

CONSIDERACIONES SOBRE LA RENTA VITALICIA GRATUITA EN LOS DERECHOS ESPAÑOL Y COLOMBIANO

Antonio Manuel Rodríguez Ramos

Art. 1807 C. C. español: El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer; al tiempo de su otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista.

Art. 2301 C. C. colombiano: Cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente no hay contrato aleatorio. Se sujetará, por tanto, a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables.

COMENTAR UNOS ARTÍCULOS CENTENARIOS como el 1807 C. C. español y el 2301 C. C. de Colombia, puede no pasar por novedoso. Pero si, fruto de la investigación, se aclaran conceptos jurídicos de notable magnitud teórica, como los de “gratuidad”, “liberalidad” o “aleatoriedad”, la aportación doctrinal enriquece, en rigor es nueva, y sobre todo, original. Y puestos a escoger entre lo original y lo novedoso, siempre es preferible lo primero, pues ya advertía Antonio Machado que “en política, como en arte (y el derecho lo es), los *novedosos* apedrean los originales”.

Lo original no consiste tanto en ser distinto como en distinguir. Por esa razón descarto de antemano acuñar nuevos conceptos, conocido el peligro que eso entraña (*omnis definitio in iure periculosa est*), sino que intentaré tomar, de los que ya existen (*parum est enim ut subverti non poste*, I. 202, D, *de reg. Iuris*, 50, 17), lo que convenga para alcanzar alguna que otra conclusión de meridiana claridad sobre los ya citados artículos, en especial para sentar las diferencias que separan lo oneroso de lo gratuito, lo gratuito de lo liberal, y unos y otros de lo aleatorio. Porque si nos dejásemos llevar sólo por las apariencias, por la sola letra de ambos artículos, erraríamos dos veces; primero, al identificar lo gratuito con lo liberal; y segundo, al creer que el negocio gratuito no es aleatorio.

Así, pues, hagamos caso de Baltasar Gracián, para quien “las cosas no pasan por lo que son, sino por lo que parecen; son raros los que miran por dentro, y muchos los que se pagan de lo aparente”; seamos raros, y miremos las entrañas de ambas normas.

I. LA RENTA VITALICIA COMO NEGOCIO JURÍDICO

La claridad indispensable exige la coincidencia de estos tres factores: un lenguaje correcto y sencillo, una distribución sistematizada de los preceptos y una terminología definida.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo
Estudios de derecho procesal

PARA EL LEGO EN DERECHO, “RENTA VITALICIA” es la pensión (generalmente en dinero) que se debe o que se cobra de por vida. Dicho así, sin más añadidura, esta “renta vitalicia” se traduce en “prestación” para el civilista, aunque singular, eso sí: primero, por ser una y sola, como uno y solo es el débito (o el crédito) del que trae causa¹; y doblemente singular, al cabo, por las particularidades que acarrea su esencia fungible, además de su pago periódico y vitalicio. De esta forma, para cumplir con esta sola y única prestación de “renta vitalicia”, el deudor precisa de tantos pagos como aniversarios cumpla la persona cuya vida se haya tomado como referencia solutoria; de suerte que, muerto éste, muerta la renta.

Y siendo singular la prestación, *mutatis mutandis*, no menos peculiar y única es la obligación que inevitablemente la embebe, la crea, y que por pura metonimia, toma el mismo nombre. Así pues, llámese también “renta vitalicia” a la relación jurídica que genera para una persona el derecho a percibir periódicamente una cantidad de dinero (o de cosa fungible) de otra, durante la vida de cualquiera de ambas, de un tercero o de varios (arts. 1803.1º C. C. español, y 2287 C. C. colombiano).

Convenida la unicidad de la prestación y de la obligación de “renta vitalicia”, no se comprende por qué una u otra carecen de una regulación unitaria en la generalidad de los códigos civiles de raigambre francesa, *v. gr.* el español o el colombiano². Criticada por la doctrina la regulación existente, por dispersa, asistemática, equivocada o insuficiente, justifica aún más la necesidad de una

¹ Así PÉREZ y ALGUER, para quienes “el derecho de renta vitalicia es un derecho unitario”, B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGER. Anotaciones a I. ENNECERUS, H. KEHMANN. “Derecho de obligaciones”, en *Tratado de derecho civil*, de ENNECERUS, KIPP, y WOLFF, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch, 1935, p. 447. “Está claro que las partes lo que quieren es entregar sucesivos pagos de renta, sin celebrar para ello más que un negocio jurídico. El considerar autónomos cada uno de estos pagos, sin hacer referencia a su única fuente, carece de sentido”, E. QUIÑONERO CERVANTES. *La situación jurídica de renta vitalicia*, Murcia, Universidad de Murcia, 1979, p. 29.

² Sólo el BGB alemán del 18 de agosto de 1896, haciendo gala de su calidad técnica, establece un régimen unitario para la “renta vitalicia” en sus parágrafos 759 a 761, Libro II, Derecho de las relaciones de obligación; Sección VII, Relaciones particulares de obligación; Título XVI, De la renta vitalicia

(*Leibrentenpflicht*). Valga como ejemplo el parág. 761, a cuyo tenor: “Todo contrato por el que se promete una renta vitalicia exige, para su validez, en la medida que no se prescriba una forma diferente, que la promesa sea dada por escrito”. La doctrina germana, en buena lógica, define unitariamente la renta vitalicia: así, J. W. HEDEMANN. “Derecho de obligaciones”, en *Tratado de derecho civil*, traducido y anotado por J. SANTOS BRIZ, Vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 371: “Bajo la denominación de *renta* se comprende en general la percepción periódica y regular de dinero u otras cosas fungibles en determinados lapsos de tiempo”; ENNECERUS y KEHMANN. “Derecho de obligaciones”, *cit.*, p. 441: “Llámase obligación de renta vitalicia a la *obligación con sustantividad propia de hacer a otro, por el tiempo de la vida de un hombre, prestaciones determinadas periódicamente, de dinero u otras cosas fungibles*”.

disciplina única para la “situación jurídica de renta vitalicia”, la pluralidad de fuentes que pueden generarla, ya que igual de pagadera es la renta que nace de contrato, como la que es fruto de una disposición testamentaria, legislativa o judicial.

Lejos de hacerlo, sendos códigos civiles acometen la última de las metonimias, acaso la más impropia, negando el *nomen iuris* de “renta vitalicia” a la prestación o a la relación obligatoria, para arrojárselo a una sola de sus posibles fuentes: el contrato aleatorio y oneroso de “renta vitalicia” (arts. 1802 C. C. español y 2287 C. C. colombiano)³, por el que el deudor sólo paga la renta a cambio de un capital en bienes que le entrega el que vendrá a disfrutarla.

El error es de bulto. Existen otras rentas, tan vitalicias y legales como aquéllas, a las que el rentista tiene derecho sin necesidad de hacer entrega al deudor de capital alguno como contrapartida; o sin necesidad siquiera de contrato. Esto último ocurre con las rentas vitalicias constituidas por ley, o por testamento. Y lo primero, cuando no medie desplazamiento patrimonial del rentista al pagador, supone la constitución gratuita de una renta vitalicia.

En consecuencia, ya estamos en condiciones de aventurar una primera definición de renta vitalicia, entendida ésta como “la situación jurídica, nacida de contrato, de testamento, de la ley o de sentencia judicial, por la que una persona (rentista) adquiere el derecho a percibir periódicamente de otra (deudor) una cantidad de dinero, o de otra cosa fungible, a cambio de bienes que ésta recibe de una vez (si es onerosa), o sin contraprestación alguna (si es gratuita), durante la vida de cualquiera de ambas, de un tercero, o de varios sucesivamente”.

“Renta vitalicia” puede ser a la vez prestación, obligación y negocio jurídico. La ley sólo confunde por fuera, porque en el fondo ambos códigos le otorgan el régimen unitario que exige su naturaleza: en otras palabras, consideran la “renta vitalicia” como un negocio jurídico único. El artículo 2301 C. C. colombiano y el 1807 C. C. español, únicos preceptos que se dedican a la renta vitalicia gratuita, están situados, respectivamente, en el mismo capítulo que en apariencia regula en exclusiva el contrato oneroso. Además, el artículo 2301 C. C. colombiano delega en las reglas de la donación y el legado todas las peculiaridades que no se ajusten a la disciplina común que le precede. Y aunque su concordante en España nada dice sobre el particular, sus antecedentes legislativos confirman lo propio⁴.

