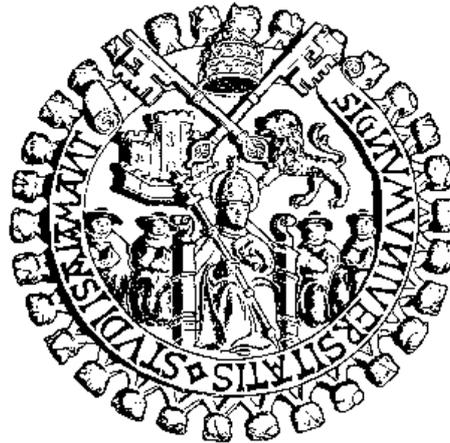


UNIVERSIDAD DE SALAMANCA FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

TESIS DOCTORAL

ESTRELLA TORAL LARA

Director: DR. EUGENIO LLAMAS POMBO

Salamanca, 2.008

*A Javi,
por todo lo compartido.*

In memoriam.

EL CONTRATO DE RENTA **VITALICIA**

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: CONCEPTO Y ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.....	16
1.- NACIMIENTO Y ORÍGENES DE LA FIGURA EN EL DERECHO ROMANO.....	16
1.1.- EL LEGADO DE RENTA VITALICIA EN ROMA.....	19
1.2.- LA <i>STIPULATIO</i> DE RENTA VITALICIA EN ROMA.....	24
1.3 LA DONACIÓN DE RENTA VITALICIA EN ROMA.....	26
1.4.- LA CONSTITUCIÓN DE RENTA VITALICIA POR CONTRATO INNOMINADO	29
2.- EVOLUCIÓN POSTERIOR Y RESURGIMIENTO EN EL DERECHO INTERMEDIO.....	31
2.1.- REFERENCIA A LOS PRECEDENTES DEL CONTRATO EN LA EDAD MEDIA.....	31
2.1.1.- <i>LA PRECARIA</i>	33
2.1.2.- El censo y la denominada compra de rentas. Relaciones con la <i>precaria</i>	41
2.2.- PROBLEMAS DE LA RENTA VITALICIA EN LA ETAPA INTERMEDIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA USURA Y AL CARÁCTER REAL O PERSONAL DE LA FIGURA.....	52
2.2.1.- La renta vitalicia en el pensamiento de los Civilistas.....	52
2.2.2.- La renta vitalicia en el pensamiento de los Canonistas y Moralistas.....	61
2.2.3.- La progresiva evolución de la figura hacia la categoría del contrato aleatorio.....	73

3.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	77
3.1.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN LOS DERECHOS FORALES	77
3.2.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO COMÚN ANTES DE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.....	85
3.3.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL CÓDIGO CIVIL. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU EVOLUCIÓN.....	94
4.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE RENTA VITALICIA.....	101
4.1.- DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE RENTA VITALICIA Y OBLIGACIÓN DE RENTA VITALICIA.....	101
4.2.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO COMPARADO.....	105
5.- DELIMITACIÓN DE OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.	109
5.1.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CENSO	110
5.2.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA.....	113
5.3.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL MUTUO CON INTERÉS	119
5.4.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA.....	122
5.4.1.- Introducción.....	122
5.4.2.- Las diferencias tradicionalmente señaladas por la doctrina.....	124
5.4.3.- Las innegables analogías de ambos contratos en la actualidad	125
5.4.4.- El carácter industrializado del riesgo en el contrato de seguro y su influencia en el <i>alea</i> contractual.....	128
5.4.5.- El carácter mercantil del contrato de seguro y su configuración como contrato de adhesión.....	129
5.4.6.- Conclusiones	133
5.5.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS.....	137
5.5.1.- Introducción.....	137
5.5.2.- La situación en el derecho comparado.	141
5.5.3.- Las concretas diferencias en el momento actual.....	143
A) El carácter asistencial de la prestación alimenticia, su configuración como obligación mixta de dar y hacer.....	143

B) El carácter variable de la prestación alimenticia	145
C) La doble aleatoriedad del contrato de alimentos y el carácter continúo de la prestación alimenticia	148
D) El carácter personalísimo del contrato	150
5.5.4.- Las relaciones jurídicas que implican prestaciones alimenticias no asistenciales	154
A) Naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que implican prestaciones de dar variables a cargo del deudor.....	154
B) Naturaleza jurídica de la pensión prevista en el artículo 1.792 CC	156
5.6.- DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA Y LA HIPOTECA INVERSA.	159
5.6.1.- Introducción y antecedentes de la figura.....	159
5.6.2.- Concepto de la hipoteca inversa. Diferencias con la renta vitalicia.....	162
5.6.3.- Regulación legal de la hipoteca inversa.....	164
5.6.4.- Conclusiones	175

6.- FUENTES NO CONTRACTUALES DE LA RENTA VITALICIA. 179

6.1.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA DISPOSICIÓN <i>MORTIS CAUSA</i>	180
6.2.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL.	182
6.3.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL.	186

CAPÍTULO II: CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA..... 190

1.- ESTUDIO DEL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA..... 190

1.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO ALEATORIO.....	190
1.2.- CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ALEATORIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1.790 CC. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE <i>ALEA</i>	195
1.2.1.- Introducción.....	195
1.2.2.- El carácter descriptivo de la definición.....	196
1.2.3.- La heterogeneidad de la definición: ausencia de mención del riesgo.....	198

1.3.- CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO	200
1.3.1.- Tesis tradicional: la indeterminación del resultado en los contratos aleatorios	200
A) Estudio crítico de la tesis tradicional.....	203
B) Defensa y concreción de la tesis tradicional.....	205
1.3.2.- Criterios actuales: el <i>alea</i> en los contratos aleatorios y en los contratos conmutativos	207
A) Introducción.....	207
B) El concepto de riesgo. Crítica a su consideración como el objeto del contrato aleatorio.....	209
C) El concepto de <i>alea</i> y su identificación con el riesgo y el evento incierto.....	213
D) La búsqueda del riesgo que determina la aleatoriedad: riesgo interno y riesgo externo.....	217
E) La inherencia del riesgo que determina la aleatoriedad.....	221
F) El <i>alea</i> y el evento incierto en los contratos aleatorios.....	222
G) El carácter esencial de la situación de incertidumbre.....	229
1.4. - EL <i>ALEA</i> NORMAL DEL CONTRATO.....	231
1.5.- EL <i>ALEA</i> DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA... ..	237
1.5.1.- Supuestos conflictivos: precedentes legislativos y derecho comparado	238
1.5.2.- Renta inferior a los productos del bien cedido.	243
1.5.3- El contrato de renta vitalicia celebrado sobre una persona muerta o enferma que muera en los veinte días siguientes a la celebración del contrato	251
A) Presupuestos de aplicación	256
B) Fundamento del precepto. Supuestos conflictivos	265
2.- ONEROSIDAD Y GRATUIDAD EN EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.	278
2.1- LA TRADICIONAL CONSIDERACIÓN ONEROSA DEL CONTRATO ALEATORIO Y SU POSIBLE GRATUIDAD	278
2.1.1.- El olvido del carácter gratuito en la definición.....	281
2.1.2.- El error en la identificación de gratuidad y espíritu de liberalidad.....	282
2.1.3.- Crítica a la consideración del contrato aleatorio gratuito como donación.	286
2.1.4.- El <i>alea</i> como elemento esencial del contrato aleatorio gratuito. La consideración de este contrato como verdadero contrato aleatorio.....	288
2.2.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA GRATUITO ...	292
2.2.1.- Introducción.....	292
2.2.2.- Criterios objetivos para la delimitación del carácter gratuito del contrato de renta vitalicia.....	294

2.2.3.- Delimitación de figuras.	296
A) La donación de renta.....	297
B) <i>Negotium mixtum cum donatione</i>	298
C) Contrato de renta vitalicia gratuito	301
2.2.4.- Las características del <i>alea</i> en el contrato de renta vitalicia gratuito	307
2.3.- LA RENTA VITALICIA A FAVOR DE TERCERO	310
2.3.1.- Introducción.....	310
2.3.3.- Clases de renta vitalicia a favor de tercero	312
2.3.2.- La aceptación de la renta por el tercero.....	313
2.3.3.- La revocación de la renta por el estipulante o la renuncia del tercero. Consecuencias	317

3.- EL CARÁCTER CONSENSUAL Y BILATERAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA. SU POSIBLE CONSTITUCIÓN UNILATERAL.....318

3.1.- LA CONSENSUALIDAD Y LA POSIBLE UNILATERALIDAD DEL CONTRATO ALEATORIO CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 1.790 CC.....	319
3.2.- LA UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD DEL CONTRATO ALEATORIO EN GENERAL.....	321
3.2.1.- Introducción.....	321
3.2.2.- La tradicional consideración bilateral del contrato aleatorio y su posible carácter unilateral.....	324
3.2.3.- La existencia de <i>alea</i> bilateral en el contrato aleatorio unilateral. La bilateralidad del <i>alea</i>	326
3.2.4.- Los problemas suscitados por la idea de la necesaria bilateralidad del contrato aleatorio. La existencia de contratos aleatorios unilaterales	331
3.3.- EL CARÁCTER CONSENSUAL Y BILATERAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA ONEROSO	334

CAPÍTULO III: ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO..... 346

1.- PLANTEAMIENTO	346
2.- EL SUJETO ACTIVO	348
2.1.- PROBLEMÁTICA	348
2.2.- PLURALIDAD	349

3.- EL SUJETO PASIVO	357
3.1.- PROBLEMÁTICA	357
3.2.- PLURALIDAD	359
4.- LA VIDA MÓDULO DE LA RELACIÓN	361
4.1.- INTRODUCCIÓN	361
4.2.- LA NECESARIA DETERMINACIÓN DE LA VIDA MÓDULO.....	365
4.3.- SUPUESTOS CONFLICTIVOS.....	368
4.3.1.- La falta de mención a la vida contemplada	368
4.3.2.- La muerte violenta de la vida módulo causada por el deudor.....	370
4.3.3.- La constitución de la renta sobre un no nacido	374
4.3.4.- La constitución de la renta sobre la vida del deudor.....	377
4.3.5.- La constitución de la renta sobre una vida módulo plural.....	379

CAPÍTULO IV: ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONTENIDO DEL CONTRATO..... 384

1.- EL CAPITAL Y LAS OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE DE LA RENTA VITALICIA.....385

1.1.- EL CAPITAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.....	385
1.1.1.- La cesión de usufructo	390
1.1.2.- La transmisión de nuda propiedad.....	393
1.2.- LAS OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE DE LA RENTA: LA ENTREGA DEL CAPITAL	399

2.- LA PENSIÓN VITALICIA Y LAS OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA.403

2.1.- LA PENSIÓN VITALICIA.....	403
2.1.1.- Objeto de la pensión.....	405
2.1.2.- Alteraciones monetarias	411
A) La cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	414
B) Las cláusulas de estabilización.....	420
2.2.- LAS OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA: EL PAGO DE LA PENSIÓN.....	427
2.2.1.- La obligación de pago de la renta vitalicia. Una obligación única, duradera y de ejecución periódica	428

A) La concreción de los plazos de ejecución de la obligación de pago de la renta vitalicia	431
B) La necesaria justificación de la existencia de la vida contemplada para reclamar la renta	435
2.2.2.- La obligación de pagar la renta, una obligación de carácter vitalicio	438
2.2.3.- La obligación de pago de la renta vitalicia no está sometida a condición.....	441
2.2.4.- La obligación de pago de la renta vitalicia es personal, no real.....	448

CAPÍTULO V: GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA RENTA 459

1.- LA IRRESOLUBILIDAD DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA RENTA. EL ARTÍCULO 1.805 CC459

1.1.- JUSTIFICACIÓN SISTEMÁTICA	459
1.2.- PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 1.805 CC.....	460
1.3.- LAS CONSECUENCIAS DEL IMPAGO DE LA RENTA: LA RECLAMACIÓN DE LAS RENTAS VENCIDAS Y EL ASEGURAMIENTO DE LAS FUTURAS	461
1.4.- EL ARTÍCULO 1.805 CC Y EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA GRATUITO.....	467
1.5.- FUNDAMENTO DE LA IRRESOLUBILIDAD DEL CONTRATO POR LA FALTA DE PAGO DE LA RENTA	472
1.6.- LA POSIBILIDAD DE PACTAR EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.805 CC: EL PACTO RESOLUTORIO EXPRESO	486
1.7.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA.....	496

2.- LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS.....508

2.1.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LA HIPOTECA DE RENTA.....	510
2.2.- CARACTERES DE LA HIPOTECA DE RENTA	513
2.3.- ENAJENACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO Y TRANSMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA RENTA	515
2.4.- EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA	526

3.- LA INEMBARGABILIDAD DE LAS RENTAS CONSTITUIDAS A TÍTULO GRATUITO.....	529
3.1.- PRECEDENTES DEL ARTÍCULO 1.807 CC	529
3.2.- FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 1.807 CC	531
3.3.- PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE INEMBARGABILIDAD.....	545
 CONCLUSIONES	552
 BIBLIOGRAFÍA	558

INTRODUCCIÓN

El contrato de renta vitalicia se encuentra regulado en nuestro Código Civil desde su promulgación, en el año 1.889. Desde ese momento, en el que el legislador lo introdujo en los artículos 1.802 a 1.808 del capítulo IV, título XII, libro IV CC., no ha sufrido ninguna modificación. Sin embargo, nuestra economía y nuestra sociedad sí han evolucionado, aunque tal evolución no se ha visto reflejada en una modificación o concreción del contrato que nos ocupa. Ello justifica por sí solo el objeto del presente trabajo.

Los contratos aleatorios en general son regulados escuetamente en el CC, que apenas les dedica un artículo confusamente redactado. Sin embargo, son figuras complejas que gozan de singular utilidad, dado que permiten la adaptación a las concretas necesidades y circunstancias de los ciudadanos, aunque proclives al fraude. Ello debería haber redundado en una mayor atención en su regulación, y no en un relativo olvido que parece relegarlos a un segundo plano. Hasta hace sólo algunos años el legislador español no contemplaba la interesante figura que ha venido a denominarse “contrato de alimentos”, que continuamente era confundida con el contrato de renta vitalicia. Tras su regulación, bastante más detallada que la del contrato que nos ocupa, la formalización de los contratos de alimentos se ha incrementado, como consecuencia de la seguridad que aporta la tipificación legal. El contrato de renta vitalicia, sin embargo, es aceptado con reticencias, dados los importantes ámbitos de confusión que genera, la importante carga fiscal que conlleva y, fundamentalmente, el temor que implican las trabas a la resolución por incumplimiento de la obligación de pagar la renta, contenidas en el artículo 1.805 CC.

No deja de sorprender que los particulares formalicen escasos contratos de renta vitalicia, mientras cada vez son más las compañías aseguradoras y las entidades crediticias que idean y comercializan fórmulas muy similares a las que esta relación contractual proporciona. Sin embargo, una meditación detenida nos proporciona las claves de tal paradoja. ¿Por qué un particular prefiere formalizar una relación de estas características con entidades aseguradoras o financieras, cuyos intereses y posibilidades de abusar de su posición dominante son bien conocidos, otorgándosele la alternativa de hacerlo con otros particulares cercanos de manera mucho menos onerosa? La respuesta parece clara: el contrato de renta vitalicia ha caído en el olvido a causa de los importantes problemas que genera su regulación. Sí se han percatado de ello las aseguradoras y los bancos, que a la vista de la importante demanda de una figura de estas características, han adaptado los productos ya existentes al contrato que nos ocupa.

Lo más irónico es que el contrato de renta vitalicia, además, tiene la virtualidad potencial de cumplir una importante labor asistencial. Sin embargo, los poderes públicos prefieren beneficiar un producto marcado por el indudable ánimo especulativo de los bancos, al regular y fomentar la figura de la “hipoteca inversa”, a la que se beneficia fiscalmente y se la libera de los gastos de constitución. Se prefiere importar y fomentar un modelo contractual que, sin duda, dará lugar a abusos y problemas, en lugar de trabajar y perfeccionar la regulación del contrato de renta vitalicia. Pareciera como si nuestro legislador ni siquiera reparara en ella. Ojalá no hubiese sido así, pues la situación actual del mercado hipotecario tras la crisis derivada de las hipotecas *subprime* y el correlativo e inevitable descenso del precio de los inmuebles es probable que, al menos temporalmente, dejen sin efecto a este nuevo “producto asistencial”.

Insistimos en que una regulación detallada y adaptada a los nuevos tiempos del contrato de renta vitalicia, la desaparición de aquellas opiniones que afirman que este contrato sólo puede constituirse con la transmisión de la propiedad del capital, la regulación detallada de la hipoteca en garantía de rentas, la expresa previsión legal del pacto resolutorio y sus consecuencias, una regulación fiscal favorable de la relación... facilitarían la consecución de la finalidad asistencial buscada con la hipoteca inversa, y acabarían con el olvido de un contrato que, hoy más que nunca, beneficiaría sobremanera a los ciudadanos particulares. Especialmente a los más necesitados, bien por su situación económica o por su avanzada edad.

Esta es la razón que justifica un estudio en profundidad del contrato de renta vitalicia, a fin de ofrecer una perspectiva de cuáles son los problemas que plantea para proponer una regulación que permita su adaptación a la actual situación socioeconómica, con la confianza de que ello pueda redundar en un beneficio para la sociedad.

A partir del objetivo de este trabajo, que versa sobre la revisión de los aspectos más relevantes y controvertidos del contrato de renta vitalicia, a la luz de las nuevas necesidades sociales, es requisito imprescindible realizar un análisis sistemático y completo de toda la institución. La presente tesis doctoral pretende llevar a cabo un estudio general que ofrezca, en la medida de lo posible, una visión global del contrato, y ponga de relieve las cuestiones más interesantes que el mismo suscita. No obstante, la generalidad buscada impide que se agoten de forma exhaustiva todas y cada una de las cuestiones tratadas, tanto del propio contrato como, sobre todo, de aquellas materias conexas al mismo. Lógicamente, nos centramos en las cuestiones más importantes, controvertidas o necesitadas de reforma, pero la perspectiva general del contrato permite el tratamiento sistemático y de conjunto imprescindible para la coherencia e imparcialidad de las decisiones adoptadas.

La investigación se centra exclusivamente en el *contrato de renta vitalicia*, y deja al margen el resto de obligaciones de renta vitalicia, a las que brevemente se alude con la finalidad de distinguirlas, sin perjuicio de señalar, también, sus analogías. El contrato de renta vitalicia se configura como una institución jurídica autónoma e independiente del resto de obligaciones vitalicias, subsumida entre ellas, pero absolutamente independiente, con unos caracteres y un régimen jurídico propios. No obstante, propugnamos la posibilidad de aplicar el régimen jurídico de la figura que nos ocupa al resto de obligaciones de renta vitalicia, en todo aquello que pueda resultar compatible, dada la práctica atipicidad del resto de prestaciones de estas características. Precisamente este es otro de los motivos por los que defendemos la necesidad de profundizar y actualizar el régimen jurídico del contrato de renta vitalicia, pues es la única institución que contiene una regulación, más o menos detallada, de la obligación de pagar una renta vitalicia. Esto es así a pesar de que cada vez son más las prestaciones de estas características, pues se ha puesto de manifiesto su gran capacidad para adaptarse a las necesidades del rentista.

Para la consecución de tales objetivos, el trabajo parte de un detenido estudio histórico de la figura. Tras investigar la evolución de la figura, y precisar el concepto de contrato de renta vitalicia, se acomete la tarea de deslindar el contrato de otras figuras con las que tradicionalmente se ha confundido, bien sea por su devenir histórico o por sus semejanzas actuales. Concluida tal labor introductoria, se procede al análisis de la figura como contrato, mediante un esquema sistemático y metodológico eminentemente clásico: La naturaleza y caracteres del contrato, las especialidades y problemática de sus elementos subjetivos, las características de los elementos objetivos y los debates que suscitan, así como un estudio detenido de las principales controversias que plantean las obligaciones de las partes contratantes. Por último, la investigación se centra en un aspecto absolutamente fundamental, las principales garantías que pueden pactarse para asegurar la obligación de pago de la renta: el pacto resolutorio y la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, donde propugnamos una regulación exhaustiva y proponemos las pautas básicas conforme a las que consideramos que deberían regularse. Para finalizar, el trabajo aborda el contenido del artículo 1.807 CC y la posibilidad de acordar la inembargabilidad de las rentas constituidas a título gratuito, extremo donde igualmente se propone una determinada interpretación del citado precepto.

El estudio de todos estos aspectos parte de la regulación contenida en los artículos 1.802 y siguientes del Código Civil. No podía ser de otra manera, puesto que estamos ante un contrato típico cuya regulación se sujeta a lo establecido en los citados preceptos. Sin embargo, por exigencias del rigor metodológico más elemental, el trabajo no se limita a analizar en profundidad esa regulación legal. Como la pretensión fundamental de esta tesis doctoral es actualizar el contrato que nos ocupa, exponemos las distintas opciones

hermenéuticas que a lo largo de su dilatada vigencia legal han suscitado esas normas, para terminar optando en cada caso por las que consideramos más beneficiosas para la figura, o propugnar en ocasiones una nueva interpretación que permita minimizar las principales dificultades que suscita su aplicación.

Esa difícil tarea viene presidida en todo caso por una minuciosa y atenta valoración de los diferentes intereses en conflicto, para procurar siempre el amparo de aquellos que nos parecen más necesitados de tutela. Tal actitud metodológica de carácter valorativo, social y sensible a los intereses y problemas, es la que hoy se reclama del investigador en Derecho Civil, y ciertamente requiere el manejo solvente de los conceptos, pero utilizados siempre como medio y nunca como un fin en sí mismo. Este es el cuerpo fundamental del trabajo, siempre centrado en lo que hemos considerado más problemático.

La búsqueda de las interpretaciones más adecuadas, y de las soluciones a las situaciones conflictivas, viene iluminada, pues, por tres puntos de referencia fundamentales: las distintas opiniones de la doctrina científica, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales y, cómo no, el Derecho comparado. En cuanto a las fuentes, estos han sido los tres pilares básicos en los que se apoya nuestra construcción de un “nuevo” contrato de renta vitalicia, más adaptado a las necesidades actuales.

En relación con el primero de tales apoyos, las opiniones doctrinales, es indudable que las numerosas obras consultadas, tanto de la doctrina española como de la extranjera, han sido determinantes en nuestra investigación. Estos trabajos nos han aportado abundante y valiosa información acerca de los problemas y las cuestiones más controvertidas y nos han ayudado a estructurar el estudio. Sin embargo, en el panorama bibliográfico español se echan de menos monografías recientes que se ocupen del contrato de renta vitalicia. Nos ha llamado mucho la atención la gran cantidad de obras existentes sobre el vitalicio, y el actual contrato de alimentos, frente al escaso número de trabajos, no ya monografías, actuales sobre el contrato de renta vitalicia. Sin duda, las principales pistas sobre los problemas más actuales del contrato vienen dadas por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la denominada “menor”, a pesar de no ser excesivamente abundante en la materia que nos ocupa. Por otra parte, son esenciales, a este objeto, las nuevas figuras contractuales que tratan de cumplir las finalidades del contrato de renta vitalicia, fundamentalmente, el contrato de alimentos, el seguro y la recientemente aparecida hipoteca inversa. Finalmente, el estudio del Derecho comparado, principalmente el francés y el italiano, permiten barajar distintas opciones y soluciones para los problemas que hemos ido desgranando.

A partir de tan inestimable ayuda, de la confrontación de las opiniones de la doctrina más autorizada con las necesidades prácticas evidenciadas en las distintas resoluciones jurisprudenciales, y en los nuevos contratos “asistenciales”, así como de la meditación detenida sobre las distintas soluciones del Derecho comparado, las reflexiones personales han ido haciendo el resto, lo que acaba conformando un trabajo que, en la medida de nuestras posibilidades, esperamos, sea útil.

Para finalizar, solo queda anticipar brevemente la estructura sistemática del trabajo. Como ya se ha puesto de manifiesto, el estudio se inicia con los orígenes de la figura y la concreción del concepto de contrato aleatorio en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el Derecho comparado. Seguidamente se analizan sus diferencias y autonomía respecto de otros contratos análogos, y las fuentes no contractuales de renta vitalicia. A todas estas cuestiones se dedica el capítulo primero de la tesis.

El repaso de las etapas más importantes de la evolución de la figura que nos ocupa es ineludible, pues como sucede en tantas otras instituciones civiles, se fragua tras una lenta pero constante evolución, y aún conserva algunas peculiaridades genuinamente tradicionales. Sólo con el estudio de esta evolución, y del papel que desempeñó, fundamentalmente en la Edad Media, es posible comprender algunas de las confusiones que se han generado respecto de sus caracteres esenciales. Por este motivo, los dos primeros epígrafes del capítulo se dedican a los antecedentes remotos de la institución, antes de configurarse como auténtico contrato, a su evolución en el Derecho romano y, fundamentalmente, durante la Edad Media.

Posteriormente nos detenemos en la configuración de la figura en nuestro ordenamiento jurídico, antes y después de la promulgación del Código Civil, y en los principales derechos forales, para finalmente esbozar un concepto de contrato aleatorio que comparamos con el que deriva del Derecho comparado. A ello se dedican los epígrafes tercero y cuarto. Para finalizar, en el quinto epígrafe de este capítulo introductorio, pero fundamental, se trata de diferenciar el contrato de las principales figuras contractuales con las que se le ha confundido, bien por su evolución histórica o por sus analogías actuales. Esta intención delimitadora se completa con una breve alusión a las fuentes no contractuales de renta vitalicia, en el último epígrafe del capítulo.

El capítulo segundo, una vez delimitado el concepto y conocidos los antecedentes históricos de la figura, se ocupa de estudiar la naturaleza jurídica y los caracteres del contrato. Ello obliga a adentrarse en el estudio del *alea* y sus consecuencias en los contratos y, bajo el prisma de la aleatoriedad, estudiamos la posibilidad de constituir contratos aleatorios gratuitos. A pesar de las numerosas opiniones contrarias a tal posibilidad, nos pronunciamos a favor de la misma, y lo justificamos, sobre todo, en el estudio del contrato

gratuito de renta vitalicia, y de las distintas formas que puede adoptar. También se examina el concepto de bilateralidad para justificar la posibilidad de constituir contratos aleatorios unilaterales, entre los que se encuentra, lógicamente, el contrato de renta vitalicia gratuito puro. Por último, la investigación se detiene en el discutido carácter consensual o real del contrato, donde defendemos su absoluta consensualidad, al considerar que la defensa del carácter real se debe a un error derivado de su evolución histórica.

El capítulo tercero se dedica a estudiar los elementos subjetivos del contrato y la problemática que pueden generar, principalmente cuando son varios los sujetos activos o pasivos. Especial atención se dedica a la *vida módulo*, dada su especificidad y relevancia en el contrato. El capítulo cuarto se ocupa de estudiar los elementos objetivos y el contenido del contrato. En él se efectúa un minucioso estudio del *capital*, y de los bienes y derechos que pueden constituirlo, así como del título con el que debe transmitirse. Además, se hace una reflexión sobre la obligación del constituyente de transmitirlo. La segunda parte del capítulo se dedica a la *pensión* y a las características de la obligación de pago de la renta, incidiendo en el carácter personal y vitalicio de la misma, que nunca debe confundirse con una obligación sometida a condición.

El último capítulo se dedica a las garantías de la obligación de pago de la renta. Allí se estudia con detenimiento el pacto resolutorio y la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, con especial hincapié en su defectuosa regulación y en las pautas que debería seguir una hipotética modificación legal. Por último, nos ocupamos de la inembargabilidad de las rentas constituidas a título gratuito.

Antes de finalizar esta introducción, desearía dedicar unas líneas a agradecer a mi maestro, el Profesor Dr. Eugenio Llamas Pombo, su constante apoyo y su inestimable labor en la dirección y corrección del presente trabajo. Sin sus enseñanzas no podría haber tenido lugar y, probablemente, mi carrera universitaria tampoco, pues su labor no se ha dedicado a una mera instrucción, sino a una formación completa e inigualable en la lealtad, el esfuerzo y la rigurosidad que, considero, deben presidir la actividad universitaria.

CAPÍTULO I:

CONCEPTO Y ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

1.- NACIMIENTO Y ORÍGENES DE LA FIGURA EN EL DERECHO ROMANO

Existen disputas en la doctrina jurídica en relación con los orígenes de la figura que es objeto de estudio. Aunque la generalidad de los autores considera que tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, una minoría considera que no era conocida en Roma¹.

En nuestra opinión, y así lo confirman las fuentes, hay indicios de relaciones jurídicas generadoras de rentas vitalicias en Roma. Relaciones jurídicas que constituyen los antecedentes remotos del actual contrato de renta vitalicia. En este sentido es reseñable la opinión del propio DE VILLA al negar la existencia de tal contrato en el Derecho Romano, pues reconoce que las fuentes contienen ejemplos de estipulaciones cuyo contenido coincide con el de la renta vitalicia, si bien considera que no son los antecedentes del contrato en la actualidad, porque carecen de una regulación específica².

Es indudable que en las fuentes no se regula el contrato de renta vitalicia con las especialidades de las que lo reviste la ciencia moderna. Sin embargo, el Derecho Romano contempla determinadas figuras que dan lugar a obligaciones de renta vitalicia, concebidas como una obligación autónoma de dar a otro durante su vida, o la de un tercero³, una prestación en dinero o

¹ DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio” en *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1.940, pág. 1.094, TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires”, en *Commentaires des titres XI et XII, Livre III du Code civil*, Tomo XV, Charles Hingray, París, 1.845, n° 204, pág. 373. También en “Del prestito, del deposito, del sequestro et dei contratti aleatorii” en *Il Diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice*, T.IV, 1ª ed. Italiana, Tipografia Clamis e Roberti, Palermo, 1.845, n° 204, pág. 344, BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio nelle carte milanesi del secolo XIII”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. XLI, fascículos 8-9, Torino, Fratelli Bocca Editore, 1.906, pág. 5.

² DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo... cit.*, pág. 1.094.

³ Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto vitalizio*, UTET, Torino, 1.935, pág. 4, la mención a “la vida de un tercero” hace referencia a la vida del propio perceptor de la renta, pues tal y como afirma en la página 3, *in fine*, no existen evidencias en las fuentes de que la renta vitalicia pudiese constituirse en atención a la duración de la vida de un tercero distinto del deudor o del acreedor.

en otras cosas fungibles⁴. Por esto, y aun reconociendo las escasas aplicaciones de la figura en Roma, se puede afirmar que el germen del contrato de renta vitalicia que conocemos en la actualidad se encuentra en el Derecho Romano. En este sentido no se puede menos que compartir la opinión de PONT, quien defiende que los romanos conocieron bien la renta vitalicia, aunque la utilizaron poco como contrato⁵.

