel en el que las partes, al momento del perfeccionamiento del consentimiento, no se encuentran en posición de cuantificar la relación ganancia/pérdida que derivará del despliegue del contrato. Sin embargo, esta característica no es en realidad un elemento configurativo de la categoría, sino a una de sus consecuencias usualmente presentes. Aquella característica no llega a calificar propiamente la categoría por las siguientes razones: (i) por no demostrarse del todo cierta; (ii) incluso si fuese cierta, (a) no lo sería en la totalidad de contratos aleatorios; o, (b) no sería privativa de los contratos aleatorios.