³ Artículo 1802 C. C. español: El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión. Artículo 2287 C. C. colombiano: la constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero.

⁴ “Contrato aleatorio de renta vitalicia”, lo llaman los anotadores del Ennecerus: sobre el 1802 C. C. español, dicen que “el ámbito

del precepto es el de un contrato rigurosamente delimitado. No se trata de la obligación de renta vitalicia en general, sino de la que resulta de la transmisión de ciertos bienes con la imposición de esa carga. Mas si se considera el artículo 1807, que prevé la constitución de renta por título gratuito y sobre los propios bienes del constituyente, se obtiene la consecuencia de no ser imposible la aplicación de los artículos de este capítulo a las obligaciones de renta vitalicia que tengan otro origen, distinto al del contrato específicamente previsto en el artículo 1802”. GONZÁLEZ Y ALGUER. Anotaciones a Ennecerus y Kehmann. “Derecho de obligaciones”, *cit.*, p. 444.

II. LA RENTA VITALICIA COMO NEGOCIO JURÍDICO NEUTRO

El anverso y el reverso de esta moneda son, para Dios, iguales.

Jorge Luis Borges.
Historia del guerrero y de la cautiva

[A]

EL ARTÍCULO 2301 C. C. COLOMBIANO, y especialmente el 1807 C. C. español, son las normas que con mayor nitidez y acierto, a mi juicio, sitúan la frontera entre lo oneroso y lo gratuito. Digo a mi juicio, no como un acto de soberbia, sino de asombro, porque el artículo 1807 C. C. español, a pesar de su riqueza jurídica, ha sido injusta e inexplicablemente olvidado por los escasos tratadistas que han intentado trazar la difusa línea que separa lo oneroso de lo gratuito, no importando la bandera a la que se acojan a tal fin, esto es, la clásica subjetivista o la moderna objetivista.

Pero la virtud de mayor trascendencia jurídica del artículo 1807 C. C. está aún por decir: a mi prudente entender, el 1807 es el único artículo del Código Civil español que permite distinguir, a efectos prácticos, lo liberal de lo gratuito. Ni la misma donación sería capaz de aclarar esta diferencia con la eficacia del artículo 1807 C. C., dado que sólo habla de liberalidad, nada de diferencias.

De esta forma, como el alma platónica, la renta vitalicia deviene en negocio jurídico de triple esencia: oneroso, gratuito y liberal. Los tres gozan de un estatuto jurídico común, por ser uno y común el tronco del que proceden, por ser negocios que llevan ínsita la misma obligación de pagar una renta vitalicia; y los tres, la renta vitalicia onerosa, la gratuita y la constituida a título de liberalidad, cuentan, además del citado régimen común, con sus particulares regímenes jurídicos, pues cada vía constitutiva arrastra consigo las peculiaridades propias de su carácter.

Por ejemplo, no es lo mismo constituir una renta vitalicia mediante entrega de un capital en bienes o en dinero, que hacerlo como pago de lo que el constituyente le debía al rentista, que donarla o legarla. Unas rentas colacionan, otras no; unas pueden reducirse, otras no... Y aunque todas estas diferencias de trato legal son de notable calado jurídico, la de mayor evidencia es la relativa a la cláusula de inembargabilidad de la segunda parte del artículo 1807 C. C. ¿Es aplicable a todas las rentas vitalicias constituidas gratuitamente, o sólo a aquellas dadas a título de liberalidad?

Si nos ceñimos a la letra del citado artículo, toda renta vitalicia constituida gratuitamente es susceptible de ser declarada inembargable por la sola voluntad de sus constituyentes. Si escudriñamos un poco más en el fundamento del artículo 1807 C. C., en sus antecedentes históricos y en las concordancias del precepto, quizá no todas puedan disfrutar de tal prerrogativa, y sí sólo aquellas rentas vitalicias que, además de gratuitas, fueron dadas graciosamente.

En cualquier caso, para responder con tino a esta pregunta, urge aclarar cuándo estamos ante una u otra especie de renta vitalicia, distinguiendo primero las onerosas de las gratuitas, y ya dentro de estas últimas, las dadas con ánimo de liberalidad de las constituidas sin él.

[B]

El de “renta vitalicia” es un negocio jurídico, de atribución patrimonial, de ejecución periódica, nominado, típico, aleatorio, plurilateral y neutro. La generalidad de los conceptos enunciados son de manejo ordinario por el jurista.

El de negocio “neutro”, acaso por su desconocido bagaje práctico, no. Aunque será definido más tarde con la rotundidad y el rigor doctrinal que merece, entiéndase ahora por negocio jurídico “neutro” aquel que, según el caso, puede ser indistintamente oneroso o gratuito. Me he limitado a esbozar el concepto, para no cometer la torpeza de hacer perder al lector el hilo argumental, hablándole de lo que todavía no conoce; y la imprudencia de fabricar un cesto sin los mimbres, pues como dijera François le Roche Foucauld, “para conocer una cosa, hay que conocer bien sus detalles”, y antes de proclamar la neutralidad de la renta vitalicia, no estaría de más aclarar cuándo un negocio es gratuito y cuándo es oneroso.

La tarea no es fácil. Ni el Código Civil⁵, ni la jurisprudencia⁶, ni la doctrina española⁷, aportan unos criterios definitorios, y mucho menos definitivos, en torno a la cuestión. Quizá sea debida esta apatía legal y científica a la escasa trascendencia práctica que se le suele arrojar al distingo. El que así lo crea, sencillamente yerra. Y como ejemplo, un botón: basta atenerse a la letra del artículo 1807 C. C., que como es sabido sólo beneficia a las rentas vitalicias constituidas a título gratuito (y ni siquiera a todas ellas), con una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal por deudas del artículo 1911

⁵ “Los conceptos de actos gratuitos, donación, liberalidad, actos lucrativos, por un lado, y por otro, los de actos onerosos, son utilizados con mucha frecuencia por nuestras leyes. Sin embargo, y pese a la reiteración de los textos legales, no existe, no ya una definición en el Código, a diferencia de lo que hacen otros textos legales, sino ni siquiera unos criterios precisos que nos permitan llegar a una conclusión segura, ya que [...] no son suficientes las ambiguas indicaciones dadas en el artículo 1274 para lograr una construcción general, e incluso ni siquiera parece que el Código tenga una fijeza en su terminología”, J. M. DE PRADA GONZÁLEZ. “La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XVI, 1968, p. 258. Sinceramente, no estoy del todo de acuerdo: cuando el Código Civil español dice “gratuito”, acaso sin querer, suele acertar con lo que por “gratuito”, objetivamente hablando, ha de entenderse.

⁶ De Prada repasa y analiza la escasa jurisprudencia recaída sobre la materia. En la mayoría de los casos, el Tribunal Supremo resuelve *obiter dicta*, ateniéndose a criterios estrictamente subjetivos, afirmando la gratuidad del negocio si es que el sujeto actuaba como *animus donandi* (así sentencias del 5 de mayo de 1896, 17 de junio de 1898, 7 de diciembre de 1948, 11 de junio de 1955,

6 de julio de 1959, o 2 de febrero de 1963); o negándola en caso contrario (así, la STS del 16 de febrero de 1899, que no calificó una encubierta remuneración a un asalariado consistente en la participación en beneficios como acto gratuito “porque obedecía a un móvil interesado”, en lugar de argüir que “existía una auténtica contraprestación”, DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, p. 326). Siguiendo al mismo autor, “la jurisprudencia española parece más bien navegar por aguas subjetivas, en ocasiones, rabiosamente subjetivas”; “sin embargo, creemos sinceramente que esta marcada tendencia jurisprudencial no tiene su origen en fundamentos estrictamente jurídicos, sino que, al igual que ocurrió con la jurisprudencia francesa, viene forzada por un deseo, muy general en los tribunales, de hacer triunfar la equidad de fondo que podría sufrir por una aplicación rígida de ciertas normas restrictivas”, pp. 332 y 333.