Los textos romanos recogen la constitución de rentas vitalicias a través de la *stipulatio*⁶, a título oneroso o gratuito, o mediante testamento, por la constitución de un *legatum*⁷ de renta vitalicia. A través de tales mecanismos el beneficiario adquiere el derecho a recibir prestaciones periódicas, consistentes en una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles (productos agrícolas⁸,

⁴ AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua e rendita vitalizia”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n° 19, 1.953, pág. 204, criticando la opinión de quienes piensan que la constitución de renta vitalicia no fue conocida por el Derecho Romano, considera que el Derecho moderno ha añadido muy poco en este campo a la tradición romana, y todavía menos a la edad intermedia, en la que, como se verá, fue muy utilizada y notablemente reelaborada. De hecho, afirma que entre el Derecho moderno y el romano existe una mera diferencia estructural

⁵ PONT, PAUL, “Du contrat de rente viagère”, *Explication théorique et pratique du Code Civil: Des petits contrats*, T.8, vol.1, 2ª ed., Delamotte et fils, Paris, 1.877, pág. 368, n° 667. También entienden que el contrato de renta vitalicia no fue desconocido para el Derecho Romano, basándose en C 8, 54 (55), SALVIOLI, GIUSEPPE, *Storia del Diritto Italiano*, 8ª ed., UTET, Torino, 1.921, págs. 651y 652, y CALONGE, ALFREDO, *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1.963, pág. 62. La referencia debe hacerse al contrato de alimentos, pues la figura contemplada en el fragmento hace referencia a supuestos en los que una de las partes cede los bienes con la condición de que se le mantenga durante lo que le reste de vida, *in natura* o con una cantidad suficiente de dinero. De hecho, CALONGE no habla de contrato de renta vitalicia, sino de vitalicio, denominación con la que se hacía referencia al contrato de alimentos antes de que éste fuese tipificado. Por su parte, SALVIOLI, GIUSEPPE confirma la referencia a tal contrato, en la pág. 652, al indicarnos que posteriormente, en el S.XIII, con la transformación de la economía rural en monetaria, las entregas en productos alimenticios se transforman en pensiones, distinguiéndose el *redditus in annum victum* (equivalente al *bail a nourriture* francés y a nuestro contrato de alimentos) del *redditus appellatus panis civilis*, que es la denominación que BALDO da al contrato de renta vitalicia.

⁶ D.45, 1,56, 4, “*Qui ita stipulatur: “decem, quod vivam, dari spondes?” confestim decem recte dari petit; sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est; nam stipulatorem id eggise, ne heres eius peteret, palam est; quemadmodum is, qui usque in Kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post Kalendas petere, sed exceptione pacti summovetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione summovebitur.*”; Inst. 3, 15 (16), 3, *At si ita stipuleris: “decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes?” et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*”

⁷ D.33,1,5, “*A vobis quoque, ceteri heredes, peto, ut uxoti meae praestetis, quoad vivet, annuos decem aureos; uxor superivixit marito quinquenio et quatuor mensibus; quaero, an heredibus eius sexti anni legatum integrum debeatur. Modestinus respondit, integri sexti anni legatum deberi.*”

⁸ D.33, 1,12, “*Caius Seius praedia diversis pagis Maeviae et Seiae legavit, et ita cavuit: “praestari autem volo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua arundinis millia trecena et salicis mundae annua librarum singula millia”; quaero, an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit, servitutem iure constitutam non videri neque in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem*

vino⁹, o cosas distintas en los diferentes periodos¹⁰). Se distingue así, por la naturaleza del objeto, la prestación de renta de aquella de alimentos¹¹.

El principal problema de admitir la existencia de rentas vitalicias en Roma radica en que tal figura implica un término final adherido a la estipulación, dado que “*los romanos divisaban siniestros augurios en las estipulaciones que generaban cualquier esperanza sobre la muerte del hombre*”¹².

El antiguo Derecho Romano, especialmente el clásico, es contrario a los términos finales y salvo para los supuestos de contratos por naturaleza temporales, como el usufructo, la adición de un término final implica la nulidad del acto o su consideración como no nacido¹³. En los supuestos de *legatum* y *stipulatio* que aquí nos interesan, los vitalicios, no se tiene en cuenta el término final puesto, correspondiente a la vida de una persona, si bien el negocio es válido y eficaz. Esto supone que la renta vitalicia se transforme automáticamente en perpetua, incluso en contra de la voluntad del constituyente¹⁴.

Los juristas clásicos encuentran remedios idóneos para respetar la voluntad privada, acercando exigencias prácticas y concepciones jurídicas,

competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt; et ideo, quum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri.”

⁹ D.33, 1, 17,1, “*Vini Falerni, quod domi nascetur, quotannis in annos singulos binos culeos heres meus Attio dato*”; *etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos, si modo ex vindemia ceterorum annorum dari possit.*

¹⁰ D.36, 2,11, “*nec refert, singuli aurei in annos singulos legentur, an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum.*”

¹¹ Tal y como manifiesta, también, AMELOTTI, MARIO, “Voz: Rendita”, en *Enciclopedia del Diritto XXXIX*, Giuffré, Varese, 1.988, pág. 817.

¹² LOMONACO, GIOVANNI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, T. VI, 2ª ed., Nicola Jovene & C.O, Nápoles, 1.895, pág. 478, TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 204, pág. 373. También en “Del prestito, del...”, *cit.*, n° 204, pág. 344.

¹³ En este sentido se pronuncia SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. II, 2ª ed. traducida por D. MANUEL DURÁN Y BAS, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1.930, págs. 276 y ss.

¹⁴ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit Romain*, T. II, 4ª ed., Bruylant-Christophe & Cª, Bruxelles, 1.877, pág. 591, sostiene que para los Romanos “*obligatio tempore finiri non potest*”. Comparte esta opinión AMELOTTI, MARIO, “Voz: rendita”, *cit.*, pág. 817. Ambos autores citan como base de la afirmación D. 30,55 (57); “*Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.*”; I. 3,15,3; “*At si ita stipuleris decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes?, et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest...*”; D. 44,7,44,1, “*Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem; ex die veluti “kalendis martiis dare spondes?” cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur; ad diem autem “usque ad kalendas dare spondes?” Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum; nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi...*”.

soluciones que, lógicamente, serán distintas para las rentas vitalicias derivadas de legado y aquellas nacidas de la estipulación¹⁵.

1.1.- EL LEGADO DE RENTA VITALICIA EN ROMA

El supuesto del legado de renta vitalicia, frecuentemente utilizado en Roma, se incardina dentro de la amplia denominación *annua legata*, es decir, legados periódicos que otorgan al legatario una concreta suma de dinero, u otras cosas fungibles, al finalizar determinados periodos de tiempo: años, meses, días...¹⁶.

Dentro de tales legados se distinguen, según su objeto, tres clases: el legado de rentas de una cosa (*reditus legatus*), el legado de alimentos (*alimenta legata*) y el legado de renta (*annuum legatum*). El primero de ellos sólo constituye un derecho, en favor del legatario, a exigir las rentas generadas por una determinada cosa, o la porción de las mismas especificada por el testador. No otorga derecho alguno sobre la cosa misma, pues se mantiene en manos del heredero que conserva, incluso, la capacidad de enajenarla¹⁷.

El legado de alimentos (*alimenta legata*) tiene la finalidad de mantener al legatario. Su extensión, en principio, se establece por el testador, quien

¹⁵ AMELOTI, MARIO, "Voz: rendita", *cit.*, pág. 817

¹⁶ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit Romain*, T. III, 4ª ed., Bruylant-Christophe & Cª, Bruxelles, 1.877, pág. 629, texto y nota 1. En confirmación de esta afirmación, D. 2,15,8,24, "*Si cui non numus ad alimenta, sed frumentum atque oleum et cetera, quae ad victum necessaria sunt, fuerint relicta, non poterit de his transigere, sive annua, sive menstrua ei relinquuntur. Si tamen ita sine Praetore transegerit, ut in vicem eorum nummum quotannis vel quotmensibus acciperet, et neque diem, neque modum permutavit, sed tantum genus; vel ex contratio si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quae in numis ei relicta fuissent; vel si vinum pro oleo vel oleum pro vino, vel quid aliud commutavit; vel locum permutavit, ut quae erant ei Romae alimenta relicta, in municipio vel in provincia acciperet, vel contra; vel personam commutavit, ut quod a pluribus erat accepturus, ab uno acciperet; vel alium pro alio debitorem acceperit; haec omnia habent disceptationem Praetoris et pro utilitate alimentarii recipienda sunt.*"; D.34,1,8 "...alimentorum vero praebendorum necessitas oneribus mensuris atque annuis verecundiam quoque pulsantibus adstringitur."; D.34,1,9,1 "Eum quoque libertum inter eos, quibus cibaria, item vestiarium patrona, quae viva praestabat, reliquit, recte fideicommissum petiturum existimavi, qui annuos viginti aureos, et menstruum frumentum atque vinum acceptavit."; D.34,3,28pr. "Aurelius symphorus fideiusserat pro tutore quodam, et decedens iisdem pupillis legavit in haec verba: "Arellio Latino et Arellio Felici singulis quina, quum quis eorum quatuordecim annorum fuerit, ad quod tempus praestari iis volo singulis alimentorum nomine menstruos denarios senos, et vestiarii nomine annuos denarios viginti quinque..."", textos en los que son mencionadas las prestaciones mensuales y anuales. En el fragmento D.36, 2,12,6, "Novissime pomponius scribit, nihil interesse, utrum in annos singulos vel quotannis an in singulos menses vel quot mensibus an in singulos dies vel quot diebus legetur; ipse quoque huic sententiae accedo; proinde et si annui legentur tot aurei, idem erit dicendum." se habla de legados realizados "in singulos annos", "in singulos menses", "in singulos dies".

¹⁷ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, *cit.*, T. III, págs. 630 y 631. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, FRANCISCO, *Lecciones de Derecho Romano*, 3ª ed., Ediciones Darro, Madrid, 1.978, pág. 363, también considera que los legados de prestaciones periódicas pueden subdividirse en legados de renta, de renta de una cosa y de alimentos.

dispone si el heredero debe suministrar los alimentos en dinero o *in natura*¹⁸. No obstante, cuando tal precisión no se realiza, los alimentos deben comprender la alimentación, el alojamiento y la vestimenta¹⁹, pero no la educación, salvo inclusión expresa²⁰. Con relación a su cuantía, en estos mismos supuestos de indeterminación por parte del testador, debe atenderse a la condición y a las circunstancias del legatario, así como a la situación que disfrutaba antes de la muerte del testador²¹. Además, con el mismo criterio

¹⁸ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 631, especialmente nota 1, donde cita D. 2, 15, 8, 24; D. 34, 1, 9, 1 (ya citados en nota 14).

¹⁹ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 631, especialmente nota 15, donde cita en confirmación de esta afirmación: D.34,1,6, "*Legatis alimentis cibaria, et vestitas, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest; cetera quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur*"; D.34,1,23, "*Rogatus es, ut quendam educes: ad victum necessaria ei praestare cogendus es. paulus: cur plenius est alimentorum legatum, ubi dictum est et vestiarium et habitationem contineri? immo ambo exaequanda sunt*". Se confirma, además, que en el legado de alimentos queda incluida el agua, en aquellas regiones en las que solía venderse, por lo establecido en D.34, 1,1, "*Si alimenta fuerint legata, dici potest, etiam aquam legato inesse, si in ea regione fuerint legata, ubi venundari aqua solet*". En el mismo sentido se pronuncia IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 10 ed., Ariel, Barcelona, 1.990, pág. 637, quien afirma que el legado de alimentos comprende todo lo necesario para el sustento de una persona: comida, vestido y habitación. Mantiene esta afirmación en IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano*, 15 ed., revisada por IGLESIAS- REDONDO, JUAN, Ariel, Barcelona, 2004, pág. 433. También ARIAS RAMOS, JOSÉ- ARIAS BONET JUAN ANTONIO, *Derecho Romano*, 4ª reimpression, Madrid, 1.994, pág. 849, afirman que el legado de alimentos es un tipo especial de legado de prestación periódica, que comprende lo necesario para la comida, vivienda y vestido del favorecido.

²⁰ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 631, como queda probado con la última parte del fragmento citado en la nota 17, D. 34, 1,6, "*...cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur*". Dejando a salvo, tanto en la extensión de los alimentos como en la inclusión de la educación, lo dispuesto en D. 34, 1,7, que da preferencia a la voluntad del testador: "*Nisi aliud testatorem sensisse probetur*". En el mismo sentido, IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 10 ed., pág. 637, texto y nota 59, afirma que "*No cuentan los gastos de educación, a no ser que disponga de otro modo el testador*". Tal afirmación la realiza, también, con base en D. 34, 1,7. Mantiene la misma postura en IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 15 ed., pág. 433, texto y nota 53.

²¹ MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 631, D.34.1, 5, "*Verba testamenti: omnibus libertis nostris cibaria praestabitur pro arbitrio vestro, non ignorantes, quot ex his caros habuerim, item alio loco: Prothymum Polychronium, Hypatium comiendo, ut et vobiscum sint, et cibaria praestetis, peto*"; quaero, an omnibus cibaria debent dari, an his, quos commendavit, et cum heredibus esse iussit? Modestinus respondit, omnibus libertis cibaria relicta proponi, quorum modum viri boni arbitrio statuendum esse."; D.34, 1, 22pr. "*Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit*"; D.33,1,14, "*Si cui annuum fuerit relictum sine adiectione summae, nihil videri huic adscriptum Mela ait; sed est verior Nervae sententia, quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum; si minus, ex dignitate personae statui oportebit*". Para IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 10 ed., pág. 637, texto y nota 60, los alimentos, si nada se dice sobre su medida y no se remite la decisión a la persona gravada o a un tercero, dependen de lo que hiciese el testador en vida, de lo que dejó a otros con igual finalidad, o, a su riqueza y a las necesidades del legatario. Tal afirmación la fundamenta en D.34, 1, 22pr. Mantiene la misma postura en IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 15 ed., pág. 433,

usado para el legado de renta, a falta de disposición en concreto el legado se entiende vitalicio²².

El tercer tipo de legado es el legado de renta (*annuum legatum*). Este legado, que al menos en derecho clásico debe adoptar la forma de legado *per damnationem*²³, atribuye al legatario derecho a una prestación periódica, preferiblemente en dinero, en la medida y con la periodicidad establecida por el testador²⁴. El legado de renta puede estipularse a perpetuidad, vitalicio, o por un cierto tiempo.

En el terreno práctico, cuando el testador no precisa si su deseo es constituir una renta vitalicia o perpetua, la ley presume su intención de limitar el legado al tiempo de vida que reste al legatario. De manera que si aquel no fija la duración de la renta, ésta se presume vitalicia y delimitada por la vida del propio rentista²⁵. La presunción del carácter vitalicio de la renta, fundada en el hecho de que el testador quiere beneficiar al legatario y no a sus

nota 54. ARIAS RAMOS, JOSÉ- ARIAS BONET, JUAN ANTONIO, *Derecho Romano...cit.*, pág. 849, afirman que si la cuantía no ha sido fijada por el testador de manera expresa, los textos señalan diversas pautas para fijarla. Así, a modo de ejemplo, señalan: la medida en la que el testador estuvo atendiendo tales necesidades en vida, si lo hizo; el rango social del legatario, la cuantía de la herencia, etc.

²² MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 631, D. 2, 15,8,10 “...constat enim alimenta cum vita finiri.” ;D.34,1,15pr. “A filio herede codicillis Seiae decem reliquit, et alumno his verbis: “Maevio infanti, alumno meo, quadringenta dari volo, quae peto a te, Seia, suscipias, et usuras ei quincunces in annum usque vicesimum aetatis praestes, eumque suscipias, et tuearis”; quaesitum est, an Seia, postquam legatum suum acceperit, si nolit pecuniam alumno relictam suscipere, vel in suscipienda ea cessaverit, onus alimentorum ex die mortis testatoris compellenda sit agnoscere. Respondit secundum ea, quae proponerentur, compellendam praestare, quum fideicommissum sit. Idem quaesit, an heres quoque Seiae in annos viginti alimenta praestare debeat. Respondit debere.”; D.36, 2,26,2, “...ceterum si pecuniam annuam pater alimentis filii destinasset, (non) dubie, persona deficiente, causa praestandi videtur extincta.”. Comparte esta opinión, IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 10 ed., pág. 637, que mantiene en IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano, ...*, cit., 15 ed., pág. 433.

²³ En este sentido, D’ORS, ÁLVARO, *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1.981, pág. 373, habla del legado damnatorio de renta vitalicia.

²⁴ Para IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano...*, cit., 10 ed., pág. 637, el *annuum legatum* es un legado de prestaciones periódicas, de una cantidad de cosas fungibles que suele consistir en dinero, cuya prestación debe hacerse en determinados períodos. En el mismo sentido se pronuncia en IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano, ...*, cit., 15 ed., pág. 433, con cita de D. 33,1.

²⁵ En este sentido se pronuncian MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, cit., T. III, pág. 630, y ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e natura giuridica della rendita vitalizia*, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1.939, pág. 10. Esta opinión viene además corroborada por lo establecido en D.33, 1,4 “Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinnus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionalis; videri enim hanc inesse conditionem, “si vivat”, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.”; D.33, 1,8. “In singulos annos relictum legatum simile est usufructui, quum morte finiatur; sane capitis deminutione non finitur, quum usufructus finiatur; et usufructus ita legari potest: “Titio usumfructum fundi lego et quotiesque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do”. Illud certe amplius est in hoc legato, quod in ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit, quod in usufructu non ita est, quum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet.”.

herederos²⁶, no es válida para el supuesto de legado a favor de persona jurídica, pues en este concreto supuesto se considera realizado a perpetuidad²⁷.

La primacía de la renta vitalicia, en aquellos supuestos en los que no es expresa la voluntad del testador, en ningún caso impide la constitución de rentas perpetuas. De hecho, si de la letra del propio testamento o de las concretas circunstancias del supuesto se intuye la voluntad del difunto de constituir una renta de estas características, ésta es la que queda constituida²⁸. Tal manifestación de voluntad se presume cuando el testador dispone a favor del legatario y sus herederos, pues en virtud de lo establecido en D.50, 16,65 “*la denominación de heredero se refiere no solamente al próximo heredero, sino también a los más lejanos...*”²⁹.

El principal problema para la constitución vitalicia de estas figuras radica en la imposibilidad de aplicar el término final a los legados. La dificultad intenta solventarse mediante la aplicación de un principio general en virtud del cual, los legados se interpretan más por la intención del testador que por la letra del testamento³⁰. Es necesario, por tanto, conciliar este principio: atender a la voluntad del testador que quiere constituir una renta vitalicia y no perpetua, con la prohibición de término final que afecta a los legados.

La solución viene dada por SABINO y es claramente expuesta por PAULO en D.33, 1,4:

²⁶ Tal y como afirma AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 209.

²⁷ D.33, 1,6, “*Annua pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus praesidere heredes voluit; successores heredum negant se debere, quasi testator tamdiu praestari voluisset, quamdiu praesiderent heredes; quaero igitur, an, quum praesidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum, an perpetuo praestari voluerit. Modestinus respondit fideicommissum quotannis in perpetuum reipublicae praestandum esse.*”

²⁸ AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 209, donde cita una constitución Justiniana que confirma sus palabras C.6, 37,22 “*In annalibus legatis vel fideicommissis, quae testator non solum certae personae, sed etiam eius heredibus praestari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus et eorum heredum heredibus conservari pro voluntate testatoris praecipimus.*”

²⁹ D.50, 16,65, “*“heredis” appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur; nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur.*” En este mismo sentido, MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, *cit.*, T. III, pág. 630 y nota 10, donde cita, además, este fragmento.

³⁰ SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. II, pág. 280, cita en confirmación de este principio general: D. 35, 1,19 pr., “*In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit condiciones; denique et in ea conditione “si filia mea cum Titio nupta erit”, placuit, non semper mortis tempus observari, sed voluntate patrocinante tardius produci.*”; D.35,1,101 pr., “*Pater Severianam Proculam Aelio Philippo cognato nuptiis testamento designavit, eidem filiae praedium, si Aelio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliqua; quodsi non nupsisset, idem praedium Philippo dari voluit; nondum viripotens puella diem suum obiit. Respondi, quum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat, Aelio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procura, defuncti filia, nubere noluisse; quare quum ea, priusquam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri.*”

*“Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hanc inesse conditionem, “si vivat”, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire”*³¹.

De esta forma, el legado de renta vitalicia ofrece la particularidad de configurarse como un conjunto de legados, cuyo numero se extiende a la totalidad de las prestaciones periódicas que se realicen, con la característica de ser puro y simple el primer año pero sujeto a la existencia del legatario en los siguientes³². Así, en los años posteriores a su constitución, el legado está sometido a la condición suspensiva de que el legatario continúe con vida, impidiendo, si este perece, que el derecho se transmita a sus herederos. La solución expuesta, como puede comprobarse, evita la constitución de rentas perpetuas en contra de la voluntad del testador.

³¹ Según AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, págs.207 y 208, el carácter genuino de este fragmento sólo es puesto en duda por BESELER, con argumentos de mero carácter formal. El autor cita, además, otros textos en confirmación de su carácter genuino, y de la integración del legado de renta vitalicia por un conjunto de más legados: D.33, 1,11, “*Quum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata ius capiendi inspicietur. Idem in servo inspiciendum est ex persona dominorum.*”; D.36,2,10, “*Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat.*”; D.39,6,35,7, “*Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et condicio eius, cui expromissum est, semel intuenda est.*”; D.7,3,1pr., “*Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius, qui fruatur et utitur, tamen semel cedit dies; aliter atque si cui in menses, vel in dies, vel in annos singulos quid legetur, tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat; et puto non cedere simul, sed per tempora adiecta, ut plura legata sint. Et ita libro quarto Digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est.*”. Confirma que el legado finaliza con la muerte del legatario con otro grupo de fragmentos: D. 4,5,10, “*Legatum in annos singulos vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat; videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit.*”; D.33,1,8 (ya citado en nota 21); D.33,1,12 (ya citado en nota 6); D.45,1,16,1, “*Stipulatio huiusmodi “in annos singulos” una est et incerta, et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur*”, que, aunque no duda que puedan estar interpolados en parte, dejan claro testimonio de la realidad contenida en los textos.

³² Esta configuración del legado de renta vitalicia en el Derecho Romano, se defiende por la práctica totalidad de autores que estudian la materia. Valgan como muestra, MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, *cit.*, T. III, págs. 629 y 630, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. II, pág. 280, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 3, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita perpetua e la rendita vitalizia”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCESCO, T. I, vol. XXXVII, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1.961, pág. 110, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ., *La renta vitalicia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.963, pág. 14, AMELOTI, MARIO, “Voz: rendita”, *cit.*, pág. 817. D’ORS, ÁLVARO, *Derecho privado...*, *cit.*, pág. 373, nota 3, afirma que en el legado de renta periódica se considera que hay tantos legados como plazos constituidos, de suerte que el término final, o la muerte del legatario en caso de renta vitalicia, no “resuelve” el derecho, sino que simplemente no deja que nazca el legado del plazo siguiente. El autor también apunta que la construcción es distinta para la estipulación de renta.

Con esta fórmula se consigue conciliar la voluntad del testador y el respeto a las restricciones de la ley. Por un lado se impide la perpetuidad de la renta, estableciéndose un legado de renta vitalicia de acuerdo con la voluntad del testador. Por otro, se elude la prohibición del término final, ya que no existe un solo legado *ad diem* sino muchos legados condicionales perfectamente válidos.

La solución en los legados de renta vitalicia fue general y rápida, pues había una necesidad práctica que atender, dada la frecuencia con la que se constituían. No sucederá lo mismo con la *stipulatio* de rentas vitalicias, como se verá, pues la escasez de las mismas imposibilita que se sienta tan vivamente la falta de una solución. Sólo con el tiempo, y con las concretas necesidades prácticas, se generan mecanismos paliativos del rigor formal de la figura³³

1.2.- LA *STIPULATIO* DE RENTA VITALICIA EN ROMA

En las rentas vitalicias constituidas mediante *stipulatio* la situación es diferente. Suele afirmarse que en tales supuestos existe un negocio puro y simple, dirigido a la realización de varios pagos, cuya duración es perpetua en atención a la inadmisibilidad, en el antiguo Derecho Romano, de la condición resolutoria y del término final³⁴. Para confirmar esta afirmación puede citarse, D.45.1.16.1:

*“Stipulatio huiusmodi:”in annos singulos” una est, et incerta, et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur”*³⁵.

La causa del carácter perpetuo de la renta generada, y el motivo por el que queda vetada la aplicación de la construcción sabiniana del legado a la presente figura, radica en el carácter unitario de la *stipulatio in singulos annos* puesto de relieve en el fragmento. Para algunos autores el carácter unitario deriva de la configuración de la *stipulatio* como un negocio solemne en el que la pronunciación del *verba* tiene lugar una sola vez, y en el que, por tanto, la obligación que se constituye es única³⁶. Así, a diferencia de lo visto para los legados, la inadmisión del término final en la *stipulatio* no descansa sobre la

³³ Así lo confirma, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, cit., T. II, pág. 280.

³⁴ Es el caso de: SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, cit., T. II, pág. 280, ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, cit., pág. 12, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, cit., pág. 3.

³⁵ Para AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, cit., pág. 219, texto y nota 20, no existe duda acerca del carácter genuino de este fragmento, si bien, cita de nuevo a BESELER, que elimina la parte final “non...finiretur”. No obstante, concluye AMELOTTI, la mención al legado es insuprimible, puesto que el libro 6 *Ad Sabinum* de POMPONIO está dedicado al citado argumento.

³⁶ Es el caso de AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, cit., pág. 220 y nota 50, argumentación que funda en Gai. 4, 131, *una eademque obligatio*.

naturaleza de la relación, sino en un vicio de forma. Como consecuencia de tal vicio de forma, aunque la renta estipulada esté limitada a la duración de una vida, se convierte en perpetua. Para evitar el rigor del antiguo Derecho romano en la *stipulatio*, más preocupado de los términos empleados que de la intención de las partes, se acude a la *doli o pacti exceptio*.

Las citadas excepciones se utilizan como mecanismos indirectos para dar validez al término final de la renta vitalicia, en aquellos supuestos en los que las partes hubiesen manifestado expresamente su deseo de constituir una renta de tales características. Sin embargo, sólo se aplican a contratos formales como la *stipulatio*, y se excluyen de todos aquellos contratos sustraídos a las formas generales y rigurosas del derecho, como los contratos consensuales³⁷.

A la vista de lo establecido en D.45.1.16.1, "*Stipulatio huiusmodi "in annos singulos" una est, et incerta, et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur*", parece no ser suficiente la expresión "*in annos singulos*" para constituir una renta vitalicia por *stipulatio*, pues automáticamente se convierte en perpetua. Precisamente por este motivo, para evitar la transformación de las rentas vitalicias en perpetuas, se requiere una manifestación expresa, en la redacción de la *stipulatio*, de la voluntad de limitar la duración de la renta a la vida de cualquiera de las partes. Tal manifestación podría venir constituida por la expresión "*quod vivam*"³⁸.

Con base en la expresa declaración de voluntad, y en virtud de lo establecido en I.3,15 (16),3, la constitución de la renta se convierte en vitalicia.

*"At si ita stipuleris "decem aureos annuos quoad vivam, dare spondes" et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur"*³⁹

La obligación sigue considerándose pura, no sometida a término, por lo que no se extingue con la muerte del beneficiario. Sin embargo, en virtud del pacto añadido el heredero no puede reclamar la continuidad de la obligación, transformándose la renta, de hecho, en vitalicia⁴⁰.

Para AMELOTTI el paso fue dado por las Instituciones de Fiorentino, pues a pesar de dictar la regla de la ineficacia del término final

³⁷ Así lo afirma, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, cit., T. II, pág. 279.

³⁸ En este sentido se pronuncia AMELOTTI, MARIO, "Rendita perpetua...", cit., pág. 220, AMELOTTI, MARIO, "Voz: rendita", cit., pág. 818.

³⁹ AMELOTTI, MARIO, "Rendita perpetua...", cit., pág. 221, considera este fragmento genuino, salvo en la mención de los *aurei*.

⁴⁰ Así lo afirma AMELOTTI, MARIO, "Voz: rendita", cit., pág. 818

describen el remedio que puede actuarse en el terreno del proceso: “*El pretor, ciertamente inspirado por la Jurisprudencia, concede al promisor, tras la llegada del término, una exceptio pacti. Es decir, la cláusula “quod vivam”, viene equiparada al cumplimiento entre las partes de un pactum de non petendo, condicionado suspensivamente a la muerte del stipulator*”⁴¹. La muerte del beneficiario de la renta, por tanto, no extingue la obligación, sino que se transmite a sus herederos. Si bien, como consecuencia del pacto de *non petendo*, cuando el heredero trate de obtener la prestación a través de la correspondiente acción se encontrará con la excepción procesal derivada del pacto, dando lugar a una renta vitalicia⁴².

La virtualidad y la eficacia de la *exceptio pacti*, en concurso con la *exceptio doli*, para atribuir indirecta eficacia al término final se confirma por lo establecido en:

D.44.7.44.1: “*Circa diem duplex inspectio est, nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem; ex die, veluti “kalendis Martiis dare spondes?” cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur; ad diem autem: “usque ad kalendas dare spondes?” Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum; nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi; plane post tempus stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoverti poterit. Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quominus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.*”

D.45.1.56.4: “*Qui ita stipulatur: “decem, quoad vivam, dari spondes?”, confestim decem recte dari petit; sed heres eius exceptione pacti conventi summovertendus est; nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est; quemadmodum is, qui usque in kalendas dari stipulatur, potest quidem etiam post kalendas petere, sed exceptione pacti summovertetur. Nam et heres eius, cui servitus praedii ita concessa est, ut, quoad viveret, ius eundi haberet, pacti conventi exceptione summovebitur.*”

D.8.1.4pr.: “*Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: “quamdiu volam”, constitui possunt; sed tamen si haec adiiciantur pacti vel per doli exceptionem occurreretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere*”.

1.3 LA DONACIÓN DE RENTA VITALICIA EN ROMA

Dentro de los supuestos de *stipulatio* merece especial consideración la donación de renta vitalicia, que en el antiguo Derecho Romano adopta esta

⁴¹ AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 221

⁴² SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti e dei canonisti fino alla metà del XIII secolo”, *Revista di storia del Diritto Italiano*, 1.969- 1.970, Milano- Verona, pág. 89.

forma⁴³. En la donación de renta es fundamental establecer la cuantía total de lo donado al efecto, sobre todo, de determinar si requiere *insinuatio*⁴⁴. La concreción de la citada cuantía es sencilla cuando el objeto de la donación consiste en una renta anual limitada a un determinado número de años, pues basta sumar los distintos pagos. El cálculo se extiende a la totalidad de los pagos porque la sucesión de los mismos no impide, como vimos para la *stipulatio* onerosa de renta vitalicia, que la donación se considere una obligación simple e indivisible, y no una reunión de muchas deudas independientes unas de otras⁴⁵.

El problema se presenta en aquellos supuestos en los que la cuantía de la renta no puede ser calculada *a priori*, como en la donación de renta vitalicia, pues al tratarse de una donación sometida a término “indeterminado en el cuando”, no es posible saber cual será la cantidad total donada.

Este tipo de donación genera grandes controversias entre los antiguos jurisconsultos, aunque Justiniano favorece una cierta calma al establecer distintas prescripciones para los diferentes supuestos conflictivos, entre los cuales se regulaba la *insinuatio* de la donación de renta. La disputa se centra en determinar si es necesaria la *insinuatio* cuando los distintos pagos de la donación, aisladamente considerados, no superan la cuantía mínima para requerir tal formalidad, mientras la cuantía total de los mismos sí termina por superarla. Es decir, el problema se centra en saber si la donación sometida a término “indeterminado en el cuando” debe considerarse una sola donación, o donaciones distintas⁴⁶.

En la donación de renta vitalicia, que puede constituirse en atención a la muerte del donante o del donatario, los distintos pagos se configuran como

⁴³ SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. III, págs. 84 y ss., sostiene que en el antiguo Derecho Romano la donación utilizaba la forma de la *stipulatio*, y también la del contrato literal (tanto bajo la forma antigua como la nueva), si bien este último fue abolido por el Derecho Justiniano.

⁴⁴ La insinuación es la única formalidad particular a la que está sometida la donación en el Derecho Romano. Consiste en un acta judicial, que se levanta sobre la declaración de las partes, y que es requerida en aquellas donaciones que superan los 300 *solidi* primero (primera restricción dada por Justiniano en el año 529 en C.8,54 (53,34,pr.) y los 500 después (segunda restricción dictada en el año 531 y que encontramos en C. 8, 54,36,3. Así lo confirma, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. III, págs. 141 y ss.

⁴⁵ En este sentido se pronuncia, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. III, pág. 144.

⁴⁶ Así lo expone, también, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, *cit.*, T. III, págs. 144 y ss. En relación con estas prescripciones debe tenerse en cuenta, CJ.8, 54 (53,34,4 pr.) (a 529): "*Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestari quantitatem tantae summae, quae non excedit legitimum donationis modum, variabatur, utrum eum ex particulari donatione multas fecisse donationes existimandum est, et eas actis non indigere, an ex totius stipulationis fundamento et fonte eius, ex quo annuae donationes profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam et procul dubio monumentorum observatione vallandam...*"

donaciones diferentes. Por este motivo no es necesaria la insinuación, ni siquiera cuando la suma total de los pagos es superior al límite de *solidi* establecido en las distintas Constituciones. Se empieza, ya en este periodo, a tomar en consideración el *alea* característica de este tipo de relaciones jurídicas, pues la innecesariedad de la *insinuatio* se justifica en la incertidumbre del término vida. De hecho la C. 8, 54, 34 prevé que, “*por el éxito incierto de la fortuna*”, pueda el donante o el donatario fallecer en el breve espacio de un año, o por el contrario en un plazo mayor, con lo que resulta imposible determinar si la cuantía de la donación superará el límite legal⁴⁷.

Esta concepción Justiniana favorece de manera muy importante a la figura que nos ocupa, pues al no ser computada como un todo, sino por cada concreto pago, elude fácilmente la formalidad de la *insinuatio*⁴⁸. Sin embargo, va en contra de los principios clásicos contenidos en el Digesto, ya que consideran la *stipulatio in singulos annos* como una *stipulatio* única, dirigida a varios pagos, mientras la presente solución parece configurarla como varias donaciones distintas⁴⁹.

Es necesario citar, para dejar completa esta breve exposición sobre la situación jurídica que presenta la constitución de rentas vitalicias en el Derecho Romano, otra Constitución Justiniana que suscita el desconcierto de algunos autores, en el supuesto de que se le atribuya una aplicación generalizada a la totalidad de legados, donaciones y contratos temporales⁵⁰.

CJ.6.37.26 (a 532): “*Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare*

⁴⁷ CJ.8.54(53, 34.4a), (a 529), “...*Quod veteres quidem sat abundeque variaverunt. Nos autem certa divisione concludimus, ut, si huiusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur vel dantis vel accipientis, multae intellegantur donationes et liberae a monumentorum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis suggessit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem...*” En el mismo sentido, además, SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema de...*, cit., T. III, pág. 144, nota o, “*Ut si huiusmodi...legitiman quantitatem*”.

⁴⁸ En perjuicio de las donaciones de rentas perpetuas, que continúan en los herederos de donante y donatario, o incluso de aquellas en las que se añade el tiempo de vida de las partes, pues se consideran una sola donación y sí están sometidas a la *insinuatio*. Así lo establece, CJ.8.54 (53.34.4b), (a 529): “...*Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet, tunc, quasi perpetuata donatione et continuatione eius magnam et opulentiozem eam efficiente, et una intelligatur, et quasi densioribus donationibus cumulata excedere legitimum modum, et omnimodo acta reposeeré, et aliter minime convalesre.*”

⁴⁹ En opinión de AMELOTTI, MARIO, “*Rendita perpetua...*”, cit., pág. 232, este es un claro ejemplo de las frecuentes contradicciones que existen en la Compilación, entre la actividad de los maestros del Derecho, fieles a la tradición doctrinal y a la estructura de las figuras, y la de la Cancillería Imperial, que atiende sobre todo a las exigencias prácticas del momento, sacrificando la coherencia y la armonía

⁵⁰ Es el caso de AMELOTTI, MARIO, “*Rendita perpetua...*”, cit., págs. 232 y ss.

prospeximus, sancientes, et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere. Quum enim iam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari; post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur”.

El citado texto parece admitir el término final para todos los legados y hacer una admisión análoga para contratos y donaciones, lo que significa abandonar radicalmente la regulación sobre el término final realizada por Digesto e Instituciones. Para algún autor, semejante innovación es de todo punto sorprendente, pues no se encuentran ni los antecedentes que la suscitan, ni las consecuencias que necesariamente deberían derivarse de la misma. Es decir, este nuevo principio estaría aislado en el curso de la evolución jurídica, y carecería de la necesaria reelaboración de los institutos a los que afecta⁵¹.

Quienes mantienen esta postura encuentran la justificación de la Constitución, limitando su aplicación a supuestos de transmisión de la propiedad. Tal opinión se funda en las referencias del texto a la restitución de la cosa transmitida, transcurrido el tiempo pactado, y a la necesidad de prestar una caución que garantice su devolución sin deterioro alguno⁵². Motivo por el cual, en principio, no afectaría a la constitución de renta vitalicia, ni, por tanto, al presente estudio.

1.4.- LA CONSTITUCIÓN DE RENTA VITALICIA POR CONTRATO INNOMINADO

Se ha discutido, también, si en Derecho Romano es posible constituir rentas vitalicias a título oneroso por contrato innominado. En este sentido destaca la opinión de GLÜCK quien, con base en CJ.4.64.8 (a 294), es favorable a tal posibilidad⁵³. El citado autor defiende esta opción cuando el capital entregado no consiste en una suma de dinero, sino en otro tipo de bienes.

⁵¹ Tal es la opinión de AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, págs. 233.

⁵² AMELOTI, MARIO, en “Rendita perpetua...”, *cit.*, págs. 233 y ss. mantiene esta postura, fundamentada en distintos argumentos a los que nos remitimos, por exceder del tema del presente estudio.

⁵³ GLÜCK, FEDERICO, *Commentario alle Pandette*, vol. XXII, traducido por S. PEROZZI, F. MANCALEONI, L. GIANTURCO, L. FERRARA, Società editrice libraria, Milano, 1.906, pág. 203, nota 96. También consideran que la renta vitalicia onerosa puede constituirse por contrato innominado, MAYNZ, CHARLES, *Cours de Droit...*, *cit.*, T. II, pág. 594, nota 35 y ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 6, basándose en las opiniones de los autores anteriores.

En relación con CJ.4.64.8 (a 294): “*Ea lege rebus donatis Candido, ut, quod placuerat, menstruum seu annuum tibi praestaret, quum huiusmodi conventio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictae legis substantia muniatur, ad implendum placitum, sicut postulas, praescriptis verbis tibi competit actio*”.

AMELOTTI considera que no hace referencia a una constitución de renta vitalicia por contrato innominado, sino a través de un contrato de donación al que se le acompaña un “*modus*”. De ser así, la asimilación del *modus* propio de la donación a una contraprestación supone equiparar ambos tipos contractuales, lo que contradice el principio básico de la gratuidad de este último contrato⁵⁴.

De hecho el propio GLUCK, en aquellos supuestos en los que una de las partes cede los bienes con la condición de que se le mantenga durante lo que le reste de vida, *in natura* o con una cantidad suficiente de dinero, afirma que las leyes romanas lo regulan como *donatio sub modo*, a pesar de que tal contrato haya sido considerado contrato innominado mixto del tipo *do ut des et facias*⁵⁵. Como base a esta argumentación cita lo establecido en:

CJ.8.55 (54).1, (a 258): “*Si doceas, ut afirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam in hoc casu utilem, eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam condictio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio, iure procedit; verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt*”.

El autor defiende que a la citada *donatio sub modo* se le concede, también, la “*actio praescriptis verbis*”. Tal opinión la fundamenta en el contenido de CJ.4, 64, 8, equiparando *donatio sub modo* y contrato innominado a pesar de mantener, con base en tal fragmento, la constitución por contrato innominado de la renta vitalicia en la que el capital entregado no es dinero⁵⁶.

Para AMELOTTI la concesión de la *actio praescriptis verbis* con la finalidad de asegurar el cumplimiento del *modus* no es genuina, pues los clásicos, e incluso DIOCLECIANO, no conceden más que una *condictio* para la repetición de las cosas donadas. Este último autor funda tales argumentos, precisamente, en lo establecido en CJ. 8,54 (55), 1, pues versa sobre un supuesto similar de donación modal, en el que se concede una *condictio* con el

⁵⁴ AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, págs. 203 y 204. En esta última página, especialmente, nota 5.

⁵⁵ GLÜCK, FEDERICO, *Commentario alle...*, *cit.*, pág. 204.

⁵⁶ GLÜCK, FEDERICO, *Commentario alle...*, *cit.*, pág. 204.

objeto de permitir la repetición de las cosas donadas, al margen de una interpolarada *vindicatio utilis*⁵⁷.

A pesar de negar que en los textos citados exista constitución de renta vitalicia por contrato innominado, AMELOTI no cierra tal posibilidad. De hecho afirma, que no existe impedimento alguno para su constitución por esta vía, ya sea en el Derecho Clásico o en el Justiniano⁵⁸

2.- EVOLUCIÓN POSTERIOR Y RESURGIMIENTO EN EL DERECHO INTERMEDIO

2.1.- REFERENCIA A LOS PRECEDENTES DEL CONTRATO EN LA EDAD MEDIA

Resulta meridianamente claro que la renta vitalicia no fue desconocida para el Derecho Romano, pero no cabe duda de que su mayor expansión y desarrollo se producen en la Edad Media. Como no puede ser de otra manera, la afirmación de que el sistema Justiniano prevé la constitución de rentas vitalicias no significa que éstas adopten las modalidades y estructuras que alcanzan en la Edad Media, pues esto sería antihistórico⁵⁹. Por el contrario, se intenta probar que en aquella época ya existían prestaciones de carácter vitalicio, rentas vitalicias creadas a través de las relaciones jurídicas propias de la época, que se irán modificando y desglosando de las rentas perpetuas hasta llegar a un tipo de contrato muy semejante al contrato de renta vitalicia que conocemos en la actualidad.

Es opinión generalizada que el derecho y la economía medievales ofrecen un terreno muy favorable para la evolución y el desarrollo del contrato de renta vitalicia. De hecho, a lo largo de estos siglos la renta vitalicia goza de una amplia difusión, adaptándose a las diversas necesidades de quienes las estipulan. En la alta Edad Media, a través de los distintos mecanismos usados para su constitución, cumple una mera función alimenticia. Por el contrario, a partir del S. XII se convierte en el instrumento de crédito por excelencia, como consecuencia, entre otros motivos que se estudiarán, de la prohibición que afecta al préstamo con interés. Esta última etapa es la más importante en la evolución de la renta vitalicia, pues a lo largo de la misma se pone de manifiesto su carácter aleatorio y adopta muchos de los caracteres que todavía conserva hoy día.

La rara unanimidad de la doctrina en relación con la importancia de este periodo para la institución de la renta vitalicia, termina al tratar de

⁵⁷ AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 204, texto y nota 6.

⁵⁸ AMELOTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 204, texto y nota 5.

⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 83.

concretar el inmediato precedente del contrato de renta vitalicia actual. Estas controversias son, sin duda, consecuencia de la multiplicidad de formas que el amplio desarrollo de la figura, en la época medieval, provoca en las rentas vitalicias y en las perpetuas. De hecho, resulta prácticamente imposible determinar una línea evolutiva segura en el ámbito civilístico⁶⁰.

Un gran número de autores⁶¹, entre ellos la práctica totalidad de la doctrina española que se ha ocupado del tema⁶², considera que la evolución sufrida por la renta vitalicia tiene su origen, o un importante papel en su desarrollo, en el instituto de la *precaria* utilizado en Francia durante las dos primeras dinastías. En este sentido, VIOLLET lo considera un maravilloso procedimiento financiero para las iglesias, al que denomina el contrato de renta vitalicia de aquellos tiempos⁶³.

La evolución desde la *precaria* medieval al contrato de renta vitalicia actual presenta un *iter* ciertamente lógico y factible, apoyado, además, por un gran número de civilistas e historiadores. No obstante, en aras del rigor científico, es necesario dejar constancia de aquellas opiniones que la consideran, exclusivamente, uno de los múltiples mecanismos a través de los cuales se crean, en la Edad Media, relaciones jurídicas generadoras de prestaciones limitadas a la duración de la vida humana⁶⁴. SOFFIETTI, que se ocupa del estudio de la renta vitalicia realizado por civilistas y canonistas en el Derecho Intermedio, hace referencia a la gran variedad de relaciones jurídicas, en su mayor parte de carácter real, cuyo objeto es la concesión de rentas limitadas a la vida del beneficiario⁶⁵. Tales contratos, generalmente

⁶⁰ Tal es la opinión de MONTANARI, CARLO, “Rendita perpetua” (dir. interm.), *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXIX, Giuffrè, Varese, 1.988, pág. 821.

⁶¹ TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 205, págs. 373 y 374, también en “Del prestito, del...”, *cit.*, n° 205, págs. 344 y 345, PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 369, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella costituzione di rendita vitalizia”, *Archivio Giuridico da Filippo Serafini*, vol. XLII, Pisa, 1.889, pág. 425, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.094, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 4 y ss., ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, págs. 14 y ss., VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 111.

⁶² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 15 y ss., QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1.979, págs. 15 y ss., ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios*, Marcial Pons, Barcelona, 2.001, pág. 16, nota 3.

⁶³ VIOLLET, PAUL, *Histoire de Droit français*, Scientia Verlag, Aalen, Allemagne, 1.966 (reimpresión de la 3ª ed. París 1.905), pág. 716.

⁶⁴ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 141 y ss.

⁶⁵ Para comprobar la existencia de ese elevado número de contratos, así como de su regulación y diferenciación, reenviamos a la abundantísima bibliografía relativa a los contratos agrarios existentes en la Edad Media, PIVANO, SILVIO, *I contratti agrari in Italia nell’alto Medio-Evo*, UTET, Torino, 1.904, GROSSI, PAOLO, *Locatio ad longum tempus: Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del Diritto comune*, Morano editore,

agrarios y desarrollados en la Alta Edad Media, poseen un contenido muy similar al de renta vitalicia, e innegablemente pueden ser considerados anticipadores del mismo, si bien, no son propiamente contratos de renta vitalicia⁶⁶.

No cabe duda de que tales contratos pudieron influenciar, y de hecho influenciaron en mayor o menor medida, el desarrollo del contrato de renta vitalicia. A pesar de ello, se estudiará preferentemente la *precaria*, y su evolución, por revelarse la línea de investigación más segura y documentada, así como por presentar un proceso evolutivo factible y lógico hacia el posterior contrato de compra de renta, verdadero antecedente inmediato del contrato de renta vitalicia.

2.1.1.- La *precaria*

Existen evidencias de la denominada *precaria* en los siglos V y VI, pues diversos concilios se ocupan de regularla⁶⁷. La figura original consiste en una concesión gratuita del goce de un inmueble, imbuida de los caracteres de temporalidad y revocabilidad. En sus orígenes se realiza, casi en exclusiva, por iglesias y monasterios, donde obispos y abades ceden el usufructo de tierras eclesiásticas a miembros del clero o incluso a laicos. Tales concesiones se realizan “*salvo iure ecclesiae*”, por lo que quienes las reciben no pueden cambiar, vender o donar el bien cedido⁶⁸.

Pronto, junto a esta forma de *precaria* aparece la denominada *precaria* onerosa, en la que el precarista se obliga a pagar una determinada cantidad,

Napoles, 1.963, GROSSI, PAOLO, *Le situaziozioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1.968.

⁶⁶ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 83 y ss., destaca que tales contratos, al no desaparecer en la época del renacimiento jurídico, influenciaron notablemente el pensamiento de los glosadores. Además, señala que suscitaban el problema de su encuadramiento en las categorías romanas ya existentes o en la posibilidad de crear de nuevas figuras jurídicas.

⁶⁷ VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, págs. 714 y ss., considera que en el periodo Bárbaro el precario romano se extiende y amplía, de manera que al lado de la concesión revocable “*ad nutum*”, carácter que conserva hasta el fin del imperio Romano, se convierte en un otorgamiento de usufructo por un tiempo determinado, que posteriormente pierde su carácter revocable. Tal precario, que en la época se denominaba a menudo “*precaria*”, se realiza a través de dos actos distintos: la *precaria*, que contiene la petición del futuro precarista y la *praestaria*, redactada a nombre del cedente en reconocimiento de la concesión. VERAJA, FABIJAN, *Le origini della controversia teologica sul contratto di censo nel XIII secolo*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 1.960, págs. 14 y ss, y autores allí citados, consideran que la diferencia existente entre la *precaria* medieval y el *precarium* romano es la misma que entre un acto y el instrumento escrito del mismo pues, como se ha dicho, el *precarium* venía constituido por una o dos letras que se denominaban *precaria* y *praestaria*. Para estos autores, con posterioridad, el sentido de la palabra “*precaria*” cambia, y pasa a hacer referencia al objeto de la concesión.

⁶⁸ Así lo afirman VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 14 y ss., y autores allí citados.

un “*quantum argenti*”, a cambio de la cesión del inmueble. También aparecen formas más complejas de *precaria*, como aquellas asociadas a una venta o donación, y la denominada *precaria remuneratoria*. En los supuestos de *precaria* asociada a venta, el propietario vende a una iglesia un inmueble, cuyo usufructo recupera mediante una epístola *precaria*, a cambio de un censo. Muy similar es el procedimiento para quien dona a una iglesia un determinado inmueble, pues al poco tiempo recupera el usufructo del mismo. Este tipo de operación no se fundamenta de manera exclusiva en motivos de piedad, sino en deseos de protección y evasión de los importantes impuestos a los que se sometían los inmuebles en la época. En una evolución lógica, a medida que la *precaria* pierde el carácter gratuito propio de sus orígenes, pierde también la segunda nota que la caracteriza: la revocabilidad a voluntad del concedente. De hecho, frecuentemente, las precarias se conceden *ad vitam donatioris*⁶⁹.

La *precaria remuneratoria*, que se convierte en la *precaria* por excelencia, consiste en la transferencia de la propiedad de un inmueble a una iglesia o monasterio con la reserva, por parte del cedente, de su usufructo mientras viva. A cambio de tal cesión, el antiguo propietario recibe, además, el goce vitalicio de otro inmueble de propiedad eclesiástica, que vuelve a manos de la iglesia junto con el primero a la muerte del cedente⁷⁰. De esta manera ambas partes obtienen beneficio, la iglesia consigue aumentar su patrimonio mientras el cedente, por su parte, goza de mayores rentas a lo largo de su vida. Esta operación se encuentra descrita en un texto romano del año 470⁷¹. En éste, los emperadores prohíben la alienación de los bienes de la iglesia y declaran lícita la concesión de la *temporaria ususfructus possessio*, siempre y cuando el concesionario, tras el término establecido o su propia muerte si así se pactaba, dejase a la Iglesia un inmueble de las mismas características que aquel eclesiástico que recibía⁷².

⁶⁹ Hacen referencia a la expresada evolución del instituto, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 15 y ss., y autores allí citados. En el mismo sentido se pronuncia, también, VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, págs. 716 y ss.

⁷⁰ Numerosos autores, al hacer referencia a la *precaria* como antecedente directo del contrato de renta vitalicia actual, no hablan de *precaria remuneratoria*, sino de *precaria eclesiástica*, probablemente influenciados por el hecho de que en sus inicios este tipo de “contrato” se realiza, casi en exclusiva, por iglesias y monasterios. Tal es el caso de BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction”, *Traité de Droit Civil*, T. XXIV, 3ª ed., Librairie de la société du recueil, Paris, 1.907, pág. 97, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.094, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 15, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario a los artículos 1.790-1.880 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por MANUEL ALBADALEJO, Tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1.982, pág. 383, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 16, nota 3.

⁷¹ “...non minus quam alterius tantae quantitatis, quantae acceperat redditus cum ipso praediorum dominio et rebus immobilibus eorumque colonis et mancipiis...” Cod. 1, 2, 14; Nov 7 pr.

⁷² Así lo afirman, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 15 y ss., y autores allí citados.

De la *precaria* remuneratoria se ocupa también, en el año 845, el Concilio de Meaux en su canon nº 22⁷³. En tal disposición se establece la imposibilidad de pretender la concesión en precario de bienes eclesiásticos, si previamente no se transmite a la Iglesia un inmueble propio. Para algunos autores esta norma obedece a los abusos de los príncipes sobre los bienes de la Iglesia, y no a la necesidad de protección de los laicos frente a la misma⁷⁴. El canon precisa, además, el derecho del precarista al usufructo de un bien eclesiástico que rente el doble que el propio, siempre y cuando se reserve, también, el usufructo de este último. En aquellos supuestos en los que no sólo se transmite la propiedad del bien, sino también el usufructo, el precarista tiene derecho al usufructo de otro que rente el triple.

El mismo canon viene repetido en un famoso capitular de Carlos II el Calvo, en el año 846⁷⁵, norma que será para muchos el primer monumento legislativo en la materia⁷⁶. Tanto la ley romana del 470 como el canon 22 del concilio de Meaux, o el capitular de Carlos el Calvo⁷⁷, se recogen en el Decreto de Graziano, motivo por el cual la *precaria* remuneratoria deviene la *precaria* por antonomasia⁷⁸. Ambas normas tienen una diferencia fundamental. El canon otorga, a cambio de la cesión de la nuda propiedad del inmueble a la iglesia, el usufructo de un bien de su propiedad que rente el doble. Para la ley romana, por el contrario, el usufructo del bien que la iglesia cede al precarista

⁷³ Como deja constancia VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 15.

⁷⁴ Así lo pone de manifiesto, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 16 nota 39. BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio...”, *cit.*, pág. 2, por su parte, considera que su finalidad no era proteger a los laicos frente a la iglesia, sino, por el contrario, prohibir que la autoridad regia dispusiese de los bienes de la iglesia en precario.

⁷⁵ Capit. d’Epernay, 22, sacado de un concilio de Messina y recogido en GRATIANI, *Decretum, canon 10, quaestio 2, causa 4*, según TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, nº 205, pág. 374. También en “Del prestito, del...”, *cit.*, nº 205, pág. 345. BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio...”, *cit.*, pág. 1, considera que se trata de un decreto del sínodo Belvacense del año 846, que posteriormente fue incluido en el título XIV, *de praecariis*, de las Decretales.

⁷⁶ Es el caso de TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, pág. 425, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 5, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 15.

⁷⁷ La mayor parte de los autores consideran que es el capitular de Carlos el Calvo, emanado en el año 846, la norma que viene recogida por el Decretum de GRATIANI: “*Praecariae autem a nemine de rebus ecclesiasticis fieri praesumantur, nisi, quantum de qualitate convenienti datar ex proprio, duplum accipiat ex rebus Ecclesiae, in suo tantum, qui dederit, nomine, si res proprias et ecclesiasticas usufructuario tenere voluerit. Sin autem res suas ad praesens dimiserit, ex rebus ecclesiasticis triplum fructuario usu in suo tantum quis nomine, sumat*”. TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, pág. 425.

⁷⁸ Tal es la opinión de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 16 y ss, y autores allí citados.

no debe superar el valor del inmueble transmitido, si existe reserva de usufructo⁷⁹

Basta un estudio sucinto de las opiniones doctrinales para descubrir que, a pesar de que el capitular de Carlos el Calvo no fue la única disposición dirigida a regular la *precaria*⁸⁰, sí ha sido la que más ha trascendido entre los estudiosos de la materia. Su importancia en la evolución de la figura es tal, que a partir de la misma se realizan la mayor parte de las descripciones elaboradas por la doctrina. Así, la *precaria* se configura como la cesión en propiedad de fundos, tierras, o capitales en dinero, a una persona jurídica de Derecho eclesiástico, la cual se obliga a corresponder al alienante con un usufructo o una renta durante toda su vida. En atención al capitular de Carlos el Calvo, el pago vitalicio debe superar la renta normal de los bienes alienados, para así compensar la pérdida definitiva de los mismos. Pérdida que, como ya se ha dicho, suele retrasarse hasta la muerte del enajenante, pues hasta ese momento asume la posición de poseedor precario de los citados bienes⁸¹.

Esta norma fundamenta la idea de que la renta vitalicia, en sus orígenes, no sólo era lícita y estaba expresamente reconocida por la ley, sino que era tomada en especial consideración para tratar de eliminar los efectos injustos, cada vez más frecuentes, que solían derivarse de la figura. Tal finalidad es la buscada, según un importante sector doctrinal, por el establecimiento de una contraprestación mínima para los nuevos propietarios: iglesias, conventos y monasterios⁸². Aunque no faltan opiniones divergentes

⁷⁹ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 16, nota 43, pone de manifiesto que la diferencia entre la ley *Si oconomus* (11, *versus finem* c.2, C.10, q.2) y el canon *Precariae* (c.4, C.10, q.2) es puesta de relieve por ENRICO DI GAND, en Quodl.XII, q.21. Respecto a la contradicción entre ambas disposiciones, destaca el autor la opinión de JOANNES DE FRIBURGO, quien opina que, dada la mayor benevolencia del canon, se debe aplicar “*quando persona (precarista) est senex vel debilis vel pauper, quia tali debet ecclesia etiam de suo proprio subvenire*”. *Summa*, f.87r.

⁸⁰ De hecho, en el propio *Decretum* encontramos más canones relativos a la precaria. VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 16 y ss., cita, entre otros, c.5, C.10, q.2, relativo a la necesidad de que las precarias sean renovadas cada cinco años, *secundum antiquam consuetudinem*; c.6, C.10, q.2, que exige que aquellas *irrationabiliter* concedidas por el predecesor vengán declaradas no obligatorias para el sucesor; c.44, C.10, q.2, que establece que deben ser rescindidos los contratos realizados por los *invasores*, es decir, por quienes, *sede vacante*, habían ocupado los puestos de los obispos.

⁸¹ Así lo manifiesta TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 205, págs. 373 y 374. También en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 205, pág. 345. En el mismo sentido, y con cita al autor, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, págs. 425 y ss., BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 15 y ss.

⁸² Es el caso, por ejemplo, de TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 205, pág. 374. También en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 205, pág. 345, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, págs. 426 y ss., BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 6 y ss., BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 16.

de esta última interpretación, para la generalidad de la doctrina esta disposición trata de tutelar y defender a los acreedores de las rentas contra la iglesia, que, según suele mantenerse, comenzó a abusar de la *precaria* concediendo prestaciones muy reducidas en comparación con aquello que se le entregaba⁸³.

Esta primera tentativa de imponer y asegurar una correspondencia entre las ventajas recíprocamente cedidas por los contratantes, se justifica y defiende en el hecho de que las cesiones hechas a la Iglesia y a los monasterios en la Edad Media estaban, en su mayor parte, muy lejos de ser libres y espontáneas. Por este motivo se trata de impedir que la Iglesia obtenga beneficios de la posición privilegiada conquistada en aquellas condiciones sociales y económicas, y evitar su enriquecimiento a costa de quienes se ven avocados a realizar tales cesiones. La necesidad de estas cesiones a iglesias y monasterios deviene, para quienes las realizan, tanto del propio sentimiento religioso como del intento de salvar sus bienes de la fácil rapiña, así como de la intención de sustraerlos a los impuestos, inaplicables a los bienes eclesiásticos.⁸⁴

BISCARO, por el contrario, entiende que la citada disposición ha sido malinterpretada al atenerse en exceso a la letra de la ley. Para este autor se ha perdido de vista el origen de la misma, un concilio eclesiástico, cuya finalidad primordial es proteger los derechos e intereses de la Iglesia. Y precisamente en defensa de la propiedad eclesiástica, contra las dilapidaciones que se consumaban a través de las "*precarie de rebus ecclesiasticis*"; se habría sancionado, no ya una proporción fija y constante entre las rentas de las tierras ofrecidas por el privado y las rentas de la correspondiente *precaria*, sino el máximo de las concesiones que la Iglesia y los monasterios estaban autorizados a acordar⁸⁵.

Para finalizar este repaso a los aspectos más importantes de la regulación de la *precaria*, es necesario destacar que también las Decretales de Gregorio IX se ocupan de regularla en un breve título, el XIV. Esta regulación consiste en dos cánones del *Decretum* y una decretal del propio Gregorio IX, que determina la irrevocabilidad de la institución.

⁸³ Afirman estos abusos, TARTUFARI, LUIGI, "Dell'*alea* nella...", *cit.*, pág. 426, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 5, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 16, y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág.15.

⁸⁴ Como lo confirma, TARTUFARI, LUIGI, "Dell'*alea* nella...", *cit.*, pág. 426.

⁸⁵ BISCARO, GEROLAMO, "Il contratto di vitalizio...", *cit.*, pág. 2. PIVANO, SILVIO, *I contratti agrari...*, *cit.*, pág 146, en el mismo sentido, considera que el concilio determina la cantidad de bienes eclesiásticos que pueden concederse en la *precaria* remuneratoria, y otorga la facultad a los rectores de las iglesias, de no respetar las concesiones irracionalmente realizadas por sus predecesores, para así poder recuperar los bienes anteriormente concedidos.

Irrevocabilidad que, según el Pontífice, constituye la nota distintiva de la *precaria* respecto del *precarium*⁸⁶. No es necesario mencionar que de la tradicional concepción del precario romano, como una mera detentación que no es un contrato ni confiere, propiamente hablando, un derecho, nada queda en esta *precaria* de finales de la Alta Edad Media. Esta *precaria*, que inicia su desaparición, ya no es revocable en cualquier momento por el propietario y abandona su tradicional carácter gratuito⁸⁷.

Antes de continuar con la probable evolución de la *precaria* a lo largo de los siglos posteriores de la Baja Edad Media, debe hacerse una mínima referencia a aquellas opiniones que radican la evolución del actual contrato de renta vitalicia en pactos estipulados con ocasión de oblações o conversiones religiosas. Es el caso de BISCARO, que niega el carácter de antecedente directo de la *precaria* al afirmar su desaparición, prácticamente total, en el S. XI. Para este autor el origen del contrato de renta vitalicia, entendido como una estipulación conmutativa eminentemente aleatoria, se encuentra en las oblações o conversiones religiosas⁸⁸. Tales pactos consisten en ofertas de la propia persona, y de sus bienes, a una iglesia, monasterio u hospital, con la obligación de prestar obediencia a las reglas del ente y dedicar toda su actividad en beneficio del mismo, a cambio de recibir alojamiento vestido y alimentos⁸⁹.

⁸⁶ Así lo afirma VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 17, quien además identifica los dos cánones del Decretum: c.5, C.10, q.2; c.6, C.10, q.2, y la decretal de Gregorio IX: c.3, X, *de precariis*, III, 14. “*Precariae, quae quandoque (!) de ecclesiarum possessionibus fieri solent, non sunt pro voluntate concedentium revocandae*”, (1.227-34).

⁸⁷ En el mismo sentido se pronuncia VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 720.

⁸⁸ BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio...”, *cit.*, pág. 3.