⁷ “No es muy amplia la bibliografía española en torno al problema. Los tratadistas suelen dar una definición de la onerosidad o gratuidad, pero sin profundizar demasiado sobre la justificación de la misma. Y esto resulta sorprendente para la trascendencia que tiene la distinción”, DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, p. 308. En el mismo sentido, p. 315.

C. C. ¡Y no se me negará la importancia práctica que tiene para el acreedor del rentista, conocer y si su crédito puede realizarse o no sobre la pensión que su deudor cobra, y lo que es peor, puede que continúe cobrando a pesar de la deuda pendiente!

Para solventar el escollo, dos han sido las vertientes argumentales escogidas por la doctrina: la subjetivista y la objetivista. Los partidarios de las tesis subjetivistas para distinguir los negocios onerosos de los gratuitos fueron mayoría en los albores de la codificación europea, y, casi hasta la fecha, legión en España⁸.

Epígonos de Pothier y Josserand, “militan en este grupo los autores que creen gratuito todo acto inspirado por la voluntad de preferir otro a sí mismo, y oneroso el inspirado en un pensamiento interesado”⁹.

Pocos han sido los civilistas españoles que han estudiado con profusión la materia. Y la mayoría de las veces, quienes se pronunciaron sobre el tema, lo hicieron de soslayo en los manuales al uso, de ordinario aprovechando la ocasión de calificar un contrato en particular, o al analizar la naturaleza, los caracteres, o las diversas categorías del contrato o del negocio jurídico¹⁰. “La intención (liberal) es no el móvil último del querer, sino el *querer* mismo, y esa intención se califica de liberal por ir acompañada de una causa (positiva) que no es onerosa (cualidad negativa)”¹¹. “En la actualidad es preciso hablar no ya de donación, sino más bien de *donaciones*. Porque no es lo mismo dar una limosna que una propina ni hacer un regalo que pagar los intereses no estipulados de una cantidad recibida en préstamo”¹².

⁸ Como afirma DE CASTRO, “La doctrina moderna, todavía atada a sus prejuicios romanistas, y por ello de mala gana, ha tenido que recibir la distinción entre negocios onerosos y lucrativos con su implícita valoración de la causa a la manera jusnaturalista”. Esa es la corriente a la que se adhiere la generalidad de la doctrina española, por influencia de Oertman y los desarrollos de la doctrina italiana. F. DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, p. 260.

⁹ DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, p. 273. Sin abandonar la idea central, estas tesis fueron evolucionando a medida que se profundizaba en el estudio de la causa. Así, los primeros atisbos de objetivación causal encontraron eco en las tesis subjetivas de las que hablamos, y buen ejemplo de ello es Cariota Ferrara, para quien, fundándose en el artículo 1453 Codice Civile, “son onerosos o gratuitos los negocios según que produzcan o no una atribución patrimonial en relación de causalidad. En otros términos, los negocios jurídicos tienen carácter oneroso cuando el sacrificio de un sujeto tiene su correspondiente o equivalente en una ventaja; en otro caso, los negocios son gratuitos” I. CARIOTA FERRARA. *Il negozio*

giuridico nel diritto privato italiano, Nápoles, Morano, s. f., p. 211. Esta vinculación causal puede entenderse en un sentido amplio, esto es, entre una prestación y una obligación, entre dos obligaciones o entre dos prestaciones (así, el mismo Cariota, Mosco, Ennecerus, Stolfi, Betti, entre otros); o únicamente entre obligaciones, en cuyo caso el negocio oneroso vendría a ser necesariamente sinónimo de contrato bilateral (tesis restrictiva defendida en Alemania por Hoeniger). DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, pp. 283 y 284.

¹⁰ Trato aparte merece el trabajo monográfico de J. SÁNCHEZ BLANCO. “Onerosidad, gratuidad y causa”, en *Revista de Derecho Privado*, T. XXXVI, enero-diciembre de 1952, pp. 476 y ss.; más por el empeño científico puesto que por lo que de novedoso tiene, pues tras realizar un análisis exhaustivo sobre la teoría de la causa termina alistándose en el bando subjetivista, a mi prudente entender, de forma equivocada al pifiar en el presupuesto: no sólo confunde la *causa donandi* con la causa en los contratos gratuitos. Sino también la propia causa negocial con los móviles.

¹¹ *Ibid.*, p. 509.

¹² *Ibid.*, p. 510.

Lo cierto es que incluso en Francia, donde la tesis causalista tuvo algunos brotes jurisprudenciales, ha caído por completo, siendo sustituida por la tesis objetivista. Para los autores que defienden esta postura, “es oneroso un acto si existe un equivalente del mismo por la otra parte, y es gratuito si dicho equivalente no existe”¹³.

En este sentido Albaladejo, para quien «los negocios jurídicos de atribución patrimonial son onerosos o gratuitos (llamados también lucrativos), según que ésta se realice con o sin sacrificio por el adquirente; es decir, vaya o no acompañada de una contraprestación a cambio»¹⁴.

El profesor De Castro lo explica así:

“Un contrato –como un negocio– se considera oneroso cuando cuesta a cada parte hacer o prometer una prestación a favor de la otra. En cambio, el negocio gratuito supone un puro beneficio sin contraprestación (un hacer o promesa de hacer) para una parte, y para la otra una disminución del acervo patrimonial sin compensación económica”¹⁵.

La distinción entre gratuito y oneroso agota todas las categorías del negocio jurídico. No existe ninguno que escape a esa disyuntiva. No hay pues negocios “neutros”, asépticos, un *tertius genus*, si media equivalente, hay negocio oneroso; si no, gratuito¹⁶. Por el contrario, si existen negocios jurídicos que pueden ser indistintamente onerosos o gratuitos. A éstos se les denomina modernamente negocios “neutros”¹⁷, y un ejemplo de ellos es el de “renta vitalicia”.

[C]

Expuestas las trazas generales con las que poder separar lo oneroso de lo gratuito, vayamos a lo particular: ¿cuándo es gratuita la renta vitalicia?

La primera de las respuestas es de una lógica tan perogrullesca como hegeliana: el negocio jurídico de renta vitalicia será gratuito cuando no sea oneroso; esto es, cuando «el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles,

¹³ Esta es la tesis de Caroppo, seguida mayoritariamente por la doctrina italiana. En España, SÁNCHEZ ROMÁN, con algunas repercusiones en VALVERDE y PUIG PEÑA. La cuestión es dilucidar qué se entiende por “equivalente”. Para algunos, éste debe ser de índole moral, al modo de las tesis subjetivistas; para MAURY, el equivalente es económico; de interés material, para M. BOYSSOU; y como un “sacrificio” lo entiende DUPEYROUX, entre otros. DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, pp. 278 y 279.

¹⁴ M. ALBALADEJO GARCÍA. *Derecho civil*, T. I, Vol. 2, Barcelona, Bosch, 1985, p. 166.

¹⁵ DE CASTRO. *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 262.

¹⁶ Así, OERTMANN: “Todo negocio causal es oneroso o gratuito, *tertium non datur*”. DE PRADA. “La onerosidad...”, *cit.*, pp. 305, 306 y 307. “Si un acto oneroso es el que tiene un equivalente, cualquiera que sean las ca-

racterísticas o los requisitos que para la existencia de este equivalente se exijan, mientras que un acto gratuito es aquel que carece de equivalente, entre los dos términos de la distinción no cabe la posibilidad de la inclusión de un tercero [...] La distinción agota, pues, todas las posibilidades imaginables de actos de atribución y la categoría jurídica de los actos neutros carece totalmente de posibilidades de existencia”.

¹⁷ “Además de los negocios que, por su propio modo de ser, bien son necesariamente onerosos (como la compraventa –art. 1445 C. C.– y el arrendamiento –art. 1543 C. C.), bien gratuitos (como el comodato –art. 1740 2ª– y la donación –art. 618–), los hay neutros, en el sentido de que puedan ser indistintamente onerosos o gratuitos”. ALBALADEJO. *Derecho civil*, T. I, Vol. 1, *cit.*, p. 167.

cuyo dominio se le transfiera desde luego con la carga de la pensión” (art. 1802 C.C.)¹⁸.