⁸⁹ Tal es la opinión de BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio...”, *cit.*, pág. 3. PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto italiano: della caduta dell'imperio romano a la codificazione. Storia del Diritto privato*, parte II, 2ª ed., UTET, Torino, 1.894, pág. 190, considera que la estipulación de rentas vitalicias se realiza, en la época, a través de las oblações. Sin embargo, no excluye la existencia de otras formas de constitución de las rentas. Para SALVIOLI, GIUSEPPE, *Storia del...*, *cit.*, pág. 652, en la Alta Edad Media las rentas vitalicias eran donaciones pias con reserva de usufructo de los bienes ofrecidos, o con pacto de alimentos. Si bien, el autor considera que tras el S. X el pacto deviene preponderante. BESTA, ENRICO, *Le obbligación nella storia del Diritto italiano*, CEDAM, Padova, 1.936, págs. 365 y 366, afirma que el elemento contractual de la figura se hace más evidente desde la segunda mitad del S. IX. Para el autor, a su formación también pudo contribuir el espíritu religioso, el espíritu de caridad que informa el cristianismo. Las liberalidades de los fieles se ven animadas si el fiel, no esperando a su muerte para deshacerse de los bienes a favor de su alma, se asegura todo lo necesario para subsistir. El cubrir estas necesidades fue, según el autor citado, casi una recompensa por la *offersio* realizada, que a menudo no sólo era de sus bienes, sino incluso de su propia persona. Cuando esto era así, y la cesión consistía en su persona y sus bienes, el ente donatario se obligaba a ofrecer alojamiento, manutención y vestido. Si la donación consistía exclusivamente en sus bienes, sólo se obligaba a satisfacer sus necesidades de alimentos y vestido. En opinión del autor citado, del contrato nacía un derecho personal frente al promitente, que daba lugar a un *ius repetendi bon* frente al

Respecto a la importancia de tales figuras en el origen o desarrollo del contrato de renta vitalicia, al igual que se mantuvo con el resto de contratos agrícolas generadores de prestaciones vitalicias propios de la Edad Media, no se puede obviar su influencia en mayor o menor medida⁹⁰. Sin embargo, sí que es rechazable el argumento dado por el autor para negar a la *precaria* su innegable relación con el origen del contrato. El hecho de que, efectivamente, a finales de la Alta Edad Media la figura comience a extinguirse, no significa que la *precaria* desaparezca de la economía y sociedad medievales sin dejar rastro. Como se verá, esta figura se transforma para adoptar una fisonomía conforme a las necesidades de las nuevas clases sociales de la época, y a la economía comercial que comienza a surgir.

En contraste con el importante número de precarias que todavía existen durante los siglos IX, X y XI, desde los inicios del siglo XII, y sobre todo a lo largo del siglo XIII, empiezan a desaparecer⁹¹. A partir del S. XII la *precaria* sufre importantes modificaciones en su estructura y finalidad. Así, por ejemplo, las iglesias ya no conceden el tradicional usufructo del inmueble a cambio de la propiedad del bien del precarista, sino una suma de dinero⁹². En el S. XIII el contrato aparece más elaborado, y en ocasiones la iglesia concede a cambio del inmueble una pensión en dinero para el resto de la vida del precarista, es decir, una renta vitalicia⁹³. Este tipo de contrato es una clara muestra de la desaparición del carácter alimentario que la *precaria* posee hasta principios del siglo XIII, transformación que coincide con la evolución de la economía natural a la monetaria, y con la progresiva desaparición de la figura.

cesionario que no cumplía el pacto. De esta manera se da entrada a la idea de que quien compra un censo vitalicio debe pagar un precio proporcionado a la duración probable de la vida tomada en consideración.

⁹⁰A la vista de las opiniones de estos autores podría defenderse que tales ofrendas, realizadas normalmente a entes pios u hospitales pero también a sus propios familiares y herederos, puedan ser el antecedente del actual contrato de alimentos. Las rentas o canones de la precaria consisten en una cantidad fija, o en el usufructo del inmueble, sin que exista vinculación alguna con las necesidades de quien lo recibe. Así ocurre con el contrato de renta vitalicia actual, en el que la renta no está vinculada a las necesidades del acreedor. Por el contrario, parece que las ofrendas religiosas den lugar a la satisfacción de las propias necesidades del donante, tal y como ocurre con el contrato de alimentos actual, en el que la extensión de la prestación del deudor depende de las necesidades del acreedor. Si bien, BISCARO, GEROLAMO, "Il contratto di vitalizio...", *cit.*, pág. 3, afirma que a partir del S.XII no faltan ejemplos de personas que al realizar las oblaciones se reservan el usufructo vitalicio o la propiedad de una parte de sus bienes

⁹¹ Lo confirman VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 719 y VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 18.

⁹² Como puede comprobarse en VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 718, y VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 18.

⁹³ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 18, nota 53, refiere un supuesto semejante al mencionado en el texto en *Abbas Antiquus, Super III lib. Decretalium*, Venetiis, 1.588, f. 101v.

La aceptación de tal evolución es general. Incluso aquellos autores que radican el origen de la renta vitalicia en los pactos propios de las conversiones religiosas, coinciden en mantener que durante el S.XIII comienza una gradual inclusión de elementos extraños, que darán lugar a un contrato independiente de los vínculos religiosos propios de la relación que lo originó. Este contrato es ya denominado por BISCARO: contrato de constitución de renta vitalicia a título oneroso⁹⁴. En el mismo sentido, SALVIOLI considera que desde esta fecha la prestación *in natura* se convierte en pensión monetaria, distinguiéndose así el *redditus in annum victum*, coincidente con el *bail à nourriture français* y con nuestro contrato de alimentos, del *redditus appellatus panis civilis*, denominación dada por BALDO a la renta vitalicia propia de la época⁹⁵. El citado *panis civilis* obtiene una disciplina tan elaborada, según DE VILLA, que se considera una carga real sobre el inmueble para asegurar el cumplimiento de la pensión⁹⁶

Por tanto, existe una cierta unanimidad en identificar el paso de la economía rural a la comercial con la progresiva desaparición de la *precaria*, de los pactos propios de las conversiones religiosas, y del carácter alimenticio de las pensiones que derivaban de ambos tipos de relaciones. Las causas son evidentes, la economía comercial convierte el dinero en la moneda de cambio más corriente, cada vez son más quienes lo poseen y las tierras dejan de ser la exclusiva manifestación de la riqueza. Numerosas prestaciones, que hasta ahora se establecían *in natura*, se transforman en prestaciones en dinero, de manera que la *precaria* adquiere una nueva fisonomía, perdiendo su carácter originario y difuminándose a lo largo del siglo XII para, en el S. XIII, terminar por desaparecer⁹⁷. Evidentemente, tal desaparición hace referencia a la figura de la *precaria* tal y como se conocía hasta entonces, pues los intereses que tratan de satisfacerse con esta relación jurídica siguen existiendo, aunque modificados, y seguirán satisfaciéndose con la citada relación adaptada a las nuevas necesidades⁹⁸

⁹⁴ BISCARO, GEROLAMO, “Il contratto di vitalizio...”, *cit.*, pág. 5 y ss.

⁹⁵ SALVIOLI, GIUSEPPE, *Storia del...*, *cit.*, pág. 652. Tal opinión es compartida por DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.094, y VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 18.

⁹⁶ DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.094. En este sentido se pronuncia, también, PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto...*, *cit.*, pág. 191. El autor considera que con el transcurso del tiempo el contrato se hace frecuente entre extraños, haciéndose necesario que las leyes intervengan para parificar los riesgos y asegurar la consecución de la prestación pactada para el acreedor de la renta. En su opinión, para prevenir éste último riesgo una ley de la republica veneciana convierte la contraprestación vitalicia en una carga real, prescribiendo que viniese constituida sobre un fundo que rindiese lo suficiente para suministrarla.

⁹⁷ Así lo afirma, también, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 17 y ss.

⁹⁸ En cierta manera la evolución de los pactos religiosos es igual, pues a mediados del S.XIII, como se ha visto, se produce una gradual introducción de elementos extraños que

2.1.2.- El censo y la denominada compra de rentas. Relaciones con la *precaria*

La renta se considera una creación de las ciudades medievales. El resurgir del comercio, que acompaña al nacimiento de tales ciudades, crea nuevas riquezas consistentes en dinero y no en propiedades inmobiliarias. Al mismo tiempo estas últimas incrementan su valor, pues la afluencia de gente a las ciudades las convierte en terrenos construibles. En este estado de cosas comienzan las primeras ventas de rentas, en las que el propietario del inmueble constituye, sobre éste, una renta anual a favor del acreedor, que le entrega una suma de dinero⁹⁹.

La compraventa de rentas, al igual que ocurre en su momento con la *precaria*, goza de una rápida difusión. La razón es evidente, se configura como una alternativa idónea para obtener capitales sin necesidad de vender propiedades, y sin tener que acudir al préstamo con interés, tachado de usurario en la época. De esta manera el rentista encuentra un eficaz mecanismo de empleo de su dinero, asegurado con una garantía real, mientras la exclusión de la compraventa de rentas de las prohibición de la usura permite una amplia difusión del contrato entre las personas eclesiásticas, tanto físicas como morales (iglesias y monasterios)¹⁰⁰.

Hasta este punto no existen conflictos destacables, la mayor parte de los autores consideran que es el paso de la economía rural a la comercial el motor de creación de las rentas en las nuevas ciudades. Sin embargo, sí existen mayores controversias a la hora de determinar cuál es la figura que da lugar a tales rentas, y a la compra de las mismas. Como se ha dejado

contribuye a dar vida a una relación jurídica independiente, en su esencia, de los vínculos religiosos propios de aquella. Los monasterios, que destinaban un edificio separado (*hospitium* o *foresteria*) a la hospitalidad que debían dar a viandantes y prelados forasteros, comenzaron a acoger a cualquier ciudadano del distrito que, no pudiendo o no queriendo hacer la conversión por sus condiciones de familia, se proponía disfrutar de las ventajas materiales concedidas a quienes sí las realizaban (a cambio de la concesión en propiedad de un inmueble o capital). Iglesias y monasterios pronto se dan cuenta de que el fin de asegurar una pensión vitalicia a los individuos podía alcanzarse sin necesidad de asignarles una habitación en el monasterio, y que la pensión podía prestarse en el domicilio del ciudadano, en frutos o en dinero, al igual que cualquier otro tipo de canon. De este modo, prescindiendo de las necesidades de quien recibe la pensión, las partes tienen más libertad para determinar el valor de la renta proporcionalmente al valor de los bienes y capitales conferidos, teniendo en cuenta otros elementos, como la edad, salud..., propios de los pactos de las conversiones. Así, se elude el campo restringido de la pensión alimenticia para entrar en otro más amplio, limitado, tan sólo, por la entidad del patrimonio del que dispone el privado y por la potencialidad económica del monasterio. En este sentido se pronuncia BISCARO, GEROLAMO, "Il contratto di vitalizio...", *cit.*, págs 5 y 7.

⁹⁹ En este mismo sentido, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 6 y ss.

¹⁰⁰ Como afirma, de nuevo, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 7 y ss.

apuntado, para algunos autores la compraventa de rentas no es más que una evolución natural de la *precaria*¹⁰¹.

Así, en opinión de F. VERAJA, cuando las tierras dejan de ser el medio exclusivo de riqueza, y el dinero empieza a extenderse, diversas prestaciones debidas *in natura* se convierten en pecuniarias. En consecuencia algunos contratos, como la *precaria*, permanecen inmutables en su forma, pero adquieren nuevas fisonomías al convertirse una de sus prestaciones en monetaria. Por ello, para el autor, la renta no es más que la *precaria* acomodada a las nuevas circunstancias económicas, pues ésta tenía su razón de ser en una economía agrícola basada en el intercambio de prestaciones *in natura*, e inevitablemente, con la expansión de la economía monetaria, termina por desaparecer y ser sustituida por las rentas. La argumentación es clara: “*el dinero, de hecho, es la medida del valor de las cosas y toda cosa es convertible en dinero y viceversa ¿Porqué no podría ser hecha una precaria remuneratoria en la cual, en vez de un inmueble, el precarista diese una suma equivalente en dinero, y a cambio como usufructo recibiese una pensión vitalicia?*”¹⁰².

Frente a tales opiniones, sin embargo, están aquellas que radican la procedencia de las rentas en el contrato de censo. Son fundamentalmente los canonistas quienes colocan las rentas entre los censos, como una categoría más de los mismos. Los civilistas, siguiendo la pista de los textos romanos, ven en la renta vitalicia una prestación originada por los medios habituales de hacer surgir una obligación en el Derecho Romano¹⁰³. Por el contrario, los canonistas hablan de *emptio redditus*, una compraventa de censos caracterizada por el elemento de la personalidad, a la que le otorgan la denominación de *census personalis*¹⁰⁴.

Durante siglos los canonistas consideran que, junto a la *precaria*, el censo era una auténtica institución generadora de rentas, o pensiones, en dinero o *in natura*¹⁰⁵. La renta derivada del censo suele consistir en la

¹⁰¹ Tal es el caso de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 18 y ss. VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 728, considera que la *rente constituée* francesa, en la que el propietario de una finca recibe un capital a cambio de gravar sus tierras con un censo o renta (nuestro censo consignativo), es el sustituto de la *precaria*. El autor fundamenta esta opinión en el hecho de presentarse en ciertas regiones, por ejemplo Francia, como la prolongación de las *precarias*.

¹⁰² VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 18 y ss.

¹⁰³ Estipulaciones, legados, donaciones y contratos innominados del tipo *do ut des*.

¹⁰⁴ En este sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, en “Rendita vitalizia (dir.interm.)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Varese, 1.988, pág. 848, y en “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145.

¹⁰⁵ Según FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, “Canoni, censi e livelli”, *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Varese, 1.988, pág. 1.082, los censos eran prestaciones periódicas, la mayor parte de las veces ligadas a fundos, que se multiplican en esta etapa intermedia. A veces tenían su base en una relación contractual, como el canon enfiteutico que sustituye a los antiguos

prestación de una cantidad determinada de dinero, o productos provenientes de un fundo, al beneficiario. Con carácter general tales prestaciones las realizaban iglesias o monasterios, aunque en supuestos ciertamente excepcionales se daba la situación inversa y eran los privados, o clérigos, quienes otorgan las rentas a iglesias o monasterios¹⁰⁶.

Como se comprobará, ambas teorías, la que radica el origen de la compra de rentas en una evolución de la *precaria* y aquella que lo fija en los censos, confluyen en un mismo procedimiento evolutivo generador del contrato de compra de rentas, contrato que, como regla general, se considera el inmediato antecesor del contrato de renta vitalicia.

¿Cuál pudo ser esta evolución? Originariamente el término censo era genérico y se utilizaba para significar una prestación fundiaria debida al señor del fondo¹⁰⁷. Con el incremento del valor de la tierra se posibilita la creación de nuevos censos de naturaleza puramente económica. Como el derecho del censatario es heredable y alienable, éste puede enajenar parte de la tierra censada, reservándose como precio de la enajenación otro censo, que se añade así al primero debido por el inmueble¹⁰⁸. De este modo el censatario se convierte en un *dominus* intermediario, al cual le es debido un censo (*census novus*) que, dado el incremento de valor de las tierras, es el más importante, pues el debido al señor es insignificante (*census vetus*). El nuevo censatario puede a su vez someter la tierra de nuevo a censo, para recibir una renta, y así sucesivamente mientras el inmueble pueda satisfacer las nuevas cargas¹⁰⁹.

Los censos, dado el incremento de su valor económico, se convierten en riquezas y en el principal derecho del *dominus*, transformándose en un valor independiente que puede ser alienado sin que el inmueble, al cual grava, varíe de poseedor. Estas enajenaciones aparecen en la segunda mitad del S. XII, y son muy frecuentes durante los primeros años del siglo XIII, si bien,

livelli y censos privados, y otras veces se debían a la iglesia o a la autoridad de príncipes, a señores, a soberanos o al herario. Dentro de estas figuras de canones y prestaciones de varias especies, se encontraban las rentas.

¹⁰⁶ Tal y como afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 143 y ss.

¹⁰⁷ En la Edad Media la palabra *census* tiene un significado diferente al *census* propio del Derecho Romano, que denotaba el solemne censimiento de las personas, y de sus bienes, conllevando el pago de la imposta debida. Así lo confirma VERAJA, FABIAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 7, nota 7.

¹⁰⁸ El nuevo censo se denomina *supercensum* o *surcens* en Derecho francés.

¹⁰⁹ Así lo afirma, también, VERAJA, FABIAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 8 y ss.

durante este último siglo todavía son corrientes las alienaciones de todos los derechos existentes sobre los fundos conjuntamente con la tierra¹¹⁰.

Es preciso, en este punto, distinguir las alienaciones de rentas antiguas de la alienación y previa constitución de rentas nuevas. Las primeras no presentan grandes problemas, pues consisten en la cesión por parte de un *dominus*, a título oneroso o gratuito, de ciertos réditos que le son debidos por un tercero. Estos supuestos no son conflictivos, porque lo que se aliena son censos ya existentes, si bien, precisamente por esta característica, sólo puede realizar la operación un *dominus* al que previamente le sea debido un censo o renta. Son las denominadas ventas o donaciones de rentas antiguas, que a su vez pueden ser alienadas por quien las recibe a través de otra nueva donación o renta¹¹¹.

Junto a la venta de rentas antiguas surgen las denominadas ventas de rentas nuevas, mecanismo a través del cual pequeños agricultores, que sólo tienen un pedazo de tierra que cultivar, pueden hacerse con un cierto capital en dinero. Este mecanismo permite al pequeño agricultor, sin rentas de ninguna clase, obtener un capital, eludiendo préstamos usurarios o enajenaciones parciales de su finca. Sin embargo, la venta de rentas nuevas plantea un problema básico: determinar el mecanismo generador de la nueva renta. ¿Cómo puede vender este agricultor una renta que no posee?

Antes del nacimiento de las rentas nuevas, se presentaba la paradoja de que el agricultor censatario veía incrementado el valor de las tierras censadas sin poder sacar partido del mismo, sino era a través de la enajenación de sus tierras. Por el contrario, quienes tenían sus tierras sometidas a subcensos podían, a través de la venta de las rentas que tales subcensos generaban, adquirir un capital sin enajenar las tierras. Esto es lo esencial de la venta de rentas antiguas, la capacidad de generar capitales sin perder las tierras¹¹².

Llegados a este punto la pregunta es evidente, ¿No es posible que aquel agricultor cuyas tierras han incrementado su valor, y que no recibe rentas de ningún tipo, pueda vender una renta sin un subcenso previo? Si la respuesta fuese afirmativa el agricultor podría conservar no sólo los derechos de un *dominus* sobre la tierra, sino todos los derechos de disposición y disfrute¹¹³. Tal es el problema que resuelve la venta de renta nueva. Este nuevo tipo de censos, o rentas, son las denominadas *redditus de novo constitutus* de

¹¹⁰ Como pone de manifiesto, GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères comme établissements de crédit étudié en Normandie du XI à la fin du XIII siècle*, Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1.901, págs. 99 y ss.

¹¹¹ En este sentido se pronuncian, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, cit., pág. 9, GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, cit., págs. 89 y 106.

¹¹² Así lo pone de manifiesto GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, cit., pág. 106.

¹¹³ Como lo confirma GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, cit., pág. 106.

las que habla Inocencio IV, que vienen a sumarse al censo debido por el mismo fundo al señor y que reciben las más diversas denominaciones: *census augmentatus* o *census crescens* o bien *incrementum census sive annuus redditus*¹¹⁴. La nueva renta, como el *census antico* que debía el censatario al señor, es una carga real, y ambos son debidos por el mismo inmueble. Gozan además de las mismas características de perpetuidad y ambos son heredables, por lo que ambas cargas, censo y renta, terminan por confundirse y devienen prácticamente sinónimos¹¹⁵.

Una vez se opta por la opción favorable a la venta de rentas nuevas, el problema es otro: ¿Cómo puede venderse una cosa que no existe?, ¿Es necesaria una operación previa para crear la renta nueva?, en tal caso, ¿Qué mecanismo es el adecuado?

R. GENESTAL, que se ocupa de la constitución de rentas nuevas y de su evolución a lo largo de los siglos XII y XIII, cree innecesario acudir a una operación previa de constitución que genere la necesidad, por parte del vendedor, de gravar sus tierras. Para el autor, por el contrario, las cartas del S. XIII, en las que se documentan operaciones de venta de renta nueva, no son el resultado de una operación compleja de constitución y posterior venta simplificada con el transcurso del tiempo, sino la forma originaria de la figura¹¹⁶.

La generalidad de los autores, sin embargo, no comparte esta opinión. Por ello se explicará el procedimiento complejo de venta de renta que supuestamente deriva, con el transcurso del tiempo, en la compra de rentas simplificada. GENESTAL, en su obra, apunta los distintos procedimientos a través de los cuales pudieron generarse dichas rentas nuevas¹¹⁷:

A) El primer mecanismo consiste en la alienación mediante censo de una parte de las tierras, para con posterioridad vender el censo o la renta así obtenido. Este procedimiento reconduce la venta de renta nueva a la venta de rentas antiguas, si bien no puede, según el citado autor, ser el antecedente de

¹¹⁴ Tal y como indican GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, págs 106 y ss., VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 9.

¹¹⁵ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 10, deja constancia de que en los actos redactados en latín el término más común para referirse a la renta es el de *redditus*, o bien *redditus seu pensio*, si bien, los términos *redditus* y *census* son sinónimos. Del siglo XVI en adelante, en la literatura latina teológico-canónica, el término *census* comienza a prevalecer sobre el de *redditus*. En la historia del derecho intermedio italiano el término censo se utiliza para indicar la renta. En el derecho francés, sin embargo, se conserva el término originario de renta, y el censo se utiliza para significar un derecho de dominio directo. En el presente trabajo se atenderá a la terminología utilizada por las fuentes y los autores consultados, dada la práctica equivalencia de los mismos.

¹¹⁶ GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 107.

¹¹⁷ GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, págs. 107 y ss.

la institución que se estudia. En primer lugar, porque produce efectos distintos a los propios de la operación simple de venta de renta nueva en la que este procedimiento, históricamente, va a desembocar. Pero además, tal procedimiento requiere la alienación de parte de las tierras del agricultor, cuando el interés de la venta de renta nueva está, precisamente, en que el vendedor conserva íntegras sus tierras¹¹⁸.

B) El segundo procedimiento consiste en una sencilla operación que conduce al mismo resultado que la venta de renta nueva simplificada: la creación de un falso título dónde se reconozca la existencia de la renta. Es suficiente, por tanto, que ambas partes se pongan de acuerdo en la existencia de la renta y redacten un título ficticio que, en caso de necesidad, permitirá al acreedor probar su existencia y la consiguiente obligación del deudor de pagarla. Este título no obliga más que a lo contenido expresamente, el pago de la renta, sin crear entre las partes las relaciones propias de *dominus* y tenedor de la tierra. Sostiene el autor la idoneidad de este mecanismo de venta de renta nueva, frente al ya visto y al que se verá. Sin embargo, su defensa es complicada, dada su escasa aplicación a principios del S.XIII ¹¹⁹.

C) Por último, GENESTAL plantea la posibilidad de que la institución derive de una venta de las tierras al propio *dominus*, o a un tercero con su autorización, para posteriormente retomarlas a censo. Este mecanismo, a diferencia del primero, permite al cultivador conservar su tierra, y son muchos quienes ven en él el antecedente directo de la venta de renta nueva¹²⁰.

Reconoce el autor, pese a que defiende la idoneidad del procedimiento visto en segundo lugar, que tal operación es conocida y practicada en las ciudades medievales. Como se ha mencionado, los poseedores incrementan el valor de sus tierras al construir en ellas casas de su propiedad. Esto supone que el cultivador puede transmitir tierras y casa a censo, y beneficiarse del incremento de valor, o transmitir parte y conservar el disfrute. De este modo, el censatario vende tierras y edificio a un tercero, que se convertirá en propietario de la casa y en tenedor de la tierra en lugar del vendedor, quien

¹¹⁸ En este sentido, GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 108, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 12.

¹¹⁹ GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 117. Para el autor citado éste es el único mecanismo que, a finales del S.XII, permite la creación de un capital con base en una tierra sin necesidad de venderla. Considera, además, que tales ventas de rentas nuevas provienen de la imitación de la venta de rentas antiguas, constituyendo una nueva aplicación de las mismas. Tal criterio viene fundado en el hecho de que ambas operaciones son muy parecidas, conducen a un mismo resultado y aparecen sucesivamente: la venta de rentas antiguas en la segunda mitad del S.XII y la venta de rentas nuevas en los primeros años del S.XIII.

¹²⁰ Es el caso de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 13, y VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 719.

inmediatamente retomará la tierra a subcenso y la casa a censo. Si el acreedor es el señor, éste deviene propietario de la casa que no tenía antes y que el vendedor adquirirá después. Por el contrario, si las tierras sometidas a censo se venden a un tercero, para lo que sólo se requiere el consentimiento del señor, el tercero se convierte en *dominus* intermediario¹²¹. Este sistema, que sufre variantes a lo largo de su evolución, es el que mayoritariamente se ha defendido como originador de rentas nuevas. Además, el paso de esta operación compleja a la venta de renta propiamente dicha es sencillo, se termina por omitir la venta y recuperación a censo de la tierra, para llegar a la operación *brevi manu* de compra de renta¹²².

Como puede comprobarse, la operación compleja de venta de renta nueva no es más que la natural continuación de la *precaria* de la época franca. Éste es el motivo por el que muchos autores e historiadores del Derecho defienden que la renta tiene su origen en tal institución. Si la operación compleja de venta de renta nueva no es más que la continuación de la antigua *precaria*, y si el contrato de venta de renta nueva no es más que la simplificación de tal operación, no puede ser otra la conclusión.¹²³

La importancia de la compra de rentas simplificada radica, en el hecho de que constituye la primera figura generadora de rentas vitalicias derivadas de contrato. Es decir, es el primer contrato personal, ya no real, en el que se produce la entrega de una cantidad de dinero, de un capital, a cambio de una prestación periódica, también en dinero, limitada a la vida de una persona¹²⁴.

En este sentido, F. VERAJA comparte la opinión de que la evolución expuesta fue la que sufrió la *precaria* hasta llegar a la operación simple de compra de renta. El autor afirma, que en la primera mitad del siglo XII se encuentran supuestos en los que la iglesia no cedía el usufructo de un inmueble de su propiedad a cambio de la propiedad de un bien del precarista, sino una suma de dinero. De hecho, expone que en el S. XIII, a cambio de un inmueble transmitido a la iglesia, se entregaba al precarista una renta vitalicia. A partir de tales disquisiciones realiza el siguiente planteamiento¹²⁵:

Supongamos que un determinado capitalista desea obtener una pensión. La única manera de conseguirlo, dada la naturaleza real del censo o

¹²¹ Describe este procedimiento GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 109.

¹²² Como lo afirman GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 109, y VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 13.

¹²³ En tal sentido se pronuncian VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 13, y VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 719.

¹²⁴ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145, considera que se llega a la constitución de renta vitalicia a través del contrato de censo. En su opinión, aquella no es más que una compraventa de censos caracterizada por el elemento de la personalidad, motivo por el cual se la denominó *census personalis*.

¹²⁵ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 18 y 19.

de la propia constitución de rentas, es transmitir un bien de su propiedad para obtener, con base en tal propiedad, la renta. Se crea de este modo un censo reservativo¹²⁶. Sin embargo, si el citado capitalista no posee tierras sobre las que constituir el censo, no le queda más remedio que adquirirlas de la propia iglesia, o de un tercero, para posteriormente revenderlas a cambio de la pensión. Si el inmueble comprado por el capitalista pertenece a un tercero debe, tras esta adquisición, revendérselo a una iglesia, o monasterio, a cambio de la renta periódica, dando lugar de nuevo a un censo reservativo. Se simplifican mucho más las cosas, por tanto, puesto que al capitalista lo que le interesa es adquirir la renta, si se compra el inmueble directamente a la iglesia, pues a ella deberá transmitírsele para constituir la renta.

Aún en este último caso el procedimiento de constitución de renta es excesivamente complicado, pues requiere un traspaso de capital, del capitalista a la iglesia para devenir propietario del bien, y un segundo traspaso de propiedad del bien, de nuevo a la iglesia para constituir la renta. Puesto que al capitalista lo que le interesa es adquirir la renta, y la compra del fundo para posteriormente restituirlo no es más que una mera formalidad, bien puede omitirse este doble traspaso de propiedad, limitando la operación a la transmisión de un capital a cambio de una renta en cosas o en dinero. Se da así vida al denominado censo constitutivo, que no es más que la operación simple de compra de renta¹²⁷.

A pesar de la dificultad implícita en la confirmación de la evolución hacia el contrato de renta, muchos autores defienden que así pudo ocurrir, al menos en determinadas regiones, pues su evolución es meridianamente lógica¹²⁸. No obstante, existe una clara divergencia en la concreción de la

¹²⁶ En este mismo sentido, también, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145. Señala NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T.II (arts. 1.088 a 1.976), dirigidos por PASCUAL LIANO, MIGUEL, Comares, Granada, 2.000, pág. 2.871, que así como es evidente la relación del censo consignativo con el crédito, la cuestión es más dudosa en el reservativo, pues existe tal disparidad de opiniones en torno a su origen y características que se hace difícil identificarlo con claridad. No obstante, el autor señala que su uso parece responder a determinadas coyunturas: para eludir los casos en los que el censo consignativo caía en el ámbito de la ilicitud por usurario, o en determinados supuestos de censo en cascada, en el que el titular del dominio útil transmite su derecho reservándose el pago de una pensión. En su opinión, en la práctica parece responder a situaciones de asentamientos de campesinos en tierras poco fértiles y montañosas, como lo describe la sala 1ª del Tribunal Supremo para el reino de Valencia.

¹²⁷ Como lo exponen VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 19, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145.

¹²⁸ Tal es el caso de GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág. 108, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 19, VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág. 728 y 729, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145. No obstante VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 19, se plantea si en la práctica el paso a la compraventa de rentas pudo ser más sencillo, reduciéndose a una mera sustitución del

figura generadora de la compra de rentas y, por tanto, del contrato de renta vitalicia.

Para algunos el *census consignativus*, es decir, la denominada compra de rentas o compra de censos, no es otra cosa que la continuación natural de las precarias de la época franca¹²⁹. Recordemos que esta última figura se reduce a la transmisión de unas tierras a la iglesia, por parte de su propietario, para recibirlas inmediatamente a censo, en una operación prácticamente idéntica a la que nos ocupa¹³⁰. Para otros, por el contrario, esta evolución, junto al

inmueble por su equivalente en dinero, sin necesidad de un periodo de transición que requiriese la operación compleja señalada. Es decir, podría haberse producido la transición, simplemente, concluyendo una “precaria remuneratoria” en la que, en vez de un inmueble, el precarista transmitiese una suma de dinero, recibiendo a cambio una pensión vitalicia (en vez de un usufructo). En el mismo sentido VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág 729, afirma, que sería un error creer que en todas las provincias francesas se paso por el procedimiento complicado de venta de renta.

¹²⁹ Existe una confusión terminológica a la hora de hablar de la compra de rentas, pues los distintos autores se refieren a ella, indistintamente, como compra de rentas, compra de censos, censo constitutivo o *census consignativus*. Así, GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, pág 88, habla de dos tipos de rentas en el derecho Francés del antiguo régimen, la renta fondiaria, que se corresponde con el *census reservativus*, y la renta constituida, que se corresponde con el *census consignativus*. VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág 728, considera que la denominada renta constituida es la figura que viene a sustituir a las precarias, haciendo una clara referencia a la figura que hoy conocemos como censo consignativo. Para VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 19, la operación simple de venta de renta no es más que un censo constitutivo, renta que se identifica con la precaria acomodada a las nuevas circunstancias económicas. SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145, por su parte, opina que la operación simple de venta de rentas da lugar al censo constitutivo, que en realidad era una compra de renta vitalicia. Para DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Civil*, T.V, J. Stienon imprimeur- editeur, Bruxelles, 1.854, págs. 102 y ss., n° 423 y 423 bis, la renta con base real se corresponde con la *rente foncière* del derecho francés, que resulta del contrato de *bail a rente*. Para el autor, en este contrato cada una de las partes cede a la otra un bien inmueble, o un derecho inmobiliario, con la reserva de una renta (en frutos o en dinero) que no se considera el precio, sino una condición de la cesión. Este derecho de renta es un derecho real sobre el inmueble. Las rentas personales, por el contrario, se corresponden con la *rente constituée* francesa, que resulta del contrato de *constitution de rente*. En este contrato una parte vende a la otra, mediante un precio en dinero, el derecho de exigirle unas rentas. Este contrato se considera un contrato de compraventa, con la singularidad de crear el objeto vendido (*census constitutivi vel consignativi*). No obstante, para autor se aproxima más al préstamo con interés, afirmando que no se habrían imaginado estas combinaciones y estas denominaciones, más ingeniosas que rigurosamente exactas, si no se hubiera querido sustraer el contrato a la regla que prohibía el préstamo con interés.

¹³⁰ Tal es la opinión de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 13, como ya se puso de manifiesto. En el mismo sentido se pronuncia VIOLLET, PAUL, *Histoire de...*, *cit.*, pág 728 y 729, pues afirma que la renta sustituye a las precarias. Para el autor, el gran desarrollo que la renta obtuvo en la época se presenta como el prolongamiento de la historia de las precarias. En este sentido defiende, que recibir una cantidad de dinero a cambio de obligarse al pago a perpetuidad de una renta, a cargo de la tierra, es una operación simple, rara en sus orígenes, y desarrollada a través de otra más compleja que se identifica con el procedimiento de la precaria. Para el autor el procedimiento consiste, sencillamente, en que el propietario

hecho de que desde tiempos antiguos la iglesia utilice principalmente el censo para constituir rentas de diferentes clases, es una clara muestra de que la renta vitalicia derivada de contrato nace del censo¹³¹.

Sea la *precaria* o el censo el origen de la compra de rentas, lo cierto es que, al margen de la denominación de la figura, la práctica totalidad de los autores confluyen en considerar la evolución expuesta como la realmente desarrollada hasta llegar a la renta vitalicia personal derivada del contrato. A confirmar esta evolución viene el Derecho Germánico, pues también defiende que el contrato de renta vitalicia se desglosa de esta figura.

Para PLANITZ, la renta es la forma más extendida de carga real en la Edad Media. De hecho, en el mismo sentido que las doctrinas hasta ahora vistas, el autor defiende que constituye la forma antigua de llevar a cabo una inversión de capital, a través de la compra de una finca y la retroentrega de la misma en concepto de derecho de censo (*leiherecht*), por un canon inmobiliario. A partir de aquí, la evolución hacia el contrato de compra de renta es prácticamente idéntica. Para quien desea adquirir el disfrute del canon, la adquisición de la finca es de escasa importancia, por lo que se deja para su propietario y se limita el negocio a la adquisición o constitución de un derecho a percibir, duraderamente, prestaciones reiteradas vinculadas a la finca, a cambio de la cesión en bloque de un capital¹³². Posteriormente, en su

necesitado de dinero vende su tierra por un capital para posteriormente recuperarla. En su opinión esta es la forma de la vieja precaria, aunque el término precaria no figura porque ya no se trata de posesiones en concepto de precaria, ni a título de usufructuario. Quien vende su posesión para después recomprarla sigue poseyendo el mismo título que antes de la venta, es decir, el de propietario, si así lo fuese con anterioridad a la misma. En la misma línea defendida sigue argumentando, que toda esta compleja operación no es necesaria, pues la transmisión de propiedad puede suprimirse y bastará que el vendedor de la renta reciba el dinero y se obligue a pagar la renta a cargo del fondo. Por último, el autor defiende que es un error afirmar que en todas partes se pasó por la etapa del procedimiento complicado. GÉNESTAL, ROBERT, *Rôle des monastères...*, *cit.*, págs, 110 y ss., a pesar de no criticar las opiniones de quienes adoptan esta postura, pues deja constancia de que la defensa del procedimiento complejo para desembocar en la compra de censos es una opinión generalmente admitida, considera que tal origen de la compra de renta es falso para Normandía. Su opinión se basa en el hecho de no encontrar, a lo largo de la elaboración de su obra, más que raros ejemplos de estas donaciones o ventas de rentas seguidas de subcensos, mientras los actos de venta de renta son muy abundantes. Expone, además, otra serie de razonamientos para cuyo conocimiento remitimos a su obra.

¹³¹ Es el caso de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 145. MONTANARI, CARLO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 824, por su parte, pone de manifiesto que la iglesia prefiere el censo, para constituir rentas de diferentes clases, frente a otros diversos tipos de relaciones jurídicas de carácter real.

¹³² PLANITZ, HANS, *Principios de Derecho privado germánico*, Bosch, Barcelona, 1.957, págs. 138 y ss.

opinión, de esta compra de renta generadora de un gravamen duradero sobre la finca, de una renta perpetua, se desglosará la actual renta vitalicia¹³³.

Cuando vienen constituidas las primeras rentas éstas son, por analogía con las antiguas, rentas perpetuas. Sin embargo, en poco tiempo empiezan a venderse rentas vitalicias, sobre todo limitadas a la vida del comprador. El acreedor de tal renta vitalicia puede vender su derecho y éste a su vez venderlo a un tercero, y así sucesivamente, si bien la duración del contrato sigue manteniéndose en contemplación a la vida del primer acreedor.¹³⁴ En los últimos decenios del S. XIII las rentas vitalicias superan en importancia a las perpetuas, dada la masiva formalización de las mismas por los ciudadanos que, al igual que los monasterios, encuentran en ellas un sencillo modo de obtener los capitales que necesitan para hacer frente a gastos extraordinarios. Ya en esta época, y dada su generalización, se convierten en un mecanismo de aseguramiento frente a las necesidades propias de la vejez¹³⁵.

Es necesario en este punto precisar, aunque ya se ha dejado apuntado, que hacia mediados del S.XIII la obligación de pago de la renta se convierte en una obligación personal garantizada por un inmueble. El primer paso en este sentido se da al establecer que la renta constituida sobre un determinado fondo puede, en caso de falta de pago, hacerse efectiva a través de cualquier otro inmueble del deudor. Así se produce un importante cambio en la naturaleza jurídica de la renta motivado, sobre todo, por la necesidad de dar mayor seguridad jurídica al acreedor. Hasta ese momento el verdadero deudor de la renta era el inmueble, pues la obligación de pago venía asegurada por el mismo, de manera que el poseedor podía liberarse fácilmente abandonándolo, motivo por el cual se generaba inseguridad jurídica en el acreedor¹³⁶.

Respecto a los mecanismos de constitución, es necesario destacar que en la Edad Media existen diversas formas de constituir rentas vitalicias. En primer lugar cabe distinguir aquellas de carácter oneroso, en cuyo caso, y tras la evolución vista, la renta vitalicia se genera a través de una relación obligatoria. En éstas, la primera prestación consiste en la transmisión de un bien inmueble, o un capital, y la contraprestación en la entrega de una cantidad de dinero preestablecida por toda la duración de la vida del

¹³³ PLANITZ, HANS, *Principios de Derecho...*, *cit.*, págs. 260 y ss.

¹³⁴ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 21 y ss. El autor deja constancia de la existencia de otro tipo de rentas, junto a las rentas vitalicias limitadas a la vida del comprador. Así, por ejemplo, aquellas que no se extinguen con la muerte del titular, sino que se sustituyen por la obligación de realizar un rito religioso por el alma del difunto; las rentas limitadas a dos vidas, como la del comprador y su hijo; o incluso rentas constituidas por la vida del hijo, reservándose el comprador el goce y dejándola en testamento para su hijo.

¹³⁵ Explica esta evolución VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 24 y ss.

¹³⁶ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 20 y ss.

concesionario. También se pueden encontrar rentas vitalicias a título gratuito, derivadas de un legado o donación, pues ambos procedimientos son perfectamente admisibles en la época. Además, las rentas pueden constituirse en dinero o *in natura* de los bienes inmuebles, en cuyo caso el deudor de la renta es titular de un derecho real sobre los mismos. El surgimiento de uno u otro tipo de renta, como se ha visto, varía con el devenir de los distintos sistemas económicos. En tiempos de economía rural o agrícola, con escasa circulación monetaria, prevalecen las rentas *in natura*, mientras en tiempos de economía capitalista prevalece el primer tipo de contraprestación, es decir, el dinero¹³⁷. En este sentido es necesario precisar, que a lo largo del S.XIII todavía conviven ambos tipos de rentas, pero poco tiempo después las rentas *in natura* comienzan a desaparecer, transformándose en pagos del equivalente en dinero¹³⁸.

Sea cual fuere el origen del contrato de renta vitalicia: *precaria*, renta, *oblatio* o cualquiera de los contratos agrarios propios de la Alta Edad Media que dan lugar a este tipo de prestaciones periódicas, parece claro que tiene su origen en el ámbito del Derecho canónico, más preocupado de la práctica cotidiana que de los formalismos. Resulta también indudable que su verdadera evolución y desarrollo tiene lugar en la Edad Media, principalmente en su segunda mitad, a lo largo de la cual, y tras el paso de la economía rural a la monetaria, se produce la transformación de las prestaciones *in natura* a prestaciones en dinero. De la misma forma, es en esta época cuando la relación, hasta el momento real, comienza a adquirir un carácter marcadamente personal. Indudable influencia en este desarrollo tendrá la lucha contra la usura, bajo cuya sospecha recayeron las relaciones generadoras de rentas vitalicias.

2.2.- PROBLEMAS DE LA RENTA VITALICIA EN LA ETAPA INTERMEDIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA USURA Y AL CARÁCTER REAL O PERSONAL DE LA FIGURA

2.2.1.- La renta vitalicia en el pensamiento de los civilistas

Existe una cierta tendencia a considerar que los civilistas medievales no tomaron en consideración el instituto que nos ocupa. Tal tendencia está, sin duda, influenciada por las opiniones de quienes opinan que la renta vitalicia era del todo desconocida en Roma. Como ya se vio en su momento, esto no es así. El Derecho Romano conoció la renta vitalicia, no como un

¹³⁷ Así lo confirma SOFFIETTI, ISIDORO, "La rendita vitalizia nel pensiero...", *cit.*, pág. 84.

¹³⁸ Como expone VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 22 y ss.

contrato autónomo, pero sí como una serie de prestaciones limitadas a la vida humana.¹³⁹

Los civilistas se ocupan de la renta vitalicia desde un punto de vista técnico jurídico, y la ven como una prestación originada por cualquiera de los medios existentes para dar vida a una obligación: *stipulatio*, legado, donación o contrato innominado del tipo *do ut des*. Por el contrario, canonistas y moralistas se centran en controversias de tipo moral, concibiéndola como una *emptio redditus*, es decir, una compraventa de censos¹⁴⁰. En el presente epígrafe se estudiará la institución de la renta vitalicia en el pensamiento de los civilistas, para posteriormente estudiar su evolución en el pensamiento de canonistas y moralistas.

Los glosadores parten de las conclusiones propias del Derecho Romano que se han apuntado, e introducen ciertas novedades interpretativas. Así, y en relación con la renta vitalicia creada a través de una *stipulatio quod vivam*, se preguntan si nos encontramos ante una sola obligación o varias, y si ésta es pura o condicionada¹⁴¹. Problemas que se han discutido hasta épocas cercanas.

El punto de partida de los glosadores es el mismo que en el Derecho Romano I 3, 15 (16), 3:

“Cum ita stipuler: “X annuos aureos quoad vivas dare spondes?”, pure contracta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. Pactum enim expressum, vel tacitum, idest “quod vivam”, non tollit obligationem, sed parit tantum exceptionem et ideo heres meus, petendo, pacti expressi vel taciti summovetur exceptione. Ad tempos enim non debetur, et ex tempore non desinit deberi. Tempus enim non paratur ad obligationem tollendam, sed solutio, vel acceptilatio, compensatio et solemnitas depositio».

El texto indudablemente habla de una obligación personal constituida a través de una *stipulatio*. El problema se presenta a la hora de determinar si tal obligación está condicionada. Como ya se ha visto, las Instituciones la presentan como no condicionada, aunque acompañada de una convención *quod vivam* que funciona como *pactum de non petendo*. Este pacto, como consecuencia de la muerte del acreedor, actúa como una condición suspensiva e impide al heredero beneficiarse del derecho a la renta del causante. El derecho se transmite a su heredero, pero éste no puede ejercitar

¹³⁹ Así lo afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 82 y ss.

¹⁴⁰ En tal sentido, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, págs. 848 y ss.

¹⁴¹ De nuevo según, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, págs. 848 y ss.

la acción para beneficiarse de la renta, pues opera la excepción procesal del pacto unido a la obligación¹⁴².

La primera novedad interpretativa la encontramos en la *Summa Institutionum* de PLACENTINO. El autor considera que la citada *stipulatio* tiene carácter mixto, pues será pura el primer año y condicionada en los sucesivos¹⁴³. El fundamento de esta interpretación se encuentra en el paso del Digesto referido a los legados (D. 36, 2, 12), ya que coincide con la dada por el Derecho Romano para el legado de renta vitalicia. Para PLACENTINO, por tanto, la *stipulatio* de renta *ad vitam* posee exactamente la misma estructura vista para el legado de renta en el Derecho Romano¹⁴⁴.

AZÓN afronta el mismo problema en la *Summa Codicis* y afirma que “*idem est ergo in stipulatione et primi anni stipulatio est pura, sequentium vero in diem*”. Principio, de nuevo, procedente del régimen jurídico de los legados “*in aliquod tempus, non potest agi nisi eo preterito sed secus ubi relinquitur annuum vel singulis annis*”¹⁴⁵.

Las opiniones de AZÓN y de PLACENTINO son, sin embargo, diversas. El primero considera la *stipulatio* como *in diem*, es decir sometida a término resolutorio, mientras PLACENTINO la considera sometida a condición resolutoria. Aunque diversas, ambas soluciones están muy próximas, pues la construcción jurídica dada al término y a la condición resolutoria, en Derecho Romano, son muy similares¹⁴⁶.

La Glossa Accursiana recoge ambas interpretaciones, aunque prefiere la solución de la obligación no condicionada. Esta glosa presenta, de hecho,

¹⁴² Tal es la opinión, como se ha visto, de AMELOTTI, MARIO, “Rendita perpetua...”, *cit.*, pág. 221.

¹⁴³ PLACENTINO, PEDRO (PIACENTINUS PETRUS), *Summa Institutionum*, Bulgari De Judiciis; Hugonis De Expendiendis Judiciis; Jacobi Tractatus Criminum / curante Juris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis; rectore ac moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum [Torino]: ex Officina Erasmiana, 1973, Reprod. facs. de la ed. de: Moguntiae: Ivonem Schöeffer, 1535, pág.49, lib.III, tit. XIV, De verborum obligationibus: “... *Illud notari debet, quod stipulatio ista, dabis mihi decem quod vivam proprie nec pura est, nec sub conditione, imo mixta est, id est pura est ratione primi anni et conditionalis ratione sequentium annorum, ut ff.quan. dies lega. l. nec semel* (D. 36, 2, 12)”. Así lo confirma, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 90.

¹⁴⁴ Comparte esta opinión, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 90.

¹⁴⁵ AZÓN (AZONIS), *Summa Codicis*, Pavia, 1.506 (riestampa anastatica Torino 1.966, *Corpus Glossatorum Juris Civilis* II), pág. 315, lib. VIII, *De contrabenda et committenda stipulatione*: “*Idem est ergo in stipulatione et primi anni stipulatio est pura sequentium vero in diem. Idem est et si promisero tibi quoad vixeris. Nec obstat quod dicitur eam pro pura haberi ut Insti. Eo. § at si ita* (Inst. 3,15 (16),3), *ponitur enim abnegative, idest non sub conditione vel pura est respectu primi anni ut dictum est...*”. Según cita, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 90.

¹⁴⁶ Como afirma, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 90.

dos opiniones contradictorias. La *glossa facta* afirma que la *stipulatio* es pura el primer año y condicionada los siguientes, mientras para *glossa perpetuatur* la obligación es, sin duda, no condicionada¹⁴⁷.

La SUMMA INSTITUTIONUM es la construcción paralela de la *Glossa accursiana* en la *Glossa perpetuatur*, y mantiene viva la tradición romanística según la cual el término no extingue la obligación. PLACENTINO y AZÓN, como la *Glossa Facta*, adoptan una solución intermedia: salvan el principio romanístico para la primera cadencia, mientras para las siguientes recurren a la adición de una condición o un término. De este modo se saltan el obstáculo del límite romanístico.¹⁴⁸

Análogo problema se presenta en el pasaje de GIULIANO D. 45.1.56.4. En este supuesto la construcción jurídica es, en parte, diferente. Desaparece el problema de la existencia de una condición añadida a la obligación surgida mediante *stipulatio*, pues se considera inherente a la obligación un pacto “*quod vivam*” condicionado suspensivamente a la muerte del beneficiario. De esta manera, al heredero que reclama la obligación no extinguida con la muerte del causante se le opone la excepción del pacto¹⁴⁹.

Eliminado el problema de la condicionalidad de la obligación, para ACURSIO ésta es pura y no se extingue con la muerte del cesionario. Sin embargo, el elemento de incerteza introducido en la *stipulatio* a través de la expresión *quod vivam* no es comentado expresamente por la Glosa Accursiana. ACURSIO, siguiendo el paso de GIULIANO, la toma como un nudo pacto, o al menos así se deduce de la glosa *palam est*. De hecho el texto se refiere a la voluntad del estipulante, contraria a que la obligación se transmita a sus herederos, con la consideración “*cum dixit quod vivam*”¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Gl. Facta* ad Inst. 3, 15 (16), 3: “*ratione primi anni, sed ratione sequentium est in diem quo ad quid quia ante annum non debetur, et conditionalis quo ad aliud; nam alias non debetur, nisi vivam, argu. Ff. Eo. L. hoc iure (D. 45, 1, 10) et l. in illa (D. 45, 1, 50). Vel dic quod est pura abnegativa, idest non conditionalis*”. *Gl. Perpetuatur* ad Inst. 3, 15 (16), 3: “*idest donec vivat, sic ff. pro socio l. I (D. 17, 1,1); secundum quosdam immo dic per omnia secula, etiam post mortem: nam tempore non tollitur obligatio, ipso scilicet iure, ut sequitur, ut ff. de act. et oblig. l. obligationum § placet (D. 44, 7, 44, 1) et ff. de servi. l. servitutes (D. 8, 1, 4), sed per exceptionem, ut sequitur, sed heres petendo et cetera ut ff. de actio. et obl. l. obligationum § placet (D. 44, 7, 44, 1) et ff. de serv. l. servitutes (D. 8,1,4)*”. Deja constancia de ello, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 91.

¹⁴⁸ Así lo afirma, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 91.

¹⁴⁹ En este sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 92.

¹⁵⁰ *Gl. palam est* a D. 45, 1, 56, 4. Tal es la opinión de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 92 y 93. JORDANO BAREA, JUAN-BAUTISTA, *Los contratos atípicos*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.953, págs. 6 y 7, considera que una contribución esencial a la forja del contrato innominado como paradigma general fue el *nudum pactum*, que siguió una curiosa evolución hasta desembocar en el moderno concepto de contrato. Para el autor, en sus orígenes pacto y contrato se diferenciaban en que uno

Lo más relevante es que los intérpretes, al dar estas soluciones, se mueven en el campo de las obligaciones personales y las incluyen dentro de tal categoría. Respecto a la discusión acerca del carácter de la obligación, pura o condicionada, tiene su importancia. De hecho, tal y como afirma SOFFIETTI, el verificarse del evento muerte es extraño a la obligación si ésta es condicionada, sin embargo, si ésta es pura será parte integrante del contenido mismo del contrato. Los glosadores, en especial la Glosa Accursiana, definen un negocio que podía asemejarse, si la obligación es pura, al contrato típico, diferente de otro tipo de negocio que por el contrario fuese condicionado¹⁵¹. Parece, por tanto, si nos encontramos con una obligación pura y de carácter personal, que no estamos tan lejos de la concepción actual del contrato de renta vitalicia.

El segundo problema del que se ocupan los glosadores civilistas hasta el S. XIII, se refiere a la unicidad o multiplicidad de la obligación nacida de la *stipulatio*. Es decir, si la *stipulatio* de renta vitalicia constituye una única relación obligatoria o varias. La *stipulatio* es siempre considerada única, si bien cambian las motivaciones.

Siguiendo a SOFFIETTI, podemos encontrar las siguientes opiniones al respecto¹⁵²:

Para MARTINO, en la *glosa annuo* a Inst. 3, 15 (16), 3, la *stipulatio* es única en cuanto única es la *verborum conceptio*.

GIOVANNI BASSIANO, según el testimonio de ACURSSIO, afirma la unicidad de la obligación atendiendo al momento del cumplimiento, en cuanto *una est ut semel inspiciatur an acquiratur*, dando una interpretación propia al paso¹⁵³.

daba lugar a una *actio* mientras el otro daba lugar a una *exceptio*. Pero pacto y contrato tenían una misma alma: la *conventio*, el consenso, cuyo germen en el contrato puede verse ya, en la necesaria congruencia de las palabras usadas en la vieja *stipulatio*. De hecho, continúa argumentando, muchos pactos consiguieron fuerza obligante en contra del principio que se vedaba; tales son los pactos adyectos, pretorios y legítimos, que aunque *in thesi* eran simples excepciones de la regla general *in praxi* alcanzaron gran difusión. De esta suerte, aun cuando por arcaísmo se mantenía la diferencia entre pactos y contratos, ambas categorías tendieron a confundirse hasta el punto de que la definición del contrato que nos da TEOFILO es, en realidad, traducción de una antigua definición de pacto. El contrato, dice TEOFILO, es el acuerdo y el consentimiento de dos o más personas, relativo a un mismo objeto, con el fin de crear una obligación y de vincular una persona a otra” (*Paráfrasis griega de las Instituciones* 3, 13, 2 Cfr. ed. De Ferrini, Berlín 1.884, pág. 318.).

¹⁵¹ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 91 y 92.

¹⁵² SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 93 y ss., y en “Rendita...”, *cit.*, pág. 848.

¹⁵³ *glossa si quis mortis...multa essent* a D. 39, 6, 35, 7 en materia de donaciones *mortis causa*.

La glosa Accursiana critica las dos argumentaciones vistas, poniéndolas en relación con los legados de renta. Así ACURSIO, en la glosa *stipulatio* a D.45, 1, 16, donde recoge la opinión expresada en la glosa *At si ita...annuos* a Inst. 3, 15 (16), 3, critica la opinión de MARTINO en la glosa *Stipulatio* a Inst. 3, 15 (16), 3, apuntando que también en el legado hay una única *verborum conceptio* y, sin embargo, el número de legados se considera igual al número de veces que acaece el *dies cedens*. La objeción de la Glosa Accursiana, respecto de la opinión GIOVANNI BASSIANO, se centra en que su afirmación también sería válida para los legados, si se atiende al momento en el que legatario percibe lo dispuesto por el testador, aunque el instituto del legado no es único¹⁵⁴. ACURSIO, por el contrario, fundamenta la unicidad de la obligación en un motivo procesal, que diferencia la *stipulatio* de los legados. Tal motivo consiste en que la *stipulatio* da lugar a una única acción, por lo que la obligación es única, mientras los legados dan lugar a una pluralidad de acciones, puesto que no son únicos sino una pluralidad¹⁵⁵.

La solución procesal fue también adoptada por ODOFREDO¹⁵⁶. Si bien, a diferencia de ACURSIO, se basa en los diferentes tipos de acciones que se utilizan en los legados y en la *stipulatio*. Así, según el autor, para la *stipulatio* la acción es *stricti iuris*, mientras en el legado de renta vitalicia la acción es *bonae fidei*, lo cual explica la posibilidad de transmitir la acción al heredero.

AZÓN, en la *Summa Codicis*, acepta la solución de la unicidad negocial derivada del aspecto procesal, y añade una segunda justificación relativa a la capacidad del *filius familias*. Ésta, en la *stipulatio*, viene examinada una sola vez, mientras en el legado la *conditio* del legatario se examina cada vez que el *dies cedit*¹⁵⁷.

La multiplicidad de soluciones expuestas refleja la diversa construcción teórica que cada autor da a la *stipulatio*. Para MARTINO es un contrato abstracto formal. GIOVANNI BASSIANO tiene presente el aspecto concreto de la relación y da una solución análoga a la del primero en lo referido a la substancia, pero atendiendo al momento de cumplimiento de la obligación. Por el contrario, AZÓN y ACURSIO ofrecen una solución

¹⁵⁴ La glosa *Stipulatio* a D.45, 1, 16, 1, firmada por ACURSIO, no recoge el pensamiento de GIOVANNI BASSIANO, se limita a citar el pensamiento de MARTINO. Así lo afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 95.

¹⁵⁵ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 93 y ss., y en “Rendita...”, *cit.*, pág. 848.

¹⁵⁶ ODOFREDO, DENARI, *Lectura super Digesto Novo*, Lugduni, Blasius Guido, 1552, (ed. anastatica Bologna, Forni Editore, 1.968, pág. 119 b. *De verborum obligationibus stipulatio*. Así, también, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 96.

¹⁵⁷ AZÓN (AZONIS), *Summa Codicis...cit.*, pág.315, lib. VIII. *De contrabenda et commitenda stipulatione*. También, de nuevo, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 96 y 97.

radicalmente opuesta, síntoma de un cambio de concepción, pues ellos ya no afrontan el tema del carácter abstracto de la *stipulatio*, sino que se centran en el aspecto procesal¹⁵⁸.

Estos autores discuten también, dentro del ámbito procesal, el problema de la prescripción extintiva, siempre en relación con C. 7, 39,7, 6¹⁵⁹. Para MARTINO la prescripción se repite para cada prestación no efectuada, es decir, computa tantas cadencias como años desde que se inicia el incumplimiento. BULGARO y ROGERIO, por el contrario, son favorables a la unicidad de la prescripción, que empieza a contar desde el momento del incumplimiento. La teoría de MARTINO excluye la prescripción, mientras BULGARO y ROGERIO asumen la postura contraria. La Glosa Accursiana adopta una postura intermedia, aportada por GIOVANNI BASSIANO, pues acepta la solución del primero para la *stipulatio* y la de los segundos para el legado de renta vitalicia¹⁶⁰. Sin embargo, la controversia continuará entre los glosadores y los cultos.

Respecto al momento de cumplimiento de la obligación, los glosadores atienden a lo específicamente establecido por las partes. Si bien, si éstas no establecen un término fijo sino, genéricamente, una cadencia anual, la prestación podrá hacerse efectiva al principio o al final del año. La Glosa *At si ita...annuos*, a Inst. 3, 15 (16), 3, resuelve el problema reenviando a la voluntad negocial. Así, si el estipulante manifiesta su voluntad de recibir la suma *singulis annis*, el momento se hace coincidir con el inicio del año. Si por el contrario manifiesta su voluntad de recibirla *anno*, es decir con el sobrevenir del año, el momento se hace coincidir con el fin del mismo¹⁶¹.

Los glosadores se ocupan, de manera específica, de la donación de renta vitalicia. De hecho le conceden una categoría distinta a la ostentada en las fuentes romanas, pues la colocan entre las *obligationes impropiae*. Dentro de los muchos aspectos tratados por los mismos, destaca el previsto en C. 8, 53 (54), 35, donde se ofrece la posibilidad de cambiar la cosa debida, en aquellos supuestos en los que el donante dona una suma o un número de esclavos y carece de la totalidad de lo prometido. En tales supuestos el donante debe suplir la suma por un bien mueble u otros objetos de valor similar, y en el caso de los esclavos por 15 solidi cada uno. Finalmente, en caso de donación de renta, C. 8, 53 (54), 35, 3 establece que la suma venga capitalizada en 15

¹⁵⁸ Tal es la opinión de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 97 y ss.

¹⁵⁹ Gl. cuiuscumque anni a C. 7, 39, 7, 6, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 848.

¹⁶⁰ SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 848. Sobre estas controversias, y las explicaciones y contradicciones de los glosadores citados, se ocupa el autor con mayor amplitud en: “La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti...págs. 100 y ss., a cuyo estudio se reenvía por exceder, las mismas, de los fines del presente trabajo.

¹⁶¹ En este sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 106.

años de existencia humana. AZÓN, a pesar de que el paso del código no precisa si se refiere a la renta vitalicia, lo refiere a esta última y considera que tal extraña posibilidad busca favorecer al donante¹⁶².

Respecto de los legados, brevemente por exceder del tema del presente trabajo, sólo se dirá que la Glossa accursiana los considera puros el primer año y condicionados los sucesivos¹⁶³. Estos legados fueron objeto de múltiples controversias, pero exclusivamente se mencionará, de manera breve, la diferencia existente entre el legado de renta vitalicia y el de usufructo. La Glosa Accursiana, en relación con D. 33, 2, 38, ve la diferencia en la diversa estructura de los mismos. Así, en el legado de usufructo existe una relación directa entre el legatario y la *res*, al verificarse el *dies cedens* después de la intervención del heredero. En el legado de renta vitalicia, por el contrario, el *dies cedens* es múltiple y es el heredero el que tiene una relación directa con la *res*¹⁶⁴.

Se plantean los glosadores, también, la posibilidad de crear rentas vitalicias a través de contrato innominado *do ut des*. Las obligaciones surgidas de contrato innominado dan vida a una *actio praescriptis verbis*, sin embargo, entre los diversos tipos de contratos innominados *do ut des* para los que es concedida la citada acción, se excluye la prestación de renta vitalicia¹⁶⁵. PLACENTINO requiere, para la constitución de un contrato innominado *do ut des*, que a una prestación de dinero, no como cantidad sino objetivada, corresponda una prestación de una *res* incierta, a escoger entre aquellas de las que es propietaria la contraparte. Aunque también se encuentran soluciones diversas en otros autores¹⁶⁶.

¹⁶² Así lo expone, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 848. Si bien, de nuevo, para un conocimiento más amplio del resto de controversias que provoca la donación de renta vitalicia se reenvía a la obra del mismo autor: “La rendita vitalicia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 106 a 118.

¹⁶³ Glosa *sed plura* a D. 36, 2, 10.

¹⁶⁴ Gl. *differentiam* a D. 33, 2, 38. Tal y como manifiesta SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalicia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 118 y ss

¹⁶⁵ Tales contratos vienen enunciados por ARIAS RAMOS, JOSÉ- ARIAS BONET JUAN ANTONIO, *Derecho Romano*, 4ª reimpresión, Madrid, 1.994, PLACENTINO, PEDRO (PIACENTINUS PETRUS), en la *Summa de actionum varietatibus*, editada por WAHRMUND, L., *Quellen zur Geschichte der römisch- Kanonischen Proceses im Mittelalter*, IV, 3, pág. 63. XLV. *De praescriptis verbis actione, ex do ut des*, según cita de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalicia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 128. Este último autor, al estudiar lo expuesto por PLACENTINO considera que, en el supuesto de que el glosador hubiese considerado el dinero como una *res*, por tanto comerciable, el contrato de cambio habría estado encuadrado en la compraventa.

¹⁶⁶ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalicia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 128 y ss.

Con el transcurso del tiempo, la Glosa Accursiana afirma que en caso de incerteza sobre el tipo de contrato se otorgará la *actio praescriptis verbis*¹⁶⁷. Así se concede, además de a los contratos innominados, a todos aquellos supuestos en los que pueda existir incerteza sobre su tipificación. Según PONZIO DE YLERDA, este instrumento procesal también puede ser utilizado en aquellos contratos que suponen una concesión de goce, por parte de una iglesia o monasterio, a un privado solicitante. Tales contratos asumen, para los glosadores civilistas, la naturaleza de enfiteusis, y parecen una clara muestra de la posibilidad de constituir rentas vitalicias a través de contrato innominado¹⁶⁸.