Y no por simple o por obvia debe desecharse esta respuesta. Muy al contrario, el criterio que utiliza el mismo Código Civil español, y por analogía el colombiano, para resolver la cuestión de la onerosidad o gratuidad en la renta vitalicia es de una utilidad práctica y teórica inusitada, pues no sólo niega la onerosidad a todas aquellas rentas vitalicias en las que el rentista no transmite al pagador un “capital en bienes muebles o inmuebles”; sino que, además, aporta un elemento conceptual de enorme valía científica, curiosamente de naturaleza “objetiva”, para deslindar en otros negocios jurídicos lo oneroso de lo gratuito.

Nuestros códigos, sin utilizar definiciones legales, acaso sin querer, se decantan por calificar la onerosidad o la gratuidad del negocio jurídico de la renta vitalicia, y *mutatis mutandis* del negocio jurídico en general, no en función de causa o de lo querido por los contratantes, en contra de lo que pudiera parecer en atención al clásico artículo 1274 C. C. español, sino en atención a un elemento puramente objetivo: sólo es onerosa la renta vitalicia que deba pagarse por el deudor, “a cambio” de los bienes que le fueron transferidos por el que tenga derecho a ella.

Esa es la letra y el espíritu del artículo 1802 C. C., coherente con la letra y el espíritu de su lado opuesto, el artículo 1807 C. C. Porque con idéntico criterio, el artículo 1807 C. C. sólo denomina “gratuita” a la renta vitalicia que constituye el deudor “sobre sus bienes”, a diferencia de la citada constitución onerosa del artículo 1802 C. C., en la que la renta vitalicia representa, en palabras del propio código, una “carga” sobre los bienes muebles o inmuebles, transmitidos por el acreedor de la pensión al deudor¹⁹.

Este razonamiento carga de racionalidad el artículo 1807 C. C. y el capítulo en el que se ubica, y deja sin razón a quienes lo tachan de asistemático y estéril, si no fuera por la cláusula de inembargabilidad que contiene. Lejos de serlo, su literatura encaja como un guante con la del artículo 1802 C. C., formando ambos la cara y la cruz de una misma moneda. Así, utilizándolos a la par, una renta vitalicia será gratuita cuando el que debe pagarla la constituye sobre bienes propios, y onerosa cuando lo hace sobre los bienes ajenos. Y por mera analogía (art. 4.1 C. C. español), un negocio jurídico será gratuito cuando no medie contraprestación, ni equivalente, ni sacrificio por la otra parte; y oneroso, cuando ocurra lo contrario.

En resumidas cuentas, podría pensarse que el Código Civil español, con ocasión de la renta vitalicia (arg. *ex arts.* 1802 y 1807 C. C.), apuesta por un criterio sencillo, práctico, aséptico y objetivo para diferenciar lo gratuito de lo oneroso, perfectamente extrapolable a otros negocios jurídicos, y fundado en la

¹⁸ Valga lo dicho para el artículo 2287 C. C. de Colombia, coonestado con el artículo 2290.1º: “El precio de la renta vitalicia, o lo que se paga por el derecho de percibirla, puede consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles”.

¹⁹ MUCIUS, tomando la voz “sobre sus bienes” del artículo 1807 C. C. español, denomina a la renta gratuita “renta sin desplazamiento” (término acertadísimo, y al que me adhiero), “porque el que se compromete a

pagarla viene a ser el mismo dueño de la cosa que él grava espontáneamente *gratis et amore*, y se queda con sus bienes, los que hubiere gravado con la pensión por el tiempo y la vida o vida previstas, al cabo de las cuales los propios bienes se tornarán libres de la pensión o renta [...] Para nosotros, la voz *sobre* del artículo 1807 tiene alcance de derecho real”. Q. MUCIUS SCAEVOLA. *Código civil*, T. XXVII, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953, p. 238.

existencia o no de un desplazamiento patrimonial, a secas, sin exigir reciprocidades causales ni equivalencias. Ahora bien, ¿es eso cierto?

A mi juicio, sí; sobraría para demostrarlo un mero cotejo con otros negocios calificados legalmente como gratuitos²⁰.

Además, el mismo criterio es más que válido para el derecho civil colombiano, a pesar de no hacer referencia alguna al desplazamiento patrimonial para calificar la renta de onerosa (se sobreentiende en el artículo 2290 C. C.), ni al término “sobre sus bienes” para la gratuita.

Precisamente la ausencia de estos criterios obliga al civilista a encontrar otros que sitúen la frontera entre lo gratuito y lo oneroso; y no se me negará la validez para el colombiano de los ya citados para el derecho español, al provenir uno y otro código de la misma fuente.

Ahora sólo nos queda desgajar los negocios liberales dentro de la categoría de los gratuitos.

[D]

No debe ser casual que la inmensa mayoría de la opinión jurídica española, italiana, francesa, suiza, mexicana, colombiana o de otros países latinoamericanos, coincida en reducir la constitución gratuita de la renta vitalicia a sólo dos títulos: donación y legado. Asombra tanto un acuerdo semejante en una ciencia del espíritu como ésta del derecho, en la que hasta la evidencia es discutible, que asusta por premonitorio. La prudencia aconseja ceñirse al consenso. La curiosidad, no.

Así las cosas, convengamos en lo axiomático de la proposición que sigue: “Donación y legado son títulos aptos para engendrar gratuitamente una situación jurídica de renta vitalicia”. Por axiomática, no seré yo quien la refute.

Lo que sí discuto es que deban ser los únicos. Expresamente en el artículo 2301 C. C. colombiano, y tácitamente en el 1807 del C. C. español, se da por sentado que la renta vitalicia gratuita es la que se dona o lega; esto es, la consecuencia de un “acto liberal”. Y quizá sea la sedicente sinonimia que guardan entre sí “gratuitad” y “liberalidad” la raíz de todos los males. Se toman por similares cuando ni semánticamente lo son²¹.

Las apariencias engañan. De ordinario, cuando en la norma se dice que cualquiera entrega “a título de liberalidad”, el jurista entiende sin esfuerzo que se

²⁰ Citemos a modo de ejemplo los artículos 908 para el albaceazgo; el 1711 y 1726 para el mandato; 1740 para el comodato y el préstamo; 1760 para el depósito; o 1823 para la fianza, todos ellos del Código Civil español.

²¹ Si por liberalidad, (del lat. *liberalitas, atis*) la Real Academia Española de la Lengua entiende “*Der. Disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya*”, y tomando título (del lat. *titulus*), en su acepción de “causa, razón, motivo o pretexto”, convengamos por mera adición terminológica que si uno entregó “a título de liberalidad” es porque la razón o la causa de su entrega fue la de dar sin recibir nada a cambio. Por el contrario, se dice que algo es

gratuito (del lat. *gratuitus*) cuando es “*de balde o de gracia*”. Si la locución de balde (del ár. *batil*, vano, inútil, sin valor, ocioso) viene a significar “*gratuitamente, sin coste alguno*”; el binomio de gracia (del lat. *gratia*), “*gratuitamente, sin premio ni interés alguno*”; y, al fin, premio (del lat. *praemium*), “*recompensa, galardón o remuneración que se da por algún mérito o servicio*”; acordemos igualmente que si uno entrega algo “*gratuitamente*” será porque da *sin premio, sin coste ni interés alguno*, o por mejor decir, para no ganar (al modo de la liberalidad), pero también para no perder con la entrega. (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomos I y II, 21ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992).

da “gratuitamente”, y a la inversa. Como si “liberal” y “gratuito” fueran dos hermanos gemelos, siendo a lo sumo los gemelos del adagio: “Muy parecidos, sobre todo éste”.

Para evitar más ambages innecesarios, convengamos desde ya en que “liberalidad” y “gratuidad” son como mellizos, ciertamente parecidos pero diferentes. Implican parecidos, no identidades. Dicho de otro modo, lo “liberal” y lo “gratuito” suelen ir de la mano como los novios que se aman y mientras se aman, pero no siempre.