Por último, de nuevo siguiendo a SOFFIETTI, examinaremos cómo la jurisprudencia civilística medieval, limitada a los glosadores, tipifica especies concretas de renta vitalicia. Como ya se ha reiterado, a lo largo de la Edad Media existieron múltiples supuestos de concesiones de tierras a entes eclesiásticos a cambio de rentas. También se pueden encontrar supuestos de transmisiones de goce de bienes eclesiásticos a cambio de capitales. Uno de estos supuestos, en los que un ente eclesiástico concede en goce sus propios bienes, viene recogido en C. 1, 2 (5), 14, 9. En tal fragmento se admite la posibilidad de que un *aeconomus* de una iglesia conceda la *temporaria usu fructus possessio* de un fundo perteneciente a la iglesia, porque se tenía la riqueza del futuro concesionario y existían *pacta* sobre la duración de la relación, que podía ser *in diem vitae suae*, es decir, vitalicia a favor del concesionario¹⁶⁹. Los glosadores creían poder encuadrar la relación entre los supuestos de enfiteusis o usufructo. PLACENTINO, en la *Summa Codicis*, no adopta una posición clara, se limita a constatar que los entes eclesiásticos pueden disponer de sus bienes de muchos modos, y cita la hipótesis de la locación trentenal y de la enfiteusis¹⁷⁰. La consideración de tal contrato como locación o usufructo no es indiferente, pues el primer caso encuadra el supuesto entre las relaciones personales, mientras el segundo lo hace entre las reales¹⁷¹. Las soluciones

¹⁶⁷ Gl. *praescriptis verbis ad Inst.* 3, 24 (25), 2. SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 129, cita 102.

¹⁶⁸ YLERDA, PONZIO DA (PONTIUS DE ILERDA), *La Summa arboris actionum di Ponzio da Ylerda*. Edizione critica con uno studio introduttivo da ROSSI, GUIDO, Milano, 1.951, p. 239, según interpretación de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 129, con cita del autor.

¹⁶⁹ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 134 y ss. Como puede comprobarse, este contrato no es más que la precaria onerosa que ya se ha estudiado.

¹⁷⁰ PLACENTINO, PEDRO (PIACENTINUS PETRUS), *Summa Codicis*, Bottega d’Erasmus, Torino, 1.962 (reproducción fascículos, Moguntiae, 1.536), lib. I, tit. II, *De sacrosanctis ecclesiis, et de rebus ac privilegiis earum*, pág 5.

¹⁷¹ Como también afirma GROSSI, PAOLO, *Locatio...*, *cit.*, págs. 62 y ss.

variaron en los distintos glosadores, que en su mayor parte se inclinaron a favor de la enfiteusis¹⁷².

Otra relación, análoga a muchas otras con base real que se dieron en la Edad Media, se encuentra en la Nov. 7, 4. Se trata de la transmisión en propiedad de un bien detentado por el concesionario, al concedente eclesiástico, con la constitución de un derecho de goce a favor del primero que grava el citado bien. Este bien, a la muerte del concesionario, pasa a consolidarse entre las propiedades eclesiásticas. La Glosa Accursiana ante tan intrincada situación, que necesita de tres actos para dar vida a otras tantas situaciones reales, resuelve la situación a través de la constitución de dos derechos de usufructo a favor del concesionario, previa transmisión del bien al concedente¹⁷³. Se trata, de nuevo, de una de las evoluciones de la figura que se ha estudiado como *precaria*.

A este tipo de relaciones, consistentes en prestaciones de goce de fundos o de frutos de los fundos, la jurisprudencia medieval suele otorgarles carácter real. Sin embargo, en los supuestos de constitución de renta puede surgir la duda sobre el carácter personal o real de la relación. En este sentido resulta interesante un paso de SCAEVOLA, recogido en D. 18, 1, 81, 1, donde se presenta el supuesto de la venta de un fundo, sobre el cual grava una carga de prestación de frutos, en el que se responde que el nuevo propietario no está obligado al pago de tal cuota.¹⁷⁴

Se plantea aquí el problema relativo al carácter de la obligación contraída, pues a la solución del carácter personal no obsta la existencia de obligaciones gravantes sobre un fundo, como la obligación por alimentos y aquellas a favor del Estado. La Glosa Accursiana es favorable a la solución personal para las obligaciones que dan vida a rentas periódicas, pues considera excepcionalmente vinculadas a la res, y por tanto reales, las constituciones de rentas alimentarias y aquellas a favor del estado, por lo que el resto deben ser personales¹⁷⁵.

Aunque los Glosadores realizaron grandes esfuerzos a favor de la tipificación del instituto, no llegaron a identificar un contrato típico de renta vitalicia.

¹⁷² SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 136, señala como PLACENTINO en la *Summa Institutionum*, en relación con un contrato de *conduzione* perpetua, lo considera como enfiteusis y no como locación, dado que el primero implicaba la constitución de un derecho real, y no personal, como ocurriría en el caso de la locación.

¹⁷³ Tal como se contiene en Nov. 7, 4, gl. *ius ad Auth.*, Coll. II, 1, vers. *Si quis autem*; Gl. *Datae ad Auth.*, Coll. II, 1, vers. *Si quis autem*; gl. *Utrumque ad Auth.*, Coll. II, 1, vers. *Si quis autem*. SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 138 y ss.

¹⁷⁴ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 139.

¹⁷⁵ En tal sentido, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 139 y 140.

2.2.2.- La renta vitalicia en el pensamiento de los canonistas y moralistas

Como se ha visto, el cambio de la economía agrícola, típica de los siglos VII a X, a una economía basada sobre todo en el comercio, que comienza a surgir a partir del S.XI, genera nuevas condiciones económico-sociales. Esta evolución alcanza su punto álgido en el S. XIII, fecha en la que, según la mayor parte de los autores, empieza su andadura la denominada compra de renta. La nueva economía, fundamentalmente comercial, da lugar a una nueva categoría de ricos con importantes capitales líquidos pero sin posesiones inmobiliarias, que incrementan su valor al convertirse en terrenos aptos para la construcción¹⁷⁶. Es precisamente en este estado de cosas en el que la constitución de renta adopta una nueva configuración, perdiendo su tradicional carácter alimentario para convertirse en un instrumento de crédito¹⁷⁷.

Este cambio provoca que la renta vitalicia adquiera una aplicación mucho más vasta y que su uso se incremente, permitiendo a los capitales en dinero, hasta ahora inactivos, un sencillo modo de ser empleados¹⁷⁸. Es decir, la constitución de rentas vitalicias, sea con base personal o real, se presenta como un instrumento netamente económico, pues el cambio entre un capital actual y una renta concedida por toda la duración de la vida del cedente constituye, de hecho, una de las manifestaciones del sistema crediticio medieval. Tal sistema crediticio, sin embargo, presenta un problema fundamental en el momento histórico en el que se desarrolla. El intercambio de dinero actual con dinero futuro o con los frutos futuros de un fundo, con el límite de la vida del beneficiario, puede ocultar un mutuo. Mutuo en el que la renta vitalicia representa la cuota de amortización del capital o de los intereses. Así, el contrato en abstracto no es ilegal, pero puede conllevar un supuesto de usura cuando las rentas sean desproporcionadas al capital¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Comparte esta opinión VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 6.

¹⁷⁷ Así, también, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 6. Tales constituciones de renta, que para el autor citado surgen precisamente en esta época, son las ya mencionadas compras de renta, pues así las denomina el Derecho canónico en atención a la eficacia jurídica que despliegan. SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 174, defiende la importancia, determinante, que la aportación de los juristas canonistas tiene para la individualización de una nueva modalidad de constitución de renta vitalicia. El autor señala que para los canonistas la denominada compra de renta no es un intento de crear un nuevo contrato con regulación autónoma, pues la encuadran en un nuevo tipo de compraventa: la compraventa de una renta. Sin embargo, la compraventa de rentas comienza a individualizar una relación jurídica diferente al resto de compraventas, iniciándose el proceso de tipificación de la institución que nos ocupa.

¹⁷⁸ Como también afirma, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, pág. 427.

¹⁷⁹ Tal y como describe, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 85 y 86.

Ante este estado de cosas muchos canonistas y teólogos, a los que estas nuevas vías de contratación no les pasan inadvertidas, se dedican a investigar las diversas formas bajo las que la usura, a través de las nuevas creaciones jurídicas, puede presentarse. La renta vitalicia, nacida bajo la égida de iglesias y monasterios, cae bajo sospecha de usura y es exhaustivamente estudiada¹⁸⁰. Como la prohibición de la usura es en realidad un límite más moral que jurídico, o al menos está a caballo entre una norma de foro interno y otra de foro externo, se ocupan del problema tanto juristas como moralistas. En la discusión sobre la licitud de la renta vitalicia prevalecen en primer término los juristas, con argumentos del Derecho canónico y Romano, y en una segunda época los moralistas. Cuando estos últimos intervienen, el instituto ya se había individualizado por los Juristas que, a través de la casuística examinada, plantean las distintas modalidades en las que la renta vitalicia se presenta¹⁸¹. La lucha contra la usura, comenzada por los filósofos de la antigüedad greco romana y después continuada por la iglesia, es reavivada y proseguida por canonistas y legisladores, mientras los estudiosos del Derecho Romano se oponen a las prohibiciones que de la misma se derivan¹⁸².

Las disquisiciones acontecidas con ocasión de la defensa de la renta vitalicia frente a la usura, tienen una importancia fundamental en la determinación de la estructura jurídica del contrato, así como en su tipificación. De hecho, parece claro que la introducción del concepto jurídico de compraventa de renta vitalicia viene motivado por el argumento de la usura¹⁸³. La lucha de la iglesia contra la usura es, además, la causa de que el elemento aleatorio propio y característico de la figura se ponga en evidencia. De hecho, prevalecerá hasta el punto de atenuar el carácter alimentario y asegurador de la misma¹⁸⁴. Se presenta una situación radicalmente distinta a la propia de los tiempos de Carlos el Calvo. Mientras en los orígenes de la relación se teme que la renta vitalicia pueda perjudicar a los acreedores de la renta frente a la iglesia, que de buen grado se convierte en deudora, un par de

¹⁸⁰ Como se verá, y como pone de manifiesto TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 427.

¹⁸¹ Así lo afirma, también, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 86.

¹⁸² Tal y como afirma, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 427.

¹⁸³ Tal es la opinión de SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 146, compartida por numerosos autores. Entre ellos cabe destacar a DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de...*, *cit.*, pág. 103, n° 423 bis, quien, como se ha visto, considera que la configuración del contrato de constitución de renta como una venta obedece a la intención de sustraerlo a la prohibición del préstamo con interés, pues se aproxima más a este último contrato que al de compraventa. En el mismo sentido CALONGE, ALFREDO, *La compraventa civil...*, *cit.*, pág. 121, considera que en esta época son habituales las figuras encubridoras del préstamo con interés y que, precisamente, el contrato de constitución de renta nace para encubrir tal figura.

¹⁸⁴ Como afirma DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.094

siglos después éstos ya no preocupan y se pretende defender a toda costa al deudor de la renta del peligro de la usura, que teólogos y moralistas creen ver en todo contrato¹⁸⁵.

El problema de las rentas vitalicias, en relación con la usura, se centra en que constituyen prestaciones periódicas prolongadas en el tiempo. Esta característica supone la posibilidad de que las rentas superen el capital pagado para su obtención, generando un enriquecimiento ilícito para el beneficiario que viola la prohibición genérica de usura¹⁸⁶. A continuación se realizará un breve repaso a los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la usura de esta figura.

SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT, destacado moralista de la época, en la *summa de poenitentia et matrimonio*, concretamente en el título dedicado a la usura, cuestiona la licitud de aquel contrato en el que una iglesia, o un privado, compra un determinado usufructo. ¿Puede lícitamente comprarse una determinada cantidad de dinero? ¹⁸⁷. SAN RAIMUNDO considera que es perfectamente posible, siempre que no se caiga *in fraudem usurarum*. Para determinar si un contrato de tales características es usurario, según el autor, deben comprobarse determinadas circunstancias: como el precio de la venta, si éste es excesivamente bajo en comparación con las rentas, y la edad y el estado de salud del comprador en aquellos supuestos en los que la venta se haga en atención a su vida. A partir de estos datos se efectúa un cálculo muy aproximado de su duración y puede estimarse el valor total de las rentas, para así relacionarlo con el precio del negocio¹⁸⁸. SAN RAIMUNDO considera el

¹⁸⁵ Tal y como expone TARTUFARI, LUIGI, “Dell’alea nella...”, *cit.*, pág. 427.

¹⁸⁶ Así lo entiende, también, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 148 y ss.

¹⁸⁷ DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et Iure (De la Justicia y el Derecho)*, traducido por el Centro de Estudios Constitucionales, Grafoffset, Madrid, 1.968, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 565. Este último autor, con ocasión de argumentar los motivos por los que la compraventa de censos puede ser usuraria, alega en primer lugar, en virtud del 5 de los Políticos, cap.6, que la moneda no es objeto que se pueda comprar o vender, sino que a lo más es prestable. Considera que quien vende separadamente su uso es usurero, puesto que ha sido creada para sustituir el valor de las cosas no para ser vendida, y quien compra un censo compra el dinero que ha de cobrar de aumento sobre el capital. Sin embargo con posterioridad, tras numerosas argumentaciones a las que nos remitimos, en la pág. 569 afirma que lo que se compra no es dinero, sino el derecho a exigir una pensión cuyo valor no sea mayor que la pensión misma. A este tipo de argumentos se opone GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos*, (transcripción de la edición del año 1.583), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2.003, pág. 375, para quien no es cierto que se compre el derecho a cobrar la pensión pecuniaria y no se compre, juntamente, el mismo dinero.

¹⁸⁸ Así lo expone VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 28 y 29, citando a RAYUNDUS DE PENIAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio cum glossis Joannis de Friburgo, Romae*, 1.603, tit. De usuris, § 8, gl. *paratus emere*, p.233, p.323.

contrato en cuestión una compraventa, y por tanto lícito, siempre y cuando acate las normas que lo regulan¹⁸⁹.

Dentro de la normativa de la compraventa que afecta a la renta vitalicia, el autor toma en especial consideración el justo precio, pues debe ser proporcionado a la totalidad de las rentas a recibir por el comprador durante su vida. De hecho, si tras la realización del contrato el monasterio resulta *enormiter vel manifeste deceptum*, por un error en la valoración del número de años de vida el comprador que le provoque un perjuicio superior a la mitad del justo precio, el comprador debe pagar la diferencia o aceptar la rescisión del contrato con mutua devolución de las cosas y el precio, pues así lo establece c. 3, X, *de empt. et vend.* III, 17¹⁹⁰.

GODOFREDO DE TRANO se centra en aquellas relaciones jurídicas, similares a la renta vitalicia, en las que a cambio de una determinada suma de dinero se concede un derecho de goce sobre ciertas posesiones de una iglesia. Este tipo de relación jurídica difiere de la *precaria*, exclusivamente, en que el beneficiario cede una determinada cantidad de dinero en vez de un bien inmueble de su propiedad¹⁹¹. Sin embargo, para el autor será perfectamente lícito el contrato de *precaria*, pero no aquel en el que lo que se entrega es un capital.¹⁹²

El decretalista deja constancia de las múltiples tentativas por justificar la licitud de la relación en la incierta duración de la vida humana. Tales argumentos, esgrimidos por canonistas de la época, son rechazados por el autor en virtud de que la usura "*contrahitur sola spe*". Es decir, puesto que los hombres esperan vivir el mayor número de años posible, y por tanto recibir una cantidad de renta superior a la suma entregada, se incurre en usura¹⁹³.

En esta etapa intermedia el elemento aleatorio de la renta vitalicia empieza a considerarse esencial y caracterizador de la figura. De hecho, para muchos autores hay indicios que apuntan la existencia de una corriente doctrinal defensora de la licitud de la relación, con base en su carácter aleatorio. Solución opuesta se obtiene, sin embargo, en un *casus* de la Glosa Ordinaria al Decreto de Graziano, que excluye la licitud de la venta a término,

¹⁸⁹ SOFFIETTI, ISIDORO, "La rendita vitalizia nel pensiero...", *cit.*, pág. 153, quien deja constancia de que muchas relaciones jurídicas que conllevaban inmisiones en el mercado de capitales se encuadran, por teólogos y moralistas, en el contrato de compraventa, como manifestaciones particulares del citado contrato.

¹⁹⁰ Como afirma VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 27 y ss.

¹⁹¹ En este sentido SOFFIETTI, ISIDORO, "La rendita vitalizia nel pensiero...", *cit.*, págs. 148 y ss., citando a GODOFREDO DE TRANO, *Summa in titulos Decretalium* (1.241-43), Venetiis, 1.570, lib. V, De usuris, pág. 214 b.

¹⁹² Como también constata, VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 30 y ss.

¹⁹³ Así lo pone de manifiesto, SOFFIETTI, ISIDORO, "La rendita vitalizia nel pensiero...", *cit.*, págs. 150 y ss.

precisamente, por el carácter incierto de la relación “*ipsa spes facit hominem usurarium*”¹⁹⁴. Existen, por tanto, soluciones diversas en la valoración del *alea* como elemento saneador del contrato tachado de usura.

GUGLIELMO DI RENNES, en la glosa *paratus emere* a la *Summa* de SAN RAIMUNDO, parece hablar de la adquisición de rentas personales, a las que denomina por primera vez, según algunos autores, *contractus bursalis*¹⁹⁵. El autor no considera estas rentas usurarias *ex forma*, si bien las tacha de peligrosas cuando se estipulan a vida del comprador. El autor no osa considerar ilícito el contrato, porque S. RAIMUNDO lo había considerado lícito, pero recomienda su estipulación a vida del vendedor, pues de este modo ninguna de las partes está tentada de desear la muerte de la otra. La importancia del pensamiento del autor es relativa, porque dejando al margen la nueva denominación a las discutidas rentas personales, que será seguida por muchos autores, la solución dada a la licitud del contrato se basa exclusivamente en argumentos morales y no jurídicos¹⁹⁶.

INOCENCIO IV, siguiendo las huellas de S. RAIMUNDO DE PEÑAFORT en la *Summa de Poenitentia et matrimonio*, califica el contrato a través del cual se adquieren o constituyen rentas vitalicias como compraventa¹⁹⁷. Se ocupa, además, de la licitud de la compraventa de rentas en una glosa, que añade tras haber comentado el cap. *In civitate*, en sus

¹⁹⁴ Expone esta situación SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 150 y ss, quien cita como defensor de la licitud del contrato, en cuanto aleatorio, a BERNARDO DE PAVIA, y pone de manifiesto la existencia del *casus* de la Glosa Ordinaria al Decreto de Graciano: Decret. Grac. C14, q.3, c.1.

¹⁹⁵ Según VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 27, en el título de la obra de S. RAYUNDUS DE PENIAFORT, O.P., *Summa de poenitentia et matrimonio cum glossis Joannis de Friburgo, Romae*, 1.603, la glosa del tit. De usuris, § 8, gl. *paratus emere*, en la pág. 233, se atribuye a *Joannis de Friburgo*, pero pertenece a GUGLIELMO DI RENNES. Aquel autor en, *Le origini della controversia teologica...cit.*, pág.35, y SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 850, afirman que GUGLIELMO DI RENNES es el primero que denomina a la compraventa de renta vitalicia *contractus bursalis* en vez de *contractus praedialis*, siendo este último del que trataron SAN RAIMUNDO y GODOFREDO. SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 150 y ss., deja constancia de las dudas y controversias que existen sobre si el autor realmente hace referencia a una obligación meramente personal. Independientemente de si esa era su intención, la expresión usada por el moralista tendrá fortuna en el futuro y se utilizará para hacer referencia a obligaciones puramente personales. En el mismo sentido se pronuncia VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs. 32 y ss.

¹⁹⁶ Como expone SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 157.

¹⁹⁷ Así lo pone de manifiesto SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 153 y nota 154, quien concreta que S. RAYUNDUS DE PENIAFORT, O.P., en la *Summa de poenitentia...cit.*, Roma, 1.603, trata de la compraventa de censos en: “...*Item quid de illis qui emunt, vel dono occasione forte alicuius servitii praecedentis accipiunt molarium sive usumfructum alicuius castris vel villae quem contractum indifferenter exercent, praecipue cum ecclesiis et monasteriis?...*”. Aunque se habla de compraventa de usufructo, en realidad hace referencia a la compra de renta vitalicia, como acertadamente pone de manifiesto SOFFIETTI.

*Commentaria in V librum Decretalium*¹⁹⁸. Esta glosa, que para algunos autores representa el texto en relación con el problema más elaborado en la literatura decretalista y sumista del *Duecento*, distingue entre las rentas ya existentes en el momento de constituirse el contrato (*rendite antiche*) y aquellas constituidas *ex novo* en el acto de la venta (*rendite nuove*)¹⁹⁹. Respecto de las primeras, el autor considera siempre lícita su compra, sean éstas de la especie que sean, pues el contrato a través del que se adquieren es una compraventa y es un contrato lícito²⁰⁰.

Respecto de las rentas creadas en el mismo acto de la compra, INOCENCIO IV considera la posibilidad de constituir las con carácter real o personal, entendiendo este último supuesto como una renta vitalicia vinculada a una persona, a la actividad de un siervo, puesto que tal actividad entra dentro del concepto de patrimonio del vendedor de la renta²⁰¹. La renta, a pesar de ser personal, está garantizada por el patrimonio del vendedor, tal y como las reales lo están por la propia *res*, aspecto que, como se verá, es relevante a la hora de determinar su licitud²⁰². En relación con la licitud de las rentas de nueva constitución, deja constancia de la opinión de autores que las consideran lícitas por ser contratos de compraventa, y no de

¹⁹⁸ La Decretal *In civitate* contiene la respuesta del Pontífice Romano ALESSANDRO III al arzobispo de Genova, en relación con el contrato de *compravendita con pagamento a termine*. En el citado contrato el comprador, en lugar de pagar las mercancías en el momento al precio vigente, promete pagar un precio superior en el término establecido. El Pontífice, en la citada decretal, declara la ilicitud de la venta a término, “*venditio ad terminum o ad tempus*”, no *ex forma* sino por su intención, cuando el vendedor tiene certeza de la ganancia por tasar las mercancías a un precio superior al que tenían en el momento de realizarse la compra, como consecuencia de la dilación en el precio. Así lo afirma VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pag. 166.

¹⁹⁹ Es el caso de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pag. 38.

²⁰⁰ Tal es la opinión de DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 566, que, en referencia al pensamiento del jurista consulti expone la posibilidad de vender los réditos anuales antiguos, es decir, los que habían sido establecidos antes, ya sobre las cosas, ya sobre las personas. VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 38, expone el elenco de las diversas especies de rentas realizado por INOCENCIO IV, y la justificación de su licitud incluso en el supuesto de que el valor de las rentas pueda superar el precio pagado por las mismas.

²⁰¹ Así lo afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 155, que deriva tal posibilidad del hecho de que INOCENCIO IV hable de *redditus vel nomen de novo* que *constituitur in rebus vel personis aliis contrahentibus*.

²⁰² SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 156 y ss, refleja el pensamiento de INOCENCIO IV en relación con la renta personal, que debía estar garantizada por el patrimonio del deudor. Para SOFFIETTI, ISIDORO, tras la lectura de la obra de INOCENCIO IV, la diferencia fundamental de las rentas antiguas o gravadas sobre una *res* y las rentas personales, en relación con la posible insolvencia del deudor, es la siguiente: En los supuestos de rentas antiguas o vinculadas a una cosa la garantía siempre permanece existente, puesto que la renta real sigue las vicisitudes de la cosa sobre la que se ha constituido. Sin embargo, en las rentas personales la garantía, aún existiendo, puede reducirse, porque el patrimonio del deudor está sujeto a las vicisitudes de la fortuna humana.

mutuo, en los que el comprador se expone al riesgo de sufrir una pérdida. No obstante, desaconseja su realización a todos los fieles²⁰³. Existe una última hipótesis de venta de rentas que es rechazada manifiestamente por el autor: la venta de una renta nueva no garantizada por el patrimonio del deudor “...*in se constituta redditum vel actionem*”. Este tipo de rentas las considera ilícitas, puesto que son, al menos en la intención del constituyente, usurarias, y, por tanto, contrarias a la ley²⁰⁴.

INOCENCIO IV exige un último requisito para la licitud de cualquier tipo de renta: no exceder la cantidad de renta que el beneficiario obtendría si el dinero necesario para constituirlo lo hubiese invertido en bienes inmuebles. Aunque el razonamiento no se repite para el caso de las rentas de nueva constitución, parece que tal requisito, exigido para las rentas antiguas, es extendible a la constitución de rentas nuevas, dada la generalidad del principio²⁰⁵.

En resumen, puede mantenerse que INOCENCIO IV considera lícita la compraventa de rentas antiguas, siempre y cuando cumplan el requisito moral antes visto. Que no considera ilícita la venta de renta nueva, siempre que cumpla tal requisito, aunque desaconseja su formalización a los fieles, y que declara expresamente ilícita la venta de renta de nueva constitución no garantizada por el patrimonio del deudor. Para SOFFIETTI, el planteamiento dado por el decretalista delinea una relación con base personal, puesto que la compraventa de renta consiste en el cambio de una suma de dinero actual con una renta futura²⁰⁶.

²⁰³ VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pags. 40 y ss., entiende que el motivo de desaconsejarlas, a pesar de no decirlo expresamente, está en la sospecha de que sirvan para esconder un mutuo con interés. DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 566, al exponer el pensamiento de ENRICO DI GAND (Quodlib. 1, q.39) y de INOCENCIO IV, en el cap. *In Civit. De usur.*, afirma que la compra de censos que se acaban de constituir sobre la persona o los bienes del vendedor es injusta: “*Y la razón es, dicen, porque en la compra ha de distinguirse entre precio y mercancía (1. 1, de contrahen. Emptio.). Mas cuando el censo está ya establecido, ya no hay mercancía, sino que se compra dinero por dinero.*”. Sin embargo con posterioridad, en la pág. 567, argumenta que si cualquiera puede dar a otro una cosa suya, y por tanto venderla reservándose un censo, también puede vender un censo reservándose el dominio. Con lo que la opinión contraria se equivoca al no reconocer una mercancía distinta al precio, pues al igual que cuando se compran los réditos ya establecidos se compra el derecho, también al establecer el censo en el momento presente el mismo derecho tiene razón de mercancía. El autor defiende, además, que esta opinión es extensible al censo pecuniario, pues si cualquiera puede establecer un censo fructuario, siendo los frutos apreciables en dinero, no hay razón que impida establecer el mismo censo pecuniario.

²⁰⁴ Así lo expone, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 158.

²⁰⁵ En este sentido se pronuncia, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 158.

²⁰⁶ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 158.

A pesar de la innegable evolución de la renta vitalicia, y de las enormes aportaciones del autor hacia un contrato más parecido al que tenemos en la actualidad, algunos canonistas posteriores en el tiempo, menos sensibles a las necesidades de la época, parecen replegar sus posiciones, de nuevo, a posturas más conservadoras²⁰⁷.

El HOSTIENSE, en los *Commentaria in Decretales*, se ocupa exclusivamente de la adquisición de rentas producidas por un fondo, sin hacer referencia alguna a las rentas vitalicias personales no producidas por una *res*. El autor es favorable a la licitud de tales rentas reales, pero añadiendo a las condiciones requeridas por INOCENCIO IV el requisito de no caer *in fraudem usurarum*, y de que no se produzca lesión enorme²⁰⁸.

El pensamiento de ROFFREDO DE BENEVENTO destaca por estudiar la renta vitalicia tanto en el ámbito civilístico como en el canonístico, lo que le lleva a abordarla con una importante apertura de miras. El autor tiene presentes las exigencias civilísticas, que imponen la constitución de renta bajo alguna de las figuras romanas: *stipulatio*, legado, donación o contrato innominado. Y las propias de los canonistas, que tratan de poner un poco de orden en los complejos contratos atípicos, generadores de rentas vitalicias, de derivación altomedieval. El autor, en el ámbito estrictamente civilístico, define el contrato como innominado *do ut des*, que da vida a una relación jurídica, frecuente en la época, generadora de una prestación de renta a cambio del goce de un fundo transmitido por el propietario²⁰⁹. Esta vía se

²⁰⁷ Respecto a estas posturas, y puesto que lo que ahora interesa es continuar con la evolución de la renta vitalicia hacia la figura que conocemos en nuestros días, se reenvía a SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, págs. 160 y ss., y bibliografía allí citada.

²⁰⁸ Así lo afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 850. DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 567, expone que, “Sin embargo, salva la autoridad de los doctores, de que con justicia gozan, nadie debe dudar de que del mismo modo que puede establecerse el censo por vía de donación, puede establecerse por vía de compra. Y así seala segunda conclusión, que reconocen todos los demás tanto teólogos, como jurisconsultos al comentar el mismo cap. In Civitate, como el HOSTIENSE y otros. Porque como cualquiera hombre libre puede vender sus bienes, claramente se sigue que también puede vender sus frutos, o parte de ellos, obligándose a pagar una cuota o parte determinada, de manera que se entienda que vende a otro el derecho de exigirle a él dichos frutos.”.

²⁰⁹ ROFFREDO DE BENEVENTO, *Libelli iuris civiles, in Tractatus libellorum domini Rofredi Benaventani super utraque censura cum...questionibus sabbatinis*, Avenione 1.500, (ed anastática Torino 1.968, Corpus Glossatorum Iuris Civilis VI, 1), pág. 230, citado por SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 167, nota 177, a cuya obra nos remitimos en todo lo relativo a los aspectos procesales del pensamiento del autor citado en relación con la renta vitalicia.

utiliza de manera muy limitada en aquel momento, pues era la *stipulatio* el mecanismo habitual, aunque el autor la propone como principal²¹⁰.

Junto a esta aportación importa destacar las dos definiciones de censo dadas por el autor, una operante en el ámbito civil y otra en el canonístico. Respecto de la primera, el autor habla de dos tipos de censos, el debido por un inmueble y el debido por una persona. Esta última referencia induce a pensar que el autor introduce una renta con base puramente personal, si bien, con posterioridad aclara que grava a la persona en cuanto vinculada a cumplir una obligación por condiciones conexas con su situación personal²¹¹. Dentro del concepto de censo en sentido canonístico puede incluirse toda suma pagada por las rentas de una iglesia, por lo que engloba tanto a los *census novus* como a los *census vetus*. Tal precisión es importante, porque de las distintas argumentaciones dadas por el autor en relación con los censos, como que podían incrementarse si la iglesia adquiría otro fundo, deducen algunos autores que incluso no previéndose la posibilidad de constituir otro censo sobre la cosa, dado que se permite su incremento, el paso hacia un nuevo censo será breve. La importancia de la argumentación radica, además, en la terminología usada, pues de la misma se deriva que el vocablo *census*, en su acepción canonística, es equiparable al de *redditus*²¹².

ENRICO DI GAND, uno de los más notables teólogos del siglo XIII, se opone a la licitud de la renta vitalicia en sus famosos *Quodlibet*, iniciados en el año 1.276. El autor se centra, prácticamente en exclusiva, en las rentas vitalicias constituidas por censo consignativo, y principalmente en las pecuniarias, aplicando la teoría Aristotélica de la usura. Tal teoría le lleva a mantener que la renta vitalicia no es más que una usura disimulada, puesto que el acreedor, tras un determinado número de años, recibe más de lo que ha dado²¹³. Frente a las objeciones realizadas en relación con la posibilidad de que el cedente reciba menos de lo entregado, por lo incierto de la duración de la vida contemplada, opone la falta de relevancia del argumento, puesto que el acreedor desea vivir el mayor tiempo posible, lo que conlleva una usura espiritual tan reprobable como la formal. Esta argumentación se resume en la

²¹⁰ SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 169, considera que lo extenso de la obra de ROFFREDO DE BENEVENTO, en relación con la constitución de rentas a través de la *stipulatio*, da una idea de la importancia del instituto.

²¹¹ Es el supuesto de los *servi censiti*, que se encuentran en condición de semilibertad y, como tales, obligados a alguna prestación en relación con su patrón. Así lo confirma SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 169.

²¹² Recoge todas estas argumentaciones sobre el concepto de censo en sentido canonístico, SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 170, quien opina que no es aceptable una consideración restrictiva, sobre todo en atención a la posibilidad, ofrecida por el autor, de aumentar el censo constituido.

²¹³ En este sentido, sobre el pensamiento del autor, se pronuncia VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, pág. 2, y 170 y ss.

frase “*sola etiam spe contrahitur vitium usurarum*”²¹⁴. Las opiniones del teólogo, que conllevan innumerables discusiones, son seguidas por numerosos autores, unos a favor y otros en contra, si bien, desde el momento en que la discusión pasa a los moralistas, la argumentación jurídica ocupa un segundo plano²¹⁵.

En opinión de SOFFIETTI, el enfoque dado al problema de la *emptio redditu* continúa en la edad de los comentaristas, implicando a los civilistas. Este autor pone el ejemplo de BALDO, que en el Concilio 292, conocido por sus palabras iniciales *Quia ex facto ius oritur*, presenta un supuesto de adquisición de renta vitalicia, previa venta de un capital, por parte de un banquero y de su mujer al común de Masio, en el Alessandrino²¹⁶. Para BALDO este contrato no es usurario, ni *ex forma*, ni *ex intentione*, pues la existencia de incertidumbre lo convierte en perfectamente lícito: “*et quod non sit usurarius, probatur etiam, quia ex eo nil de certo habemus, cum hodie nasci, cras mori sub incerto...*”. Además, frente a la calificación de *emptio redditus* dada por los canonistas, éste califica un contrato de adquisición de rentas de la ciudad como innominado *do ut des*²¹⁷.

Las controversias parecen aplacarse a partir de dos decretales y una Bula del siglo XV. MARTINO V en el año 1.425 y CALIXTO III en el año 1.455 declaran lícitos los contratos de compraventa de renta gravada sobre una *res*, o sobre una heredad, independientemente de su naturaleza fructuaria o pecuniaria²¹⁸. Por este motivo la licitud de la compraventa, al menos del

²¹⁴ Ponen de manifiesto estas afirmaciones, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, nota 5, pág. 427 y SOFFIETTI, ISIDORO, “La rendita vitalizia nel pensiero...”, *cit.*, pág. 86. No obstante, en opinión de TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 206, págs. 374 y 375, así como en “Del prestito, del...”, *cit.*, n° 206, pág. 345, con base en *Quodlibet*, 12, 9, 21, ENRICO DI GAND cambia de parecer con la lectura del capitular de Carlos el Calvo, que en un primer momento había descuidado.

²¹⁵ Para un estudio en profundidad de las disputas, acontecidas con ocasión de los *quodlibet* de ENRICO DI GAND en relación con la compraventa de renta vitalicia, se reenvía a la obra de VERAJA, FABIJAN, *Le origini...*, *cit.*, págs 49 y ss.

²¹⁶ SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 850, con cita de UBALDI, BALDO DE, *Concilia*, V, Venetiis, 1.575, 73, cons. 292.

²¹⁷ SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 850, con cita de UBALDI, BALDO DE, *In secundam Digesti veteris partem comentaria*, quinta pars, Venetiis, apud iuntas, 1.615 (apud Georgium Variscum, 1611), folio LII, cons. ccxcii.

²¹⁸ Tal y como afirma, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 850. La disposición de MARTINO V, recogida en capítulo 1º, título 5º, libro 3, *Extravagantes Communes*, afecta especialmente a algunos territorios del área germánica y exige, para la lícita constitución del censo consignativo, que capital y censo sean en dinero, que ciertos bienes se obliguen al pago del mismo expresamente y a perpetuidad, y que el censatario tenga la facultad de redimir el censo sin que el comprador pueda obligarle a redimirlo contra su voluntad. La de CALIXTO III, recogida en el capítulo 2º, título 5, libro 3º, *Extravagantes Communes*, se limita a extender la declaración de su antecesor a toda Alemania, pues se empieza a dudar si lo dispuesto en la disposición de MARTINO V era aplicable a los lugares de Alemania no expresados en dicho documento. Tal es la opinión de CORBELLA, ARTURO, en *Historia*

censo real, parece indudable. Con relación al censo personal NICCOLÒ V, en el año 1.452, afirma la licitud, para el reino de Sicilia y para otros bajo la jurisdicción Aragonesa, de la *emptio redditus* gravada sobre *rebus et proprietatibus suis emolumentis*, de donde parece derivarse la licitud de las rentas gravadas sobre los ingresos no ligados a una cosa, sino a una actividad humana²¹⁹.

Con posterioridad DOMINGO DE SOTO, en su conocidísima obra *De Iustitia et Iure*, defiende la posibilidad de comprar lícitamente censos personales²²⁰. En apoyo de tal opinión argumenta que el censo real también lleva aparejada una obligación personal, puesto que las cosas inanimadas no se obligan, sino que se obliga el dueño. Si esto es así, y en este tipo de contrato ni se transmite el dominio ni se venden los frutos, sino derecho a reclamarlos, aún en el caso de que desaparezcan las cosas sobre las que se constituye el censo real permanece la obligación en la persona, transformándose el censo en personal²²¹. Por ello, el autor afirma que los censos reales no sólo pueden constituirse sobre bienes ciertos y determinados, sino también sobre bienes inciertos e indefinidos que el vendedor posea o llegue a poseer, puesto que la obligación recae sobre la persona²²². De todo lo cual se deduce la posibilidad de constituir censos de carácter personal.

Niega DOMINGO DE SOTO que el establecimiento de un censo sobre el uso del dinero sea usura, salvo que exista obligación de restituir su valor salvando el capital, pues en este caso sí es un préstamo. De hecho, pone un ejemplo claro de la licitud del supuesto: “*Si yo te diere mil ducados para siempre, no hay inconveniente en que yo perciba una pensión por su uso. Y esto es claro. En primer lugar porque yo puedo darlos con la condición de que compres una propiedad que produzca; y si no la comprares sería tuya la culpa*”²²³. Si bien, en su opinión, el

jurídica de las diferentes especies de censos (Memoria premiada con accesit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Imprenta y Litografía de los Huerfanos, Madrid, 1.892, págs. 320 y ss., para quien ambas normas se limitan a dar sanción a un contrato que desde hacía mucho tiempo antes la costumbre y la ley ya habían regulado.

²¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 850. La bula de NICCOLO V es realizada a petición de Alfonso I de Aragón (Alfonso V el Magnánimo), que la publica en la pragmática de 20 de octubre de 1.452. La bula es ejecutiva en sus dominios italianos, y delinea un régimen similar al instituido por MARTINO V en lo relativo a la redención de los censos y a la tasa anual, aunque permite al comprador vincular todo el patrimonio del deudor al pago de la renta. Así lo constata, MONTANARI, CARLO, “Rendita...”, *cit.*, págs. 834 y ss.

²²⁰ DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, págs. 567 y ss.

²²¹ DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 568. El autor afirma que los bienes sobre los que se establece el censo no tienen la condición de cosa vendida, pues lo que se vende es el derecho a la pensión, sino el de prenda o hipoteca, con el que se asegura la fe del vendedor (*fundus, ff. de ann. Legatis*).

²²² DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 568.

²²³ DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, *cit.*, libro VI, cuestión V, cap. I, pág. 569.

censo personal no se constituye sobre el uso del dinero, sino que genera un derecho a pedir y cobrar una pensión.

El autor, tras defender que estos censos no se oponen a las extravagantes de MARTINO V y CALIXTO III, les exige un único requisito: que el precio sea justo, lo que no implica que las pensiones no puedan superar el precio pagado. Esta última precisión presenta serias dudas en relación con la licitud de la compraventa de censos temporales por tiempo determinado, pues en ellos se conoce la cuantía total de las pensiones y pueden encubrir un préstamo usurario. No presenta problema alguno, sin embargo, en la compra de censos vitalicios o temporales por tiempo indeterminado, pues, tal y como expone el autor, se duda del tiempo de la vida y por tanto de la cuantía total de las pensiones²²⁴. Como se puede comprobar, es el *alea* del contrato el que, de nuevo, libera a la figura de cualquier sospecha de usura.

2.2.3.- La progresiva evolución de la figura hacia la categoría del contrato aleatorio

El carácter aleatorio de la renta vitalicia planea sobre la figura durante toda la etapa intermedia. De hecho el propio S. RAIMUNDO DE PEÑAFORT, en la *summa de poenitentia et matrimonio*, lo toma en consideración al valorar la edad y el estado de salud del adquirente para determinar el precio de la venta. GODOFREDO DE TRANO, como ya se puso de manifiesto, deja constancia de la existencia de canonistas que fundamentan en la incierta duración de la vida la licitud del contrato. Y en las disputas del *Quodlibet* el carácter aleatorio está presente en las argumentaciones de quienes se oponen a las tesis de ENRICO DI GAND.

Ya en el siglo XVI DUMOULIN, al que muchos consideran el jurista que mejor toma conciencia de la evolución que sufren las rentas en la primera mitad del siglo XVI, concluye un primer intento de tipificación de la figura²²⁵. El autor sostiene la licitud de la venta de rentas, con las condiciones de “*modo probabilem et causam et modum habeat*” exigiendo, respecto a la primera, que el contrato no se estipule “*ex vanitate vel temeritate, sicut alea*”²²⁶.

²²⁴ DE SOTO, DOMINGO, *De Iustitia et...*, cit., libro VI, cuestión V, cap. I, págs. 569, 570 y 571.

²²⁵ Es el caso de SCHNAPPER, BERNARD, *Les rentes au XVI siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, SEVPEN, París, 1.957, págs. 118 y ss., a cuya obra se reenvía no sólo para el estudio del pensamiento de DUMOULIN, sino para un mejor conocimiento de la evolución de las rentas a lo largo del S. XVI.

²²⁶ DUMOULIN, CHARLES (MOLINAEUS), *Tractatus comerciorum et usurarum*, recopilación de CABALLINUS, GASPAS, en *Fonti per la storia del Diritto commerciale e del Diritto marittimo*, a cura de CHIAUDANO, MARIO, Bottega d'Erasmus, Torino, 1.972, (riestampa anastatica, Venetiis, 1.576). La renta vitalicia es tratada, en particular, en las págs. 270 y ss., n° 473 y ss.

Con posterioridad, en fecha 16 de enero del año 1.569, PIO V promulga la “*Bulla Piana*”, y la posterior bula interpretativa de 1.570, que reordena toda la materia referida a las rentas²²⁷. Esta bula excluye la validez de la *emptio redditus* no constituida sobre cosa inmueble fructífera, y establece nuevas reglas para la constitución de los censos consignativos. Así, se exige recibir el precio íntegro y justo en dinero contado, no restringir la facultad de enajenar la cosa...²²⁸ La Constitución *Cum Onus Apostolicae* no fue recibida en Castilla, Aragón, Francia, Bélgica o Sicilia, motivo por el cual surgen nuevas controversias entre juristas y moralistas de las zonas donde no se recibe la Bula, que defienden la validez de las rentas vitalicias personales, y aquellos propios de los lugares donde sí se recibe, que niegan tal posibilidad²²⁹.

Entre los moralistas asumen gran relevancia algunos teólogos de la Segunda Escolástica, que contribuyeron a la elaboración de conceptos jurídicos nuevos y a la formación de nuevas figuras jurídicas. Aunque las posiciones asumidas y las motivaciones dadas a las soluciones son de lo más diversas, algunos autores sostienen la licitud de la renta vitalicia personal, dando un notable paso a favor de la configuración del contrato como *contractus fortunae*, es decir, como contrato aleatorio. Tales autores excluyen la figura de la *emptio redditus*, pues cae dentro de las prohibiciones de la bulla

²²⁷ En algunos autores, como CORBELLA, ARTURO, en *Historia jurídica...*, *cit.*, págs. 320 y ss., la fecha de publicación de la bula se data un año antes, en el 1.568. Ello encuentra su explicación, según MONTANARI, CARLO, “Rendita...”, *cit.*, págs. 837 y ss., en el hecho de que en la época de PIO V todavía estaba vigente el uso de datar las bulas Pontificias según el estilo de la *Incarnazione*, al modo *Fiorentino*, desde el 1 de enero al 24 de marzo. Tal uso implica la disminución de una unidad respecto al computo moderno, y explica el motivo por el que el autor fecha la Bula en el año 1.568.

²²⁸ En opinión de MONTANARI, CARLO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 841, de la confrontación entre la bula *Piana* del siglo XV y la anterior bula *Cum Onus* de Niccolò V surge una particularidad, pues mientras en la primera se habla de compraventa del censo o del *annuus redditus*, con el significado visto para los canonistas medievales, la bula *Piana* habla de constituir o crear censos, refiriéndose a la misma hipótesis. De esta nueva terminología se intenta derivar la intención de dar vida a una nueva figura contractual típica, como pueda ser la constitución de renta. Para entender esta precisión del autor debe aclararse que “renta constituida” es la denominación por la que se sustituye el censo consignativo en los códigos de Francia e Italia. Así lo confirma, entre otros autores, SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho Civil*, T. III (Derechos reales, Derecho de la propiedad y sus modificaciones), 2ª ed. Corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.900, pág. 719, nota 1. Para conocer en toda su extensión la normativa establecida por dicha bula se remite a la obra de CORBELLA, ARTURO, *Historia jurídica...*, *cit.*, págs. 320 y ss., o a la de MONTANARI, CARLO, “Rendita...”, *cit.*, págs. 837 y ss., donde se recoge un completo resumen de las mismas.

²²⁹ Así lo afirma SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 851, pues defiende que nace una nueva ruptura entre juristas y moralistas. Para el autor son perfectamente identificables dos posturas: la de quienes aceptan la validez de las rentas vitalicias personales, propia de los tratadistas de localidades que no acogieron la Bula, y la de quienes niegan su validez. CORBELLA, ARTURO, *Historia jurídica...*, *cit.*, pág. 322, afirma que la Constitución *Cum Onus Apostolicae* sí se recibió en Navarra, en la ley 6ª, tit. 4º, lib. 3º, de la Nov. Rec. De Nav.

Piana, y de esta manera, no estando prohibida, se convierte en un contrato lícito²³⁰.

Entre los teólogos de la Segunda Escolástica cabe destacar la opinión de GARCÍA, FRANCISCO²³¹, quien considera que el contrato “*ni es de compra y venta, ni de alquiler, ni de cambio, sino un contrato de los que no tienen nombre..., en el cual se mezclan contrato de suertes o de ventura, comprendido debajo de aquellos contratos innominados por los cuales yo te doy una cosa porque tú me des a mí otra*”²³². La tendencia apuntada se ve refrendada, en el año 1.629, por una decisión de la Rota Romana en la que se afirma la licitud del censo vitalicio, por ser un contrato innominado *sub alea fortunae* que no cae dentro de la prohibición. Sin embargo 20 años después, en el año 1.649, otra decisión rotal confirma el carácter ilícito del censo vitalicio personal, al ser contrario a la bula de PIO V.

El intento de justificar la renta vitalicia en su *alea esencial*, en el riesgo propio del contrato, induce a que las leyes traten de igualar las condiciones de los contratantes, parificando los riesgos. Así, por ejemplo, una ley Veneciana de 12 de marzo de 1.640 limita los porcentajes de renta que puede adquirir el acreedor: al 10% si no ha sobrepasado los treinta años, al 12% si se encuentra entre los 30 y los 60 años, y al 14% cuando haya sobrepasado los 60 años²³³. Por otro lado, importa asegurar al acreedor de la renta la consecución de la prestación estipulada, puesto que concluido el contrato pierde la propiedad de sus bienes, que pasan a ser asumidos por el obligado a la renta. Si en el contrato no se estipulan garantías especiales, el acreedor sólo posee los mecanismos de reclamación propios de cualquier otro acreedor, de manera que se expone a la mala fe del obligado y a los peligros derivados de su insolvencia, sin tener ningún privilegio frente al resto de los acreedores. Para prevenir estos inconvenientes la citada ley de la Republica de Venecia, anterior a la decisión rotal de PIO V, hace de la contraprestación una carga

²³⁰ En este sentido se pronuncia SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 851, que enumera posiciones a favor y en contra de la licitud de la renta personal. En contra se pronuncia, como deja constancia el autor, MANTICA quien, admitida *regulariter* la licitud de la *emptio annui redditus ad vitam*, niega la posibilidad de constituir una renta vitalicia personal. Por otra parte, SCACCIA niega la licitud de la *emptio redditus* personal y admite la licitud de la adquisición de renta vitalicia por el sólo motivo de la *incertudo*, siempre en el respeto a la bula de PIO V. Entre los favorables a la licitud de la renta personal menciona, también, a REBELLO, GARCIA, LÓPEZ, MOLINA y DUARDO, quienes la justifican en el *alea* característica de la figura.

²³¹ GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo...*, *cit.*, pág. 375.

²³² Análogo es el pensamiento de otros teólogos de esta corriente como REBELLO, *Opus de obligationibus iustitiae, religiones et caritatis*, Lugduni, 1.608, 697, n°11, LÓPEZ LUDOVICO, *Tractatus de contractibus et negotiationibus*, Brixiae, 1.596, págs., 268 y ss., que lo califica como “*contractum sortium*”, y algunos otros citados en SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 851.

²³³ De manera similar, en Nápoles, se establece que los Tribunales se pronuncien, caso por caso, ponderando las circunstancias de justicia y equidad de las partes contratantes. PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto...*, *cit.*, pág 191.

real, exigiendo su constitución sobre un fundo de rendimiento suficiente para suministrarla. La ley exige, además, su pago en dinero en efectivo, para evitar que se convierta en fuente de lucro, y prohíbe su constitución sobre la vida de varias personas²³⁴.

También se intenta poner remedio a otro posible inconveniente, que el constituyente de la renta burle las legítimas de sus herederos enajenando todos sus bienes a cambio de rentas vitalicias. En este sentido Luis XVI en Francia, a través de un edicto dictado en el año 1.661, fija unos tipos de rentas obligatorios, bajo sanción de nulidad del acto, confiscación del capital o bienes entregados y multa, en su caso, de considerable entidad. El edicto se dirige exclusivamente al supuesto de las comunidades eclesiásticas, el más frecuente, justificando su promulgación, en el propio preámbulo del edicto, por la necesidad de poner remedio a “*l’avarice des gens d’église*”. Con esta norma se intenta evitar el empobrecimiento de los familiares del constituyente, así como el desproporcionado enriquecimiento de los entes eclesiásticos²³⁵.

Al mismo tiempo que estos esfuerzos por regular el contrato y conseguir la equiparación de riesgos entre las partes se producen, continúan las discusiones sobre la licitud de la figura, ahora sí, con un papel fundamental del elemento aleatorio propio de la misma. Así DE LUCA, que trata ampliamente el *census vitalitius* en el *Theatrum*, se muestra favorable a los autores que lo defienden, desde el momento que “*iste non sit contractus census*”, pues lo incardina en la categoría de los contratos aleatorios²³⁶. Muchos otros juristas defienden la licitud del contrato, argumentando su carácter aleatorio, dispuestos a demostrar lo injusto de la sospecha de usura que recae sobre la figura, puesto que la renta no representa los intereses de una suma de dinero, sino una “*distributa exacto sortis sub incerto evento*”. De hecho CASAREGIS, ya en el siglo XVIII, acoge plenamente la definición dada por el autor precedente en el *Theatrum*, y se muestra favorable a su licitud escribiendo: “*excludatur usura ex incertitudine vitae emptoris, seu eius ad cuius durationem fuit ille constitutus; quae facit quod emptor nihil certi lucri expectare possit, nec venditor damni; et sic, propter aequalen incertitudinem, in aequalitate contractus consistat, neque usurare locus fiat*”²³⁷. Así la reciprocidad del riesgo, denominada por DE

²³⁴ Tales son las opiniones de PERTILE, ANTONIO, *Storia del Diritto...*, cit., pág 191, sobre las causas y justificaciones de las citadas Leyes.

²³⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 17.

²³⁶ DE LUCA, JUAN BAUTISTA (JOANNIS BAPTISTAE) *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV, Neapoli, 1.758, 160, n° 5.

²³⁷ CASAREGIS, GIUSEPPE LORENZO MARIA DE, (JOSEPHI LAURENTII MARIAE DE), “Discursus Legales de Commercio”, *Opera Omnia cum additionibus*, Tomus primus, vol. I, 2ª ed., ex typographia Balleoniana, Venetiis, 1.740, Disc. XCVI, n° 4, folio 286. Confirmado también en los n° 2 y n° 3.

LUCA “*commutatio periculi*”, fórmula que triunfará en el futuro, se convierte en elemento justificador del contrato y condición esencial de su legitimidad²³⁸.

De hecho, TROPLONG pone de manifiesto que la renta vitalicia deviene una especulación tanto más frecuente cuanto más severamente reprimido estaba el préstamo con interés. Así, afirma que los Jurisconsultos italianos mantienen que en las ciudades sujetas a la Santa Sede los contratos de renta vitalicia se practicaban por las iglesias, monasterios y colegios de clerigos, con la aprobación de la *communis opinio* de los doctores y sin temor al reproche de la usura²³⁹.

Un ulterior y determinante paso hacia la construcción de un contrato típico de renta vitalicia viene dado por POTHIER, que de nuevo lo considera una especie de contrato de compraventa y lo enumera entre los contratos aleatorios²⁴⁰. La influencia del enfoque dado por el citado autor en el Código de Napoleón es indudable, y tal cuerpo legal, tras innumerables debates y discusiones, termina por recoger la figura. Durante la redacción del *Code*, que se considera el momento final de un largo trabajo doctrinal, la renta vitalicia es duramente combatida, tanto por consideraciones de orden moral como económicas. No obstante la figura se mantiene en atención a su función previsora, así como a la aleatoriedad y a la reciprocidad del riesgo, y se coloca entre los contratos aleatorios, consagrándose el *alea* como elemento esencial del mismo²⁴¹.

Las consecuencias de la inclusión del contrato en la categoría de los aleatorios redundan en una serie de preceptos, que en su mayor parte llegan hasta nuestros días. Así, el artículo 1.975 del *Code* prevé la nulidad del contrato, si se estipula en atención a la vida de una persona enferma que fallezca en los 20 días siguientes a su celebración. El artículo 1.976 establece la libertad de las partes para fijar el interés de la renta. El legislador consagra, además, la irrepetibilidad del capital cedido por el acreedor de la renta, que no puede solicitar la resolución salvo si el deudor no establece la garantía pactada (art. 1.977), y su carácter irredimible, que implica el necesario pago de la renta, por parte del deudor, independientemente de lo onerosa que le resulte la obligación²⁴².

²³⁸ Como también confirma, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 428.

²³⁹ TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 206, pág. 375, notas 2 y 3. También en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 206, pág. 345 y notas 6 y 7.

²⁴⁰ POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat de constitución de rente”, *Oeuvres complètes de Pothier*, T. IV, P. J. Langlois Libraire/ A. Durand libraire, París, 1.844, pág. 122, n° 216.

²⁴¹ Así lo afirman, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 17, y SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 852.

²⁴² Comparte la opinión de que estos preceptos son consecuencia del carácter aleatorio dado al contrato, SOFFIETTI, ISIDORO, “Rendita...”, *cit.*, pág. 852.

Esta normativa es asumida por la mayoría de los Códigos civiles preunitarios, y tiene una gran influencia en la regulación que nuestro legislador da a la figura.

3.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

3.1.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN LOS DERECHOS FORALES

Existe en el derecho foral catalán una institución muy similar a la renta vitalicia que se denomina *violario*²⁴³. Tal institución nace de la mano del censal, figura de similares características pero con carácter perpetuo²⁴⁴. Ambos institutos, como ocurre con el censo de por vida en el derecho castellano, se consideran por muchos autores, e incluso por el Tribunal Supremo, especies del censo consignativo²⁴⁵. No obstante, y a pesar de que ambas son utilizadas para la obtención de créditos, presentan más diferencias que analogías con dicha institución.

Censales y *violarios* carecen del carácter censal propio del censo consignativo, no pertenecen a esta categoría contractual, y será en este

²⁴³ También en el Derecho valenciano y en el aragonés. Tomamos como referencia la regulación dada por el Derecho Catalán por ser muy semejante a la de los otros, y por el hecho de que el derecho foral valenciano toma algunos preceptos de la regulación catalana. En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones de Dret Civil Valencià*, 2ª ed., Colecció Autonomia y Dret, biblioteca de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1.996, pág. 113.

²⁴⁴ ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, T. XXX, Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid, 1.987, págs. 711 y 712, considera que la duración ilimitada del censal, frente a la vitalicia del violario, así como el hecho de que en esta última figura no tengan que devolverse los capitales recibidos en el momento de la extinción, son las dos principales diferencias de ambas figuras.

²⁴⁵ Respecto de los autores que defienden tal afirmación cabe destacar a CORBELLA, ARTURO, *Historia jurídica...*, cit., pág. 315. El autor es una clara muestra de aquella postura al escribir, textualmente: “*Cataluña fué uno de los primeros países en que se practicó la especie de censo que en Castilla se llamaba censo consignativo, y allí recibió el nombre de censal*”. En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ ELÍAS, CLEMENTE, *Novísimo tratado histórico filosófico de Derecho civil español*, T. II, 2ª ed. aumentada, Leocadio Lopez, Madrid, 1.880, pág. 365, donde opina “*Creen algunos que este contrato real y efectivamente lo es de compra-venta de un derecho; á nosotros nos parece que no puede ser considerado así, y que más puntos de contacto tiene que con la compra-venta con el censo consignativo.*”. En relación con la Jurisprudencia, destacan las SSTs 19 de octubre de 1.908 y 6 de febrero de 1.915. En la primera de ellas se considera que el censal es un tipo de censo consignativo, puesto que reviste todas las características y condiciones del mismo. La STS 6 de febrero de 1.915 vuelve a insistir en que el censal catalán es un auténtico censo consignativo

aspecto en el que se centren sus principales diferencias²⁴⁶. El censo consignativo, como verdadera especie de censo, posee el carácter real que los caracteriza, mientras estas figuras son de carácter exclusivamente personal²⁴⁷. El censo consignativo recae sobre inmuebles que garantizan el pago de la pensión al instituirse una verdadera carga sobre los mismos. Censales y *violarios*, por el contrario, se imponen sobre la propia persona del deudor, generando meras obligaciones personales. Suelen venir garantizados con hipoteca, pero tal práctica no es esencial, al menos en Derecho catalán²⁴⁸, y la garantía puede no pactarse en el momento de nacimiento de la obligación, sino posteriormente²⁴⁹.

La asiduidad con la que tal garantía acompaña a estas figuras, es una de las principales causas que induce a confundir el carácter personal de la obligación de pago de la renta con el carácter real de la obligación de garantía²⁵⁰. Sin embargo, la obligación no pierde su carácter personal por

²⁴⁶ En este sentido se pronuncia la RDGRN 30 de abril de 1.907, pues, aunque los considera cargas reales, niega que a una carga real se la puede considerar censo.

²⁴⁷ GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo...*, *cit.*, pág. 373, ya en el año 1.583 defiende el carácter personal de este tipo de censos, denominados por algunos vitalicios, pero comúnmente llamados en Valencia violarios. Comparten la opinión, DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho foral de Cataluña*, Imprenta de la casa de la caridad, Barcelona, 1.883, pág. 156, SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho Civil*, T. IV (Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación), 2ª ed. corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.899, pág. 1.115, ROCA SASTRE, RAMÓN Mª, *Derecho hipotecario*, T. IV, vol. 2, 6ª ed. Bosch, Barcelona, 1.968, pág. 665, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 711. GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 113, al estudiar el censal diferencia claramente la existencia de un derecho obligacional a percibir las rentas y un derecho real: la hipoteca accesoria que lo acompaña. En el mismo sentido se pronuncia en, “El violari”, *Homenatge al Doctor SEBASTIÀ GARCIA MARTÍNEZ*, vol. I, Conselleria de cultura educació y ciencia de la Generalitat Valenciana, Universitat de Valencia, Valencia, 1.988., pág. 180. PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1.984 (cuyo contenido es idéntico a la 5ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998, en lo relativo al capítulo IX, que se ocupa de los censales y violarios), págs. 134 y 140, también afirman que el censal es una obligación personal, que no afecta directamente a los inmuebles, con independencia de las garantías reales pactadas para asegurar su cumplimiento.

²⁴⁸ GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 113, en el Derecho foral Valenciano, incluye la hipoteca en la definición del censal: “*El censal és un dret de percebre una pensió dinerària anual, adquirít per compra a carta de gràcia i garantit amb hipoteca*”. La exigencia no es aplicable al violario, dado que en el derecho catalán y en el valenciano el régimen jurídico de ambas instituciones es prácticamente idéntico, dejando a salvo las diferencias que se derivan de su distinta duración.

²⁴⁹ Como lo afirma DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria...*, *cit.*, pág. 156.

²⁵⁰ ROCA SASTRE, RAMÓN Mª, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 666, considera que una vez constituida la hipoteca en garantía de un censal el debito personal de la pensión queda tan íntimamente unido con el gravamen de la hipoteca, o con el dominio de la finca hipotecada, que en las sucesivas enajenaciones dicho débito personal pasa a cargo del nuevo dueño. Si

asegurarse con hipoteca, pues ésta conserva siempre el carácter de obligación meramente accesoria o de garantía²⁵¹. La diferencia con el censo consignativo, por tanto, es clara²⁵². En éste la desaparición de la finca provoca la extinción del censo, mientras en censales y *violarios* su perecimiento conlleva la extinción de la hipoteca, pero no la del derecho a cobrar la pensión²⁵³.

El origen de estas figuras es anterior al “censo de por vida” castellano, figura análoga al *violario* catalán y que es considerada el antecedente más inmediato del contrato de renta vitalicia regulado en el Código Civil. La Costumbre 8ª de Cataluña y una pragmática dada por Pedro III en 1.355, donde también se alude a los *violarios*, son las primeras disposiciones que hablan de los censales²⁵⁴. Con posterioridad, en una ley del año 1.359 dada por el citado monarca en las cortes de Cervera, se habla del *censal mort* y del *violari*²⁵⁵. A partir de ahí, hasta el año 1.702, se van sucediendo las disposiciones de los reyes en cortes sobre ejecución de censales²⁵⁶.

Las primeras referencias legales del *violario* conocidas hasta el momento no son, sin embargo, estas normas citadas, sino un *fur* del rey *Pere el Ceremoniós* del año 1.342, anterior a las primeras referencias legales del censal²⁵⁷. Esto lleva a algunos autores a afirmar que el *violario* puede ser el

bien precisa que este criterio es favorecido por una razón de orden institucional de la hipoteca de rentas, y por el propio carácter perpetuo del censal.

²⁵¹ Opinión que comparte DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria...*, *cit.*, págs. 156 y 157.

²⁵² En este sentido NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 2.876, afirma que cuando se asimila el censo consignativo a la hipoteca se olvida que aquel nació en una economía no monetaria, y que se “moldea” bajo estructuras en las que el capital aún no ejerce su hegemonía.

²⁵³ Como también afirma ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 690 y 691.