Siguiendo a Biondo Biondi, “liberalidad es elemento psicológico y plasma el *animus donandi*, gratuidad es elemento objetivo y se opone a oneroso, implica valoración económica que significa una particular valoración del título de adquisición”²². Así pues, “liberalidad” y “gratuidad” son como dos círculos concéntricos, siendo el de la gratuidad el de mayor diámetro, pues toda liberalidad implica gratuidad, pero no toda gratuidad lleva aparejado un acto de desprendimiento por alguna de las partes. En palabras de Torrente, “la relación entre negocio gratuito, liberalidad y contrato de donación viene así delineada: el negocio gratuito es el género, la liberalidad es una especie del negocio gratuito, el contrato de donación es la principal liberalidad”²³.

Aplicando este criterio gramatical al negocio jurídico neutro de renta vitalicia, éste será oneroso cuando el rentista hubiera entregado un capital en bienes muebles o inmuebles al pagador de la pensión (arg. *ex art.* 1802 C. C. español; arts. 2287 y 2290 C. C. colombiano); y será gratuito, a título de liberalidad o no, cuando no exista tal desplazamiento, porque en este caso la renta la constituye quien la paga “sobre sus bienes” (arg. *ex art.* 1807 C. C.), sin que ello implique ningún género de carga, ni la atribución de naturaleza “real” al negocio jurídico de renta vitalicia gratuita. Dicho de otro modo, acaso el más correcto y menos proclive al equívoco, existen rentas vitalicias con desplazamiento, y rentas sin él. Este distingo es igualmente acertado para el derecho colombiano.

A su vez, la renta vitalicia “sin desplazamiento” puede constituirse a título de liberalidad o no. Participan del primero de los caracteres las rentas vitalicias nacederas de legado (arts. 820.3º y 880 C. C. español); de donación (bien sea donación *strictu sensu*, bien como consecuencia del mal llamado *negotium mixtum cum donatione*); merced a una estipulación a favor de tercero; o incluso, aunque con reticencias doctrinales, por la voluntad unilateral del deudor. En todas estas rentas vitalicias, el deudor paga *gratis et amore*, se obliga a cumplir con el solo ánimo de enriquecer al rentista, sin percibir nada a cambio, a sabiendas del empobrecimiento correlativo que ello le supone en su propio patrimonio. A estas rentas se les aplica el régimen común de la renta vitalicia, y para lo no previsto o incompatible, las normas propias de su naturaleza jurídica, esto es, aquellas a las que alude el artículo 2301 C. C. colombiano: remisión igualmente válida para el derecho español.

De igual condición gratuita serán aquellas otras rentas vitalicias, nacidas sin ánimo de liberalidad por el que las paga, constituidas sobre los propios bienes del deudor. Ejemplo de éstas es la obligación de pagar renta que nace de dación

²² “Donazione”, en *Novissimo Digesto Italiano*, T. VI, 3ª ed., p. 227.

²³ A. TORRENTE. “La donazione”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, A.

Cicu y F. Messineo, eds., T. XII, Milán, Giuffrè, 1956, p. 11. Lo dicho para la donación valga, *mutatis mutandis*, para el legado.

en pago, como la referida explícitamente en el artículo 99 C. C. español, mediante el cual el cónyuge separado o excónyuge divorciado no perjudicado con la ruptura de la convivencia matrimonial paga la pensión de desequilibrio económico al que sí salió perjudicado con otra prestación distinta, para el caso una renta vitalicia²⁴. También es de constitución gratuita la renta vitalicia con la que conmutan los coherederos el pago de la legítima al viudo o viuda, usando de la facultad que les atribuye el artículo 839 C. C. español²⁵.

Y últimamente, aunque más discutible sin duda, la obligación natural de pagar renta vitalicia. A todas estas rentas no les son dables las reglas de la donación y el legado, sino las propias de las fuentes de las que dimanan, dejando en agua de borrajas la remisión del artículo 2301 C. C. colombiano.

Así pues, acertó D'Ors al decir que "en pura teoría es indudable que cabe clasificar los actos a título gratuito en lucrativos y no lucrativos", pero tropezó al añadir que de la distinción "sería difícil encontrar consecuencias jurídicas útiles"²⁶. Además de las ya señaladas, existe otra incluso de mayor calado: la cláusula de inembargabilidad que se suele colocar en las rentas vitalicias sin desplazamiento, expresamente admitida en el artículo 1807 C. C. español, e implícitamente consentida en el derecho colombiano, por mor del principio clásico *unicumque licet quem voluerit modum liberalitati suae apponeret*²⁷. Tras un análisis exhaustivo de su fundamento jurídico, de sus antecedentes históricos, legislativos y concordancias, (imposible de llevar a cabo ahora), la aplicación de la cláusula de inembargabilidad se reduce a las rentas constituidas a título de liberalidad, a pesar de la letra del artículo 1807 C. C. que dice "gratuito", y ya se sabe que donde la ley no distingue *non distinguere debemus*. "¿No fue la palabra primero y su sentido después?, decía Unamuno, la palabra, el verbo, el sentido, y con él, inseparable, el son, el soplo, el espíritu". Que se limite la traba a las rentas onerosas y a las gratuitas pero no liberales es producto de un arrastre histórico que heredó el Code Napoléon, confusión de entonces de la que son tributarios, entre otros, el Código Civil español y el colombiano.

²⁴ Para mayor detalle, A. M. RODRÍGUEZ RAMOS. "La dación en pago del artículo 99 del Código Civil", en *Derecho y Opinión*, N° 6, 1998, pp. 425 a 445.

²⁵ Artículo 839 C. C. español: "Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia...".

²⁶ A. D'ORS. "Varia Romana", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. x, p. 7.

²⁷ "Es válido que el donante o el testador puedan añadir, a la donación o al legado que hacen a alguien de una renta vitalicia, que ella no será susceptible de embargo por

parte de los acreedores de aquel a quien ha sido dada. La razón es que cuando se da una liberalidad que no se está obligado a dar se puede hacer en las condiciones que se juzguen a propósito". POTHIER. *Tratatto del contratto di costituzione di rendita*, 2ª ed., Nápoles, 1821, pp. 207 y 208. Citando literalmente el Discurso 88 del mismo autor francés, F. GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pp. 893 y 894.

III. LA RENTA VITALICIA COMO NEGOCIO JURÍDICO ALEATORIO

El día que lo iban a matar, su madre creyó que él se había equivocado de fecha cuando lo vio vestido de blanco.

Gabriel García Márquez.
Crónica de una muerte anunciada

APARENTEMENTE, LO ALEATORIO Y LO ONEROSO, en ese orden, son uña y carne para la ley²⁸. Lo uno sólo es con lo otro, que no a la inversa; como si la onerosidad fuera condición necesaria de lo aleatorio; como si la suerte siempre se vendiera y cara²⁹. Y no es así. Cierto que la definición legal de contrato aleatorio destila onerosidad como para ser la envidia de la misma compra y venta.

El artículo 1790 C. C. español lo hace de esta manera: *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 tiempo indeterminado*³⁰.

Con mayor rotundidad aún, el artículo 2287 C. C. de Colombia: “La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga a título oneroso...”. Pero convengo con el ilustre profesor De Castro en que, aún conceptuando al contrato aleatorio como “si fuera más típicamente oneroso que el mismo contrato oneroso definido en el artículo 1274³¹, parece imposible aceptar que todos los contratos aleatorios resulten sometidos al régimen propio de la causa onerosa”³².

²⁸ Y para la doctrina clásica. Sirva como ejemplo DE BUEN, para quien “los contratos aleatorios no son más que una subdivisión de los contratos a título oneroso (véase el artículo 1104 –se refiere lógicamente al derecho galo–). Por consiguiente, las constituciones de renta vitalicia a título gratuito, tan frecuentes en la práctica, no son contratos aleatorios”. *Notas al curso elemental de Derecho Civil* de COLÍN y CAPITANT, T. IV, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1949, p. 718. D. ESPIN CANOVAS, *Manual de derecho español*, Vol. III, 3ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1970, p. 615: “Como contrato aleatorio y, por tanto, oneroso, no cabe confundir el contrato de renta vitalicia con la renta vitalicia constituida por acto a título gratuito”. Para MUCIUS SCAEVOLA, “el carácter de contrato oneroso es fundamental en los aleatorios”, *Código Civil*, T. XXVII, cit., p. 7. ALVAREZ VIGARAY eleva la ligazón a sentencia: “Los contratos aleatorios son contratos a título oneroso” (“Los contratos aleatorios (doctrina general)”, en *ADC*, 1968, p. 607). En el mismo sentido, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, revisado por Georges Ripert, T. II, 3ª ed., París, 1949, p. 962.