²⁵⁴ La Costumbre 8ª de Cataluña está en el Tit. 30, lib. 4, v.1, Const. y la pragmática dada por Pedro III en 1.355 en la Ley 11, Tit. 15, lib. 4, v.2, Const. BROCA I DE MONTAGUT, GUILLEM Mª DE, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 1.985, (facsimil, Herederos de JUAN GILL, Barcelona, 1.918), considera que la existencia del censal a mediados del siglo XIII se revela por tres declaraciones de Jaime I, del año 1. 264, contenidas en el archivo de la Corona de Aragón, registro XIII, fols. 165, 166 y 168.

²⁵⁵ Ley 2, Tit. 31, lib. 4, v.1, Const. Considera CORBELLÀ, ARTURO, *Historia jurídica...*, *cit.*, 315 y 317, que con estas denominaciones se hace referencia, respectivamente, al censo consignativo, perpetuo o irredimible por parte del comprador o censalista, y al censo vitalicio o de por vida. Y que censales y violarios se corresponden, a su vez, con las rentas constituidas (*constituées*), a perpetuidad y vitalicias, del derecho francés.

²⁵⁶ Según afirma ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 679 y 680.

²⁵⁷ Furs de Valencia I-III-50. De hecho, la SAP de Tarragona (sección 1ª), de 30 de noviembre de 1999, en relación al violario considera que “...en sus orígenes podemos citar entre otras cuestiones, que se observa en dos escrituras de compraventa sucesiva en 1248 del Castillo de Gurb, la segunda de ellas por el rey Jaume I”. En este sentido se pronuncia, también, GARCÍA I SANZ, ARCADÍ, “El violari”, *Homenatge al Doctor SEBASTIÀ GARCÍA MARTÍNEZ*, vol. I,

antecedente más inmediato del censal y, por tanto, la figura a través de la cual se estructura el mercado de capitales²⁵⁸.

En opinión de GARCÍA I SANZ tal posibilidad se acentúa al observar que desde la mitad del S. XV en adelante la legislación se ocupa, en multitud de ocasiones, indistintamente de censales y *violarios*. Este tratamiento unitario lleva al autor a presumir el carácter crediticio de ambas instituciones, y la posibilidad de que el *violario* juegue un papel substitutivo muy importante en la historia del crédito. Ello, a pesar de no ser, económicamente, un método puro de crédito como el censal, sino un contrato aleatorio más parecido al seguro de personas que al préstamo²⁵⁹.

Si a principios del S. XIV el vitalicio es un contrato corriente, transcurridos los años, y sobre todo partir de la mitad del siglo, la estructura del mercado de capitales evoluciona hacia el censal, puesto que representa un método de crédito más puro, sin influencias aleatorias que beneficien a deudor o acreedor. Así, a partir de mediados del S XIV los censales son mucho más corrientes, sobre todo en el crédito público, aunque las disposiciones legales, fieles a los orígenes, siguen hablando indistintamente de censales y *violarios*²⁶⁰.

Parece claro que ambas figuras se utilizan, al igual que en el resto de Europa, como mecanismos para huir de la usura y obtener prestamos de dinero, tanto por instituciones públicas como por los privados. La razón es sencilla, suponen un mecanismo para obtener créditos a medio y largo plazo sin tenerlos que retornar *eo nomine*, lo que excluye su calificación de usurarios²⁶¹. De hecho, censales y *violarios* son utilizados para obtener el dinero que la ciudad de Barcelona necesita para afrontar los gastos ocasionados por las campañas reales de la época de Pedro III, motivo por el cual es precisamente éste quien inicia la legislación sobre la materia. Estas figuras también son utilizadas por los privados, no sólo generando procesos de endeudamiento, sino también como vías de obtención de capitales para la realización de actividades industriales y comerciales²⁶². El procedimiento utilizado para hacer lícito el contrato es la ya sabida ficción de la compraventa²⁶³. El adquirente o comprador es quien entrega el capital, como

Conselleria de cultura educació y ciencia de la Generalitat valenciana, Universitat de Valencia, Valencia, 1.988, pág. 182.

²⁵⁸ GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, pág.182.

²⁵⁹ GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, pág.180.

²⁶⁰ En este sentido, GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, págs. 181 y 182.

²⁶¹ De nuevo, según, GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, págs. 181 y 182

²⁶² Tal y como afirma ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 681 y ss.

²⁶³ También en el derecho Valenciano la constitución de censales y violarios se hacía a través de contratos de compraventa. Como señala GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 113, de esta manera la constitución del censal o violario tiene una causa jurídica, y se logra que el titular del derecho o comprador, en el censal, no tenga la

precio de la renta anual que compra y que le entrega el vendedor, y éste vende el derecho al pago de la renta²⁶⁴. Exactamente el mismo procedimiento se utiliza en el resto de Europa para eludir las sanciones y el pecado que la usura conlleva.

La palabra *violario* deriva del carácter vitalicio de las rentas y parece ser una catalanización del latín *vivolarius*, que significa “de por vida”, vitalicio²⁶⁵. Como su propio nombre indica, se concede en atención a la vida de una persona, o dos, característica que lo diferencia del censal²⁶⁶. La posibilidad de establecerlo por dos vidas que existan en el momento de concretar el *violario* es, además, la diferencia fundamental con la figura del censo de por vida castellano, que sólo puede constituirse por una vida²⁶⁷. Es importante resaltar que las dos personas deben estar determinadas en el contrato, de lo contrario el pacto se considera usurario y nulo respecto de la persona cuyo nombre se ha omitido. Fallecido el primer acreedor de la renta, si el segundo aparece especificado en el contrato, ésta se transmite íntegra al segundo. Precisamente por este motivo, porque la renta pactada en el *violario* debe pagarse íntegramente mientras no hayan fallecido ambos acreedores, los autores catalanes consideraron, en su momento, que el *violario* era indivisible²⁶⁸.

facultad de exigir la devolución del precio o capital. En este sentido se pronuncia, también, ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 665, nota 2, quien precisa que solía añadirse un pacto de retroventa. A través de este pacto el vendedor podía redimir el censal, devolviendo el capital o precio de la venta (nota 3).

²⁶⁴ ROCA TRÍAS, ENCARNIA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 687 y 688. La distinción entre las obligaciones, denominadas censales y vitalicios, y el contrato que las crea no aparece claramente definida hasta la actualidad. Por este motivo puede mantenerse que el censal es una obligación efecto de un contrato innominado, que los autores tradicionales configuran como una compraventa. El acuerdo de voluntades creador del censal o del violario aparece en un segundo término, destacando solamente el efecto, el propio censal. En este sentido se pronuncia también, PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNIA, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 134.

²⁶⁵ Así lo señalan GARCÍA I SANZ, ARCADÍ, “El violari” ,..., *cit.*, pág. 179, y ROCA TRÍAS, ENCARNIA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 709.

²⁶⁶ Cons. 25, tit. 11, lib. 7 de las *Constituciones i altres Dret de Catalunya* de Felipe IV (V), en la primera corte de Barcelona, 1.702. En el Derecho Valenciano el límite de dos vidas para la duración del violario se contiene en la pragmática de los violarios de 4 de octubre de 1.449, recogida en el fur IV- XXIII-63, tal y como pone de manifiesto GARCÍA I SANZ, ARCADÍ, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 115. El mismo autor en “El violari” ,..., *cit.*, pág. 183, comenta lo inexplicable de la tardía limitación a dos vidas del *violari* en el Derecho Catalán, si bien apunta, que existe constancia de que ya en el año 1.608 se practicaba así.

²⁶⁷ Como también apunta ROCA TRÍAS, ENCARNIA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 713.

²⁶⁸ Apreciaciones realizadas por la práctica totalidad de la doctrina que se ocupa del tema. Es el caso de PIÑOL AGULLÓ, JOSÉ, “Prestaciones periódicas vitalicias en Derecho común y en Derecho catalán”, *La Notaría*, Reus, febrero de 1.947, pág. 30, ROCA TRÍAS, ENCARNIA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 714 y 715, a la que pertenece la última afirmación del párrafo, GARCÍA I SANZ, ARCADÍ, “El violari” ,..., *cit.*, pág. 183.

Como ya se ha mencionado, y como puede comprobarse en el desarrollo del presente epígrafe, ambas instituciones, censal y *violario*, nacen de la mano y son equiparadas históricamente, pues han sufrido un tratamiento paralelo²⁶⁹. Tal equiparación sigue presente hoy día en la Compilación catalana, ya que en su artículo 335.2, en la regulación del *violario*, remite a la normativa del censal, salvo en lo referente al pacto de mejora²⁷⁰.

Tal pacto supone la posibilidad, otorgada al acreedor de la pensión, de que transcurridos unos años, normalmente cinco, el deudor se obligue a ofrecer nuevas garantías de su derecho. Cuando tales garantías no se prestan, en virtud del pacto, el deudor debe indemnizar al acreedor con una cantidad de dinero equivalente al precio o capital, que necesariamente se aplica a la redención o *quitament* de éste. Este pacto es injusto en el *violario*, pues la pensión no constituye exclusivamente el interés del capital, sino también amortización del mismo. De manera que si el deudor no puede ofrecer nuevas garantías se ve obligado a redimir el *violario* pagando la totalidad del capital recibido, capital que ya había amortizado en parte. Por esto, seguramente, el rey Fernando el Católico, en una pragmática de 20 de octubre de 1.494, prohíbe los *violarios* en el reino de Valencia. Cinco años después, el 4 de octubre de 1.499 (fur IV- XXIII- 63), los permite de nuevo, pero con la prohibición del pacto de mejora. Esta prohibición se mantiene hasta nuestros días tanto en Valencia²⁷¹ como en Cataluña²⁷².

Respecto del resto de caracteres del *violario* conviene destacar: que capital y pensión deben entregarse en dinero o cosa estimable en dinero²⁷³;

²⁶⁹ De hecho DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria...*, *cit.*, pág. 158, consigna que la afinidad entre censales y violarios era tal que solían denominarse censales de por vida.

²⁷⁰ En este mismo sentido se pronuncian PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 139 y 140.

²⁷¹ Fur IV- XXIII- 63. De ello deja constancia, GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 115 y 116.

²⁷² Artículo 335.2 de la Compilación Catalana, que deriva de la constitución 25, tit. 1, lib. 7, vol. 7 de las de Cataluña. Tal y como expone ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 715.

²⁷³ Respecto del capital se pronuncian en este sentido, GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo...*, *cit.*, pág. 375, DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria...*, *cit.*, pág. 158, SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T.IV, pág. 1.117, quien considera que el capital del violario debe consistir en dinero “ó á lo sumo en cosas valorables y valoradas en tal”. En el Derecho Valenciano, según GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 113, el capital y la pensión consistían en dinero y se relacionaban por el tipo de interés que, al igual que en el Derecho catalán, solía ser del 14.000 por 1.000 (7,14%) ó de 12.000 por mil (5%). Respecto de la pensión destacan la opiniones de GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo...*, *cit.*, pág. 375 y DURÁN Y BAS, MANUEL, *Memoria...*, *cit.*, pág. 157. Algún autor considera que mediando el consentimiento de las partes podía pagarse en frutos después de haberse estipulado en dinero. Así lo refiere ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 698, para quien, en la actualidad, es perfectamente posible, por analogía con la costumbre

que la tasa de la pensión, a pesar de la remisión de los autores clásicos a la opinión común y a la costumbre de la tierra para determinar el montante de los réditos, parece mantenerse en 1/7, es decir en el 14,285714 %, pues se encuentra en los *violarios* vigentes en el año 1.346, en la pragmática Valenciana de 1.499, en *violarios* del año 1.608 y en la Constitución Catalana de las cortes de 1.702²⁷⁴. La única excepción conocida es la del Derecho Aragonés, donde un fur de las cortes de 1.461 establece una tasa del 1/10 (10%), tasa que acaba con la contratación de *violarios* en Aragón. En esto se diferencia, también, el *violario* del censal, pues en el último hay oscilaciones de la tasa en función del estado del mercado de capitales y del lugar. El mantenimiento de la tasa en el *violario* se debe, en opinión de GARCÍA I SANZ, a las acusaciones de usura sufridas por los *violarios*²⁷⁵.

Son destacables, también, las especialidades de la hipoteca que de manera habitual acompaña a estas instituciones. Tales especificidades, como en su momento se expondrá, se encuentran en el origen histórico de las propias de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas²⁷⁶. Por el momento importa resaltar que la hipoteca puede constituirse sobre todos los bienes del deudor o como hipoteca especial. Además, es imprescriptible mientras no prescriba el censal o *violario* y garantiza, exclusivamente, la pensión. El capital no queda garantizado por la hipoteca, de manera que en los supuestos de ejecución hipotecaria por impago de la pensión la hipoteca no desaparece, sino que continúa subsistente para garantizar sus vencimientos ulteriores²⁷⁷.

catalana en materia de enfiteusis aplicable en virtud de la interpretación del artículo 330.1 de la Compilación.

²⁷⁴ ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 681 y ss., considera que los autores clásicos se remiten a la opinión común y a la costumbre de la tierra para determinar el montante de los réditos. No obstante deja constancia de la existencia de autores que, tras hacer referencia a esta norma consuetudinaria, afirman que la pensión solía fijarse en un 14,27 % del capital entregado, siendo indiferente que se constituyese sobre la vida de una persona joven o anciana. Es de resaltar que tras la Compilación catalana ya no hay limitación cuantitativa alguna, existe un principio de libertad de las pensiones, que las partes calcularán en atención a la edad y circunstancias de cada caso concreto. En el mismo sentido GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, págs. 184 y 185. Este último autor opina, en las págs. 181 y 182, que probablemente fue la afluencia de capitales producida después de 1.330, y sobre todo después de 1.350, la que termina por establecer el interés de 1/7. El autor, además, deja constancia de que tal tasa se encuentra en los *violarios* vigentes en el año 1.346, en la pragmática Valenciana de 1.499 (Fur IV- XXIII-63), en *violarios* del año 1.608 y en la Constitución Catalana de las cortes de 1.702, tal y como se afirma en el texto.

²⁷⁵ GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”,..., *cit.*, pág. 185.

²⁷⁶ Tal es la opinión de ROCA SASTRE, RAMÓN M^º, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 665.

²⁷⁷ Se pronuncian en este sentido, ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 702 y 703, y GARCÍA I SANZ, ARCADI, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 114.

Censales y *violarios* siguen vigentes en nuestros días en los Derechos forales catalán y valenciano, si bien a partir de la limitación de la cuantía de las pensiones por Real pragmática de 6 de julio de 1.750, se realizan cada vez con menor frecuencia. Tal decadencia suele achacarse a la desamortización y a la creación de formas modernas de garantía más rentables para los acreedores, pues no debe olvidarse que nacen íntimamente ligadas a la consecución de créditos²⁷⁸. De hecho, la asimilación jurídica de los *violarios* a los censales, la tasa del interés de la pensión, la duración limitada a la vida de dos personas y la prohibición del pacto de mejora de garantía son características jurídicas pensadas para un contrato crediticio, y no para un contrato aleatorio²⁷⁹.

3.2.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO COMÚN ANTES DE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La recepción del censo consignativo en nuestro Derecho Común se produce de manera tardía. En opinión de CORBELLA, en el Derecho Castellano la primera disposición legislativa promulgada en la materia es la Ley 68 de Toro²⁸⁰. La citada norma, del año 1.505 como todas las de este nombre, es posteriormente incluida en la Ley 1, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

*“Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo con condicion, que si no pagare á ciertos plazos, que caya la heredad en commiso, que se guarde el contracto, y se juzgue por el, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad”*²⁸¹

Existen controversias sobre la especie de censo a la que se refiere la ley expuesta. Sin embargo, el autor citado considera que en atención al tenor literal de la disposición, y sobre todo poniéndola en relación con la ley 12 título 13 de la Partida 5ª que prohíbe el pacto comisorio en los prestamos con garantía, no cabe duda que la referencia es al censo consignativo²⁸². En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ ROMÁN, para quien los precedentes históricos del censo consignativo en nuestro Derecho son prácticamente contemporáneos. En su opinión, en el Derecho común ningún

²⁷⁸ Como apunta PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Instituciones...*, cit., pág. 133.

²⁷⁹ Comparte estas afirmaciones GARCÍA I SANZ, ARCADI, “El violari”..., cit., pág. 186.

²⁸⁰ CORBELLA, ARTURO, *Historia jurídica...*, cit., págs. 311 y 312.

²⁸¹ “Leyes de Toro” en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T. VI, La Publicidad, Madrid, 1.849, pág. 565. Tal Ley fue posteriormente recogida en la Novísima Recopilación: Ley I tit. XV, libro X..

²⁸² CORBELLA, ARTURO, *Historia jurídica...*, cit., págs. 311 y 312.

cuerpo legislativo anterior al S. XVI menciona o reglamenta la especie de censo a la que se hace referencia²⁸³.

Tal como se ha visto en la doctrina francesa e italiana citada en los epígrafes anteriores, muchos autores españoles configuran el censo consignativo como una compraventa. De esta forma, el censalista se convierte en comprador, que entrega el capital como precio de la *renta annua*, mientras la otra parte, el vendedor, recibe el capital y satisface la renta²⁸⁴. Tal configuración del censo consignativo es vehementemente criticada por SÁNCHEZ ROMÁN, quien niega tajantemente que sea una compraventa, servidumbre o mutuo a interés garantido con hipoteca, y defiende que tales filiaciones son usadas por el ingenio de los autores para determinar la naturaleza jurídica del citado censo²⁸⁵.

En el Derecho común la institución que nos ocupa también está fuertemente vinculada al censo consignativo. De hecho, la figura que suele considerarse entraña del contrato de renta vitalicia, el censo de por vida, se configura por las propias leyes recopiladas como análogo al consignativo²⁸⁶. Al censo de por vida se le denomina “censo vitalicio”²⁸⁷, “fundo vitalicio”,

²⁸³ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. III, pág. 684.

²⁸⁴ Como pone de manifiesto CORBELLÁ, ARTURO, *Historia jurídica...*, cit., pág. 310.

²⁸⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. III, págs. 684 y 685, acepta que el censo consignativo se asemeja a la compraventa, por el hecho de que se adquiere el derecho a cobrar una pensión mediante la entrega de un capital, pero niega que en la compraventa tenga función asignada el papel de la cosa censada en el censo consignativo. En este mismo sentido NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil...*, cit., pág. 2.871, niega que el censo consignativo se parezca al préstamo garantizado por hipoteca. En su opinión, responde a otro imaginario y a otro tipo de organización social en la que las “razones” de la tierra se intentaban hacer valer sobre las del dinero. Por otra parte, sostiene el autor, se conocían supuestos de censo consignativo constituidos en testamento o en razón del matrimonio.

²⁸⁶ Así lo afirma SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. III, pág. 697. De hecho son muchos los autores que, en su momento, como tal lo consideran. Lo confirman MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XII, 5ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.951, pág. 61. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 17.

²⁸⁷ Aunque en Derecho castellano, con carácter general, los autores identifican el censo vitalicio y el censo de por vida, GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero reformado o librería de jueces, abogados y escribanos*, T. II, 4ª ed., corregida y aumentada por D. JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES, Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1.852, pág. 362, diferencian ambas instituciones. Los autores consideran que el censo vitalicio puede constituirse en cosa raíz fructífera o en dinero. El primero consiste en “una especie de censo enfiteutico ó arrendamiento que hace el dueño de la finca al censatario o enfiteuta, para que la disfrute, con la obligación de cuidarla, repararla y mejorarla, y de pagar á aquel una corta pensión anual”, retornando la finca al poder del dueño legítimo transcurrida la vida o vidas por las que se dio. En el censo de por vida, por el contrario, la finca se da con obligación de que el censatario alimente, o contribuya con cierta pensión diaria, al censalista, quedando la finca en poder del primero después de la muerte del censatario. Para los citados autores este último contrato es, más bien, una donación o cesión con

“fundo muerto”, “fundo perdido”, e incluso se equipara al *violario* catalán²⁸⁸. En realidad, tal y como ocurre con el *violario* en Cataluña, a pesar de que el censo vitalicio se vincula con frecuencia al censo consignativo, por las semejanzas que presentan en su constitución, no tiene verdadero carácter censual. Tal carácter sólo se aprecia cuando el pago de la pensión se garantiza por título de censo, con un gravamen impuesto sobre fincas, pues sólo en este caso la obligación adquiere carácter real²⁸⁹.

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN ponen en evidencia su carácter aleatorio al afirmar que el censo de por vida se asemeja más a un juego de azar que a cualquier otro contrato. Para los autores citados “*es un juego de fortuna dependiente de la mayor o menor vida de aquellos en cuya cabeza se constituye*”, aunque puede venir acompañado de hipoteca sobre las fincas fructíferas del censuario o de otro²⁹⁰.

gravamen, mientras los supuestos en los que se constituye en dinero “*es derecho a percibir paulatina y anualmente el censalista durante su vida el dinero que dio al censatario, sin que después de su muerte tengan obligación éste ni sus herederos a restituir ni pagar á losde aquel parte alguna ni renditos del capital que le entegó*”.

²⁸⁸ La equiparación del censo de por vida castellano y el violario catalán es una constante en la doctrina. Aunque existen algunas diferencias en el régimen jurídico de ambas instituciones, tales como el número de vidas sobre las que puede constituirse, lo cierto es que son más las analogías que las diferencias. Esto lleva a meditar sobre la posibilidad de que el Derecho común adopte esta institución del Derecho foral catalán o valenciano. GARCÍA, FRANCISCO, *Tratado utilísimo...*, *cit.*, pág. 373, parece equipararlos al escribir: “*La otra manera de censo temporal es cuando se hace por tiempo cierto pero indeterminado, como por vida de uno o de muchos; el cual censo, por eso le llaman algunos vitalicio, que quiere decir censo de por vida, pero comúnmente se llama en Valencia violario.*”. En el mismo sentido BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El origen censual del art. 1.802 del Código Civil español”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. II, Servei de publicació de la Universitat de València, 1.996, pág. 466, así como en “El violari i el censal, fonaments del contracte de renda vitalicia”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 1.996, pág. 66, mantiene que el censo de por vida es el antecedente más inmediato de la renta vitalicia, y que tal figura tenía, y tiene, en los derechos forales en los que mantiene su vigencia, naturaleza obligacional.

²⁸⁹ En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. III, pág. 697. Confirman esta opinión GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 362, al considerar que el contrato puede constituirse gravando una finca propia o de otro que quiera gravar por él las suyas con esta carga. En este caso el contrato sigue la forma de los consignativos redimibles y tiene carácter real. Por el contrario, cuando se constituye sobre la persona del mismo censatario, o hipotecando para su mayor seguridad alguna otra finca, tiene carácter personal. En contra se pronuncia CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV (Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias), 15ª ed. revisada y puesta al día por J. FERRANDIS VILELLA, Reus S.A., Madrid, 1.993, pág.744, pues considera que en el censo vitalicio el rentista tiene un derecho real. Para el autor es precisamente esta característica, entre otras, lo que lo diferencia de la renta vitalicia.

²⁹⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, T. II, 4ª ed. nuevamente corregida y aumentada, Imprenta de la compañía de impresores y libreros del Reino, Madrid, 1.851, pág. 248.

La figura, al igual que en el resto de países de Europa y que en Valencia y Cataluña, tuvo una gran aceptación. Como en el resto de lugares vistos, el censo vitalicio consigue eludir la prohibición del interés del dinero vigente en España de la época, encubriendo, frecuentemente, contratos de préstamo con garantía real²⁹¹. También en el Derecho común se configura como un contrato de compraventa. De hecho algunas leyes de la Novísima Recopilación, suponiéndolo análogo al censo consignativo, le otorgan carácter de compraventa. En concreto, la Ley VI, título XV, libro X del citado cuerpo legal le otorga tal carácter, al hacer referencia al “*dinero capital y suerte principal con que se hobiere de comprar y comprare el dicho censo de por vida*”²⁹².

La citada ley, dictada en Madrid por Pragmática de Felipe II de 1.583, establece una serie de límites al censo vitalicio. Por ejemplo, exige que el capital se entregue en dinero efectivo, prohibiendo que pueda darse “*todo ni parte alguna de él en plata labrada, ni en oro labrado, ni en tapices, ni en otras alhajas ni joyas estimadas, sino que todo el dinero de la dicha suerte principal se haya de pagar y se pague y cuente al principio todo el día de contado, sin intervenir otra cosa que no sea dinero de contado, ni estimación alguna de ella; y que el escribano ante quien pasare el contrato, dé la fe de la numeración y paga de dicha suerte principal*”, sin que sea suficiente, como en el censo consignativo, la confesión de haber recibido el dinero²⁹³. A pesar de la prohibición de entregar el capital en cosas que no sean dinero contante, algunos autores refieren que el uso introduce la admisión de fincas en sustitución de éste, hasta el punto de solicitarse la admisión de tal práctica como ley²⁹⁴. No obstante, semejante práctica es contraria a la Novísima Recopilación, y no se confirma por la

²⁹¹ Así lo afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 18. Confirma esta opinión ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 18.

²⁹² Ley VI, tit. XV, lib. X de la Nov. Recop., Pragmática de Felipe II, dada en 1.583, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T. III, La Publicidad, Madrid, 1.859, pág. 364

²⁹³ La Ley VI, tit. XV, lib. X de la Nov. Recop. es una clara muestra de que en Castilla, a diferencia de Cataluña, sí se recibe el *motu proprio* de Pío V. Precisamente por este motivo en el violario Catalán no era necesario contar y entregar ante notario y testigos el dinero del precio. De hecho, incluso podía tomarse como precio el capital de otra obligación lícita, cualquiera que fuese su origen. En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 1.116.

²⁹⁴ Es el caso de MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 63, y SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 829. Este último autor confirma que en la práctica se celebraban contratos de censo vitalicio con entrega de bienes inmuebles como base. Incluso reconoce, que racionalmente no existe dificultad en que la renta vitalicia se constituya sobre bienes inmuebles, previa su valoración. La razón es evidente, el futuro rentista puede vendérselos a quien después le pagará la renta, para posteriormente celebrar un sucesivo, e inmediato, contrato de censo vitalicio con el precio que éste le entrega, tal y como la ley exige. Sin embargo, el autor opina que la nota de la ley es decisiva. Como puede comprobarse, el procedimiento consignado por el autor no es más que el mecanismo complejo de venta de renta ya estudiado.

jurisprudencia²⁹⁵. Por este motivo la sanción prevista en la ley para los supuestos de contravención es perfectamente aplicable: “y las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren y otorgaren, sean en sí mismos y de ningun valor y efecto: y mandamos, que ningun Escribano destos nuestros reynos dé fe, ni haga escritura de los dichos contratos de censo, sino fuere en la manera suso dicha, so pena de cincuenta mil maravedís para nuestra Cámara y de privación de su oficio”²⁹⁶.

Una disposición posterior en el tiempo parece admitir la constitución del censo vitalicio en valores que no sean dinero contado, al afirmar: “cuando fueren objeto del acto ó contrato un censo ó una pensión periódica perpetua, cuyo capital no conste; si no mediara tampoco precio se fijara el valor por el Notario, capitalizando los réditos a razón del tres por ciento anual, á menos que los interesados, de comun acuerdo, elijan otro tipo para hacer la capitalización”²⁹⁷. No obstante, su carácter reglamentario y algún error que comete después, relativo al tipo de la pensión y a la cita de la ley recopilada, determinan que, en opinión de algunos autores, no pueda derogar la ley que se estudia²⁹⁸.

La Ley VI, tit. XV, lib. X de la Nov. Recop establece, además, el límite de una vida para la constitución de la pensión, al precio de siete mil maravedíes el millar: “Ordenamos y mandamos, que de aquí adelante no se puedan fundar ni otorgar censos de por vida por dos ni por tres ni por más vidas, sino que se puedan tomar y constituir por una sola vida, y no por dos ni por más vidas; y que el precio justo de la dicha vida se entienda ser y sea á siete mil maravedís el millar, y á este respecto,

²⁹⁵ Tal y como ya se ha visto que afirma, SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 829.

²⁹⁶ Ley VI, tit. XV, lib. X de la Nov. Recop., Pragmática de Felipe II, dada en 1.583..., cit.

²⁹⁷ Artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro. *Colección Legislativa de España*, ed. oficial, T. CXIII, 2º semestre de 1.874, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1.875, pág. 948.

²⁹⁸ El artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, sobre Redacción de Instrumentos Públicos sujetos a Registro, al tratar del modo de capitalizar las pensiones cuyo capital no consta determina que, si la pensión es vitalicia, se hará la capitalización al tipo de 10 u 8 y 1/3 por cien, según sea la pensión por una o dos vidas, con arreglo, dice el artículo, a la ley XII, título XV, lib. 10 de la Novísima recopilación. La cita de esta ley está equivocada, pues la ley a la que parece hacer referencia, según su contenido, es la ley XII, título V (no X) de la Nueva Recopilación, no de la Novísima. Respecto al error en la tasa al que se refieren los autores, la ley XII, tit. XV, Lib. V de la Nueva recopilación no establece el tipo de 8 y 1/3 por cien, en el supuesto de que la pensión sea por dos vidas, sino el de 12.000 maravedís el millar. En este mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, págs. 829, 830 y 831 nota 1, quien niega que el reglamento pueda derogar la ley de la Novísima recopilación.

y no á menor precio”²⁹⁹. Las dos prescripciones establecidas por la ley, y ahora examinadas, generan nuevas controversias.

En relación con la tasa de la pensión, fijada en siete mil maravedíes el millar por la ley vista, se suscitan numerosos problemas. La aparición de normas posteriores, reglamentarias³⁰⁰, o no recogidas por la Novísima pero sí por la Nueva recopilación³⁰¹, generan divergencias acerca de cuál sea la tasa aplicable a las pensiones en cada momento³⁰². La publicación de la Ley de 14

²⁹⁹ Esta prohibición sólo afecta al Derecho Común dado que, como se ha visto, en otros derechos peninsulares, como Cataluña y Valencia, el límite no era de una sino de dos vidas. ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, cit., pág. 682.

³⁰⁰ El artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, sobre Redacción de Instrumentos Públicos sujetos a Registro, en su artículo 16, como se ha visto, fija la tasa al tipo de 10 u 8 y 1/3 por cien, según sea la pensión por una o dos vidas, *con arreglo a la Ley 12, tit. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación*, a menos que los interesados establezcan otro diferente. El subrayado no aparece en el precepto, pero se ha introducido para indicar el error en la ley y el hecho de que la tasa no es la que recoge la Ley XII, tit. XV, libro V de la Nueva Recopilación, a la que probablemente quiso referirse

³⁰¹ La Ley XII, tit. XV, libro V de la Nueva recopilación, dada por Felipe III en una pragmática de 1.608, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T. II, La Publicidad, Madrid, 1.850, pág. 364, prescribe su establecimiento a razón de 10.000 maravedís el millar, si se constituye por una sola vida, o a razón de 12.000 maravedís el millar si es por dos vidas.

³⁰² Los distintos autores fundamentan sus opiniones sobre cuál sea la tasa aplicable en las más diversas leyes. Así, GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de...*, cit., pág. 249, lo hacen en la ley VI, tit. XV, lib. X, de la Novísima Recopilación, manteniendo que no podía exceder de 1 por 10, cuando esta ley literalmente dice que “y el precio justo de la dicha vida se entienda ser y sea á 7.000 maravedís el millar”. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, cit., pág. 363, se basan en la Ley XII, tit. XV, libro V de la Nueva recopilación, así como en la nota 2 del tit. XV, lib. X de la Novísima, que hace referencia a la primera (no insertada como Ley en la Novísima Recopilación). La misma norma toma como base ESCRICHE, JOAQUÍN, “Renta vitalicia o viajera”, *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, T. IV, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por D. JOSÉ VICENTE