²⁹ Como para muchos la vida o la lotería. En rigor, lo aleatorio es sólo eso, suerte. Etimológicamente, el término *aleatorio*, *ria*

(del lat. *aleatorius*) hacía referencia a la causa de las variantes en el juego de dados. La Real Academia de la Lengua lo define como “perteneciente o relativo al juego de azar”, o como lo “dependiente de algún suceso fortuito” (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, 21ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992). Advuértase que lo fortuito es aquello que sucede inopinada y casualmente, para el caso la muerte y no la renta vitalicia. Por el contrario, la renta sí que es aleatoria y no la muerte.

³⁰ El artículo 1790 C. C. es el único que mora en el capítulo primero, del Título XII, “De los contratos aleatorios o de suerte”, del Libro IV del Código Civil. En razón a su calidad de “disposición general”, a él deben de ajustarse los conceptos legales de los contratos aleatorios que le siguen: el seguro (de normativa civil derogada, al igual que la contenida en el Código de Comercio, por la Ley 50 de 1980, del 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro, en *BOE*, N° 250, del 17 de octubre); el juego y la apuesta; y la renta vitalicia.

³¹ Artículo 1274 C. C.: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte [...]”.

³² “Sin necesidad de traer a cuento los aleatorios atípicos, algunos de los mismos

Nadie pone en duda que el contrato oneroso puede ser, además, aleatorio. Pero, ¿qué impide al gratuito no serlo?; y en particular, ¿qué se lo impide a la renta vitalicia gratuita o sin desplazamiento? El mismo Código Civil español, sin ir más lejos, nos aporta un par de argumentos de orden sistemático para responder a favor de la aleatoriedad de este tipo de rentas; argumentos ciertamente discutidos, incluso negados por parte de la doctrina, aunque no por ello menos evidentes. El parco artículo 1807, única referencia expresa de la renta vitalicia a título gratuito en el Código Civil español, está ubicado en el Título XII de su Libro IV, lo que le supone quedar afectado por su leyenda (“De los contratos aleatorios o de suerte”), así como quedar sujeto a la disciplina del precepto que lo encabeza, el referido 1790 C. C., por ser éste disposición general y común a los tres capítulos que le siguen, y por ende, al propio de “la renta vitalicia” donde aquél se encuentra³³. Otro tanto de lo mismo le ocurre al artículo 2301 C. C. colombiano, sito en el mismo capítulo II que el contrato oneroso de renta vitalicia, al que se remite incluso para todo aquello que le fuera aplicable.

Pero el negocio jurídico gratuito de renta vitalicia no es aleatorio por estar donde está, sino por ser lo que es. Y no por gratuito: por vitalicio³⁴. Negar la aleatoriedad de una renta cuyo pago está supeditado a la muerte de alguien, muerte que seguro que llegará pero sólo Dios sabe cuándo, es como vender el mar para no verlo³⁵. El *alea* está. Cosa aparte será apreciar si su concurso juega

contratos regulados legislativamente, muestran que no caben en la definición del artículo 1790; así, por ejemplo, la renta vitalicia a título gratuito (art. 1807), el contrato a la gruesa (art. 719 C. de C.), o la apuesta unilateral”, DE CASTRO. *El negocio jurídico*, cit., p. 273. En este sentido, ALVAREZ VIGARAY postula que “en general puede decirse que junto a cada contrato aleatorio a título oneroso cabe presentarse (y de hecho puede existir) el correspondiente contrato aleatorio a título gratuito”; y pone como ejemplos paralelos a la *emptio spei* la promesa liberal y unilateral de dar a otros los peces que pesque en una noche concreta, o la donación de las crías de una res; y junto al préstamo a la gruesa (*foenus nauticum* o *pecunia traecticia*), el préstamo sin interés. R. ALVAREZ VIGARAY. “Los contratos aleatorios (doctrina general)”, en *ADC*, T. XXI, 1968, p. 608, nota 5. Igualmente, Tribunal Supremo. Sentencias de 27 de junio 1906 o 19 de octubre de 1959.

³³ Para muchos, el derecho no es más que el arte de engendrar, a sabiendas, artificios tan humanamente coherentes por fuera, como incoherentemente inhumanos por dentro. Por eso, aunque se le otorgue el pábulo debido a la arquitectura del Código Civil (ruinógena por ilógica en otras oportunidades), la cuestión es hartó discutible. La generalidad de la doctrina acusa al artículo 1807 C. C. de fragmentario y asistemático, por entender que la renta vitalicia constitui-

da gratuitamente no encaja en los perfiles típicos del contrato aleatorio. En este sentido, entre otros, J. CASTÁN TOBEÑAS. “Derecho de obligaciones”, T. 4, en *Derecho civil español, común y foral*, 14ª ed., revisada por Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1988, p. 739; ESPÍN CANOVAS. *Manual de derecho español*, II, 6ª ed., Madrid, 1988, p. 717; J. CADARSO PALAU. “Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito”, en *La Ley*, T. 1, 1988, p. 225, para quien “se ha podido observar, por ello, que la colocación del artículo 1807 resulta impropia e inadecuada”; añadiendo en la página siguiente que “se comprende, entonces, que la colocación de ese precepto no prejuzga una identidad de tipo que los propios precedentes desmentían expresamente”.

³⁴ Con acierto, ALVAREZ VIGARAY, *Op. cit.*, p. 610, tras reconocer las diferencias que existen entre los contratos aleatorios onerosos y los contratos aleatorios gratuitos, afirma que “es fácil observar que son simples consecuencias del diferente carácter a título oneroso o gratuito de unos y otros, sin que esas diferencias tengan que ver con la aleatoriedad común a todos ellos”.

³⁵ Ese y no otro es el sentido del artículo 1804 C. C., común a la renta vitalicia gratuita y onerosa, al referirse a la vida módulo. Si la ejecución de la renta se supeditó a la vida de quien ya no existía a la fecha de su otorgamiento, o que padecía una enfermedad de tal gravedad que le causó la muerte

un papel esencial, como para invertir el negocio de aleatoriedad. Si el *alea* participa de la causa del contrato, sin duda, éste será aleatorio. De lo contrario, el *alea*, aunque singular y elevado, será como el riesgo normal en cualquier otro negocio, y no tendrá a entidad suficiente para calificar al de renta vitalicia sin desplazamiento como negocio aleatorio³⁶.

En consecuencia, para calibrar la magnitud del riesgo en la renta vitalicia constituida a título gratuito, urge convenir una noción meridiana de “negocio aleatorio”, y comprobar de seguido si aquélla se ajusta a sus postulados. Lo malo es que el concepto aportado por el artículo 1790 C. C., para el caso desgraciado, no nos sirve por inexacto y estrecho: inexacto, al confundir lo aleatorio con lo condicional o aplazado³⁷; estrecho, por aparcar a los negocios gratuitos, al menos en apariencia, de su literatura³⁸. Igual ocurre con el ya citado artículo 2807 C. C.

dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha, la renta se entiende nula (arg. *ex art.* 1804 C. C.). En uno y en otro supuesto, no hay aleatoriedad. Siguiendo a CLEMENTE, “en el primer caso, falta objeto, que es el riesgo que se corre; en el segundo, es de suponer que el pensionista no constituiría la renta sobre la vida del enfermo si lo supiese, y hay como error substancial en el contrato”, CLEMENTE DE DIEGO. *Op. cit.*, p. 200. Sirva lo expuesto para el artículo 2293 C. C. de Colombia: “Es nulo el contrato si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta, o al tiempo del contrato adolecía de una enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los treinta días subsiguientes”.

³⁶ La distinción entre un riesgo determinante, causal, interno o propio de los negocios aleatorios, y otro riesgo accesorio, accidental, externo o normal en todos los negocios, proviene de la moderna doctrina italiana. Esta teoría se ampara en una aguda interpretación del artículo 1467 del Codice Civile de 1942, a cuyo tenor no es posible rescindir un contrato por excesiva onerosidad sobrevinida si ésta deriva del *alea* normal del contrato. Aunque no exista un artículo paralelo en nuestros códigos civiles, el criterio distintivo es de perfecta vigencia para los derechos español y colombiano, una vez descartada la necesaria reciprocidad en las prestaciones para configurar al contrato como aleatorio.

³⁷ Cuando no es así. Los términos “para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”, del artículo 1790 C. C., es verdad que guardan un parecido extraordinario con los empleados en el 1113.1º C. C., relativo a las obligaciones sujetas a condición, pero eso no significan qué condición sean. Para el caso de la renta vitalicia, está claro que no es dable la primera de las proposiciones del 1790 C. C. (“para el caso de un aconteci-

miento incierto”), porque la muerte tiene como esencia de certeza. Si la segunda, pues la muerte, al menos para la plena validez de la renta vitalicia, es un hecho que “ha de ocurrir en tiempo indeterminado” (arg. *ex art.* 1804 C. C.). Ahora bien, supeditar la existencia del negocio al fallecimiento de quien encarne la vida módulo tampoco es condición *strictu sensu*: “los contratos aleatorios se diferencian de los condicionales en que en los primeros la incertidumbre no afecta a la subsistencia misma del contrato, sino a la cuantía o existencia de las prestaciones de cada una de las partes; mientras que en los condicionales depende la condición o acontecimiento incierto que llegue o no al contrato a producir efecto”. J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. SANTOS BRIZ. *Código Civil, doctrina y jurisprudencia*, T. VI, 2ª ed., Madrid, Trivium, 1991, p. 507. Es por eso que otros califican la muerte para la renta vitalicia de *término extintivo* (como no podía ser de otra forma), “en cuyo caso, como puede llegar más o menos pronto, aumenta o disminuye la prestación de una de las partes”, F. CLEMENTE DE DIEGO. *Curso de Derecho Civil español, común y foral*, T. 5, Madrid, 1920, p. 167. Con mayor énfasis incluso SÁNCHEZ ROMÁN: “¿Y quién puede desconocer fundadamente la verdad de estos supuestos, ni la evidente diferencia entre el *elemento accidental* de un contrato que se llama *condición*, y da al contrato y a las obligaciones que son su contenido el carácter *adjetivo y común* a cualquier contrato de *condicionales*, y el concepto *específico, propio y sustantivo*, de lo que sean contratos aleatorios?”, F. SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de derecho civil*, T. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, p. 812.

³⁸ A todos los posibles, no sólo a la renta vitalicia. Tan proscritos como ésta quedan “la apuesta en la que sólo una de las partes se obliga, con el fin de robustecer una afirmación suya, a entregar una cosa a la otra

de Colombia. Tal es la debacle dogmática legislativa, acrecentada si cabe por la disidencia doctrinal y jurisprudencial al respecto, que hago propia la opinión de Gomá cuando afirma que “el concepto de contrato aleatorio no puede considerarse como aclarado definitivamente. Desde luego no basta con decir que en este tipo de contrato existe un riesgo de pérdida o de ganancia, o que las prestaciones no están en él determinadas desde su principio, o equipararles a los contratos condicionales, porque estas circunstancias o son inexactas o no bastan para caracterizarles por ser comunes a otras especies contractuales”³⁹.

A mi juicio, el error parte de un malentendido, acaso prejuicio. La generalidad de los autores da por sentada la onerosidad en el contrato aleatorio: al elaborar sus particulares nociones de contrato aleatorio dan por hecho (más bien lo suponen casi por instinto) que lo aleatorio implica una más que polémica bilateralidad y reciprocidad en las prestaciones⁴⁰. Tal es el grado de consenso alcanzado que hasta los disidentes terminan por reflejar la constante onerosa al definir este contrato⁴¹. En consecuencia, el reto consiste en encontrar un concepto aséptico, desprovisto de ese tufo a oneroso, que sea capaz de englobar cumulativamente todos los matices que hacen del aleatorio no la especie de un contrato más, sino un género de contrato diferente.

Guilarte Zapatero nos aporta la solución: “El concepto de contrato aleatorio se asienta en tres elementos que, concurriendo, lo tipifican de manera precisa frente a cualquier otra categoría contractual. Son: la indeterminación inicial del resultado, dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto y voluntad de los interesados al asumir ese riesgo”⁴². Partiendo de tan sólidos pilares, dudo que se nos derrumbe el edificio: sólo nos queda aplicarlos uno a uno al negocio jurídico gratuito de renta vitalicia. Si reúne los tres, como pienso, definitivamente será, como de hecho es, aleatorio.

1º Es sabido que la indeterminación de la prestación no es privativa de los contratos aleatorios⁴³. Porque en el aleatorio, ni el género ni la especie son la causa de la incertidumbre (para el caso un crédito cierto, pagadero por años y en dinero), sino la cantidad final, el resultado de la obligación, la prestación misma. El propio Código Civil español, sin ir más lejos, admite la duda inicial en la cantidad de lo debido con carácter general para todos los contratos (arg. *ex art.* 1273 C. C.)⁴⁴. Y con mayor aplomo, por su trato específico, el artículo 2291 del

parte, sin que ésta a su vez contraiga una obligación semejante, para el caso de que resulte cierta la afirmación sostenida por la otra parte; los sorteos de publicidad; el derecho a regalo en el recibo de la compra o el seguro gratuito”. R. ALVAREZ VIGARAY. “Los contratos aleatorios (doctrina general)”, en *ADC*, T. XXI, 1968, p. 608.

³⁹ J. E. GOMÁ SALCEDO. “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1960, p. 312.

⁴⁰ La mayoría de las veces, al confundir onerosidad con bilateralidad. Eso mismo les ocurre a quienes centran la definición de contrato aleatorio en la incertidumbre de un supuesto “equivalente” a la prestación de una de las partes. Así, entre otros, Q. MUCIUS

SCAEVOLA. *Código Civil*, T. XXVII, *cit.*, p. 7.

⁴¹ GOMÁ SALCEDO. *Op. cit.*, p. 313. Con mayor gravedad, ALVAREZ VIGARAY. *Op. cit.*, p. 610, quien después de decir que “no podrá por menos de reconocerse que existe una categoría más amplia de negocios aleatorios *jato sensu*, entre los cuales deberán incluirse los contratos aleatorios”, justifica la referencia exclusiva a los onerosos “dada su mayor importancia práctica”.

⁴² V. GUILARTE ZAPATERO. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXII, Vol. 1, Madrid, Edersa, 1982, p. 322.

⁴³ ALVAREZ VIGARAY, *Op. cit.*, p. 611.

⁴⁴ “La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin

C.C. de Colombia: “Es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran, a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio”. Reconocida la insuficiencia definitoria de este criterio por no determinante, la razón de su cita se explica por ser nota común a todos los contratos aleatorios, sean éstos onerosos o gratuitos.

No obstante, algunos matizan esta indeterminación inicial en las prestaciones, buscando en ella la nota privativa del negocio aleatorio. Para Gomá Salcedo, por ejemplo, la conjetura sobre el *quantum* de lo debido no es el distintivo idóneo para definir esta categoría contractual de riesgo, sino la proporción entre sendas prestaciones, el clásico “equivalente” de los contratos recíprocos, que, al no existir *strictu sensu* en los aleatorios, puede favorecer en potencia y con idéntica probabilidad a cualquiera de las partes, a las dos, o a ninguna. Otorguémosle cierto margen a su discurso con el fin de incrustar en él a los posibles negocios jurídicos a título gratuito, en particular al de renta vitalicia⁴⁵, y convengamos en que para los gratuitos la “proporción” entre las prestaciones, siendo una y sola, siempre será favorable para el único que la recibe: el rentista. En la lógica de este autor, los negocios gratuitos no pueden ser aleatorios por mera definición: en un contrato a título gratuito la balanza se inclina por naturaleza a favor del acreedor, siempre para el mismo lado, siendo la “proporción” conocida y querida inicialmente por las partes. Por obvia, no puedo negar la sentencia, aunque sí la premisa mayor. A mi juicio, lo crucial no es que se sepa de antemano quién saldrá ganando con el negocio, sino asumir *a priori* que esta ganancia puede ser o no relevante para las partes, hasta el punto de impedir la perfección del negocio *motu proprio* si la hubieran conocido de principio y, además, el negocio no fuera aleatorio. ¡Porque no se me negará que, conocida como es la relación entre prestaciones en los gratuitos, siempre beneficiosa para el único que la toma, igual dará que la vida contemplada aguante noventa años que expire en un mes!

2º Tampoco es exclusivo de los aleatorios el que la prestación global se supedite a un hecho externo (que no ajeno) a la relación; a un acontecimiento “incierto”: bien porque se desconozca si habrá de producirse (*incertus an*); o conociéndose que llegará, no se sabe con certeza cuándo (*certus an, incertus quando*). Con tino para la renta vitalicia, Guilarte no llama “incierto” al hecho, sino al resultado, porque la muerte, para el rentista y para los vivos, es tan cierta como indeseada.

En suma, el final de la vida contemplada sólo incide “en el menor o mayor provecho que del contrato reciban las partes”⁴⁶, y para el caso, la duda afecta tanto al negocio oneroso como al gratuito.

3º Lo que cualifica de seguro a este género de contratos es que el *alea* sea tan de la causa como la reciprocidad en las prestaciones para los onerosos, o la liberalidad del bienhechor para la donación o el legado (arg. *ex art.* 1274 C. C.). La

necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

⁴⁵ De ninguna manera fuerzo su alegato, pues utilizo sus mismas palabras como argumento para aplicar esta lógica “proporcional” a los gratuitos. De los contratos aleatorios dice que “todos ellos tienen de común el que la cuantía de una al menos de las prestaciones no está perfectamente fija-

da al principio”. GOMÁ SALCEDO. *Op. cit.*, p. 313. Pues bien, en los gratuitos una sola es la indeterminada pues sólo una hay. La otra, la inexistente, a los efectos del cálculo de la proporción entre prestaciones, sería matemáticamente cero.

⁴⁶ F. CLEMENTE DE DIEGO. *Apuntes de Derecho Civil español*, común y foral, T. II, Madrid, 1913, p. 183.

voluntad de los contratantes, de los dos, se dirige únicamente a la asunción de un riesgo típico y común a cualquier especie de contrato aleatorio.

Digo bien de los dos; sin embargo, a la clásica distinción de los contratos aleatorios en *sencillos* y *dobles*, “según que sea una de las partes solamente la que se expone al riesgo a favor de la otra [...] o que las dos partes corran el riesgo de la pérdida o provecho”⁴⁷, me opongo por las razones que siguen.

Parece fácil negar esta hipótesis cuando se trata de renta vitalicia constituida a título gratuito, aferrándose al argumento recurrente y solitario del beneficio neto conocido; es decir, negando para esta renta vitalicia, por el solo hecho de ser gratuita para quien la recibe, la existencia *per se* de un margen de ganancias, que no éstas, porque en todo caso gana el rentista, tanto si la muerte de la vida módulo sobreviene de súbito, como si se dilata un siglo. Quienes así piensan no hablan de contrato aleatorio sencillo, o de un riesgo unilateral siquiera: para ellos, no hay riesgo⁴⁸.

La respuesta, sin embargo, yerra por parvularia.

Presuponen que la constitución gratuita de una renta vitalicia proviene de donación o legado, con impensas previstas o posibles para una sola de las partes, cuando es sabido que el riesgo afecta a las dos por igual, con la misma probabilidad de provecho o desventaja para cualquiera de ellas, sobre todo cuando al tiempo de la constitución preexistía un cierto “equivalente” (no equivalente cierto) al crédito de renta vitalicia, como en los supuestos de la dación en pago del artículo 99 C. C., o de la conmutación de la legítima usufructuaria vidual del 839 C. C., gratuitos los dos pese a las apariencias. En uno y otro caso hay una prestación conocida que se conmuta por una renta vitalicia, y en los dos resulta imposible garantizar un equilibrio “real” entre lo que tendría que darse y lo que efectivamente se dará, aunque dicha sustitución objetiva hubiere sido homologada por un juez o el mejor de los videntes televisivos. Ambas deudas, sea la proveniente de pensión por desequilibrio económico, sea de cuota legitimaria vidual, se tendrán por pagadas tanto si el cónyuge separado, el divorciado, o el viudo (acreedores todos en definitiva), mueren una centésima de segundo después del canje, como si sobreviven al otro cónyuge, al excónyuge, o a los coherederos. En el primero de los casos, ganaron los que pagan; en el segundo, perdieron. Y en ambos, la aleatoriedad se convierte por derecho propio en elemento esencial del objeto y de la causa, a pesar de la gratuidad de los negocios genéticos de renta vitalicia.

Por idéntica razón, también es aleatoria la donación indirecta o *negotium mixtum cum donatione*, y el contrato a favor de tercero. En suma, la tesis expuesta es válida para todos los casos de renta vitalicia a título gratuito o sin desplazamiento.

⁴⁷ “Ejemplo de los primeros es el seguro, en que el asegurador corre el riesgo, y de los segundos, el juego, la apuesta, etc. Mas a poco que se medite se comprenderá cómo el riesgo surte efecto para los dos contratantes, en cuanto que si una de las partes gana, perderá la otra”. F. CLEMENTE DE DIEGO. *Apuntes de Derecho Civil español, cit.*, p. 183.

⁴⁸ Así, GOMÁ SALCEDO. Inicialmente, coincide en la necesidad de una causa típica y peculiar de los contratos aleatorios, querida y consentida por las partes, pero consistente

“en la obtención de un beneficio neto, sin contra-prestación alguna, ni siquiera la puramente moral –agradecimiento– propia del donatario”. GOMÁ SALCEDO. *Op. cit.*, p. 313. La diferencia estriba en que la plusvalía debe ser asequible, por definición, a cualquiera de las dos. El autor confunde gratuidad y liberalidad; y presupone la condición de oneroso para el aleatorio. Como diré a continuación, se equivoca incluso en los constituidos con ánimo de liberalidad.

Todos estos argumentos caen a plomo sobre el derecho civil de Colombia.

El mismo artículo 2291 C. C. otorga absoluta libertad a las partes contratantes “para establecer la pensión que quieran, a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio”.

Claro que se refiere al contrato oneroso, pero es igualmente aplicable al gratuito, donde el precio de la pensión es cero, y la indeterminación de la renta es tan descomunal como causal. Incluso pudiera ocurrir lo opuesto, esto es, que en el negocio oneroso de renta vitalicia sea conocida la proporción, pongamos por caso que merced a un diagnóstico genético que determina con fiabilidad la fecha de la muerte de la vida módulo. ¿Acaso no es menos aleatorio que el gratuito? ¿Sería nulo por aplicación analógica del artículo 2293 colombiano, o el 1804 español?

Definitivamente, el de renta vitalicia es un negocio jurídico tan neutro como aleatorio⁴⁹.

La neutralidad de este negocio, además de ser novedosa *per se*, aquilata la concepción unitaria de la renta vitalicia, y pone en evidencia a cuantos estimaron que la cohabitación de la gratuita con la onerosa era fruto de un error sistemático.

Consecuencia directa del régimen unitario y común para todo género de rentas vitalicias es su naturaleza aleatoria, casi siempre supeditada a la onerosidad.

En suma, esta visión panorámica de un contrato centenario como el de renta vitalicia no sólo pone al día determinados conceptos añejos como el de la aleatoriedad, sino que revisa y aclara las diferencias entre lo oneroso y lo gratuito, desgaja la categoría de los negocios jurídicos liberales, y constata nuevos términos doctrinales como el de negocio neutro. Lo curioso es que la renta no sea una categoría deducida sino el paradigma para deducir.

Como en política, el derecho precisa revisiones urgentes antes que visiones con urgencia.

Córdoba, 20 de agosto de 1999.

⁴⁹ Así, A. TRABUCCHI. *Instituzioni di diritto civile*, 34ª ed., Padua, Cedam, 1993, p. 740: “Es aleatorio tanto el gratuito como el oneroso”. PÉREZ y ALGUER, en sus anota-

ciones a Ennecerus y Kemann. “Derecho de obligaciones”, *cit.*, p. 444, lo llaman genéricamente “Contrato aleatorio de renta vitalicia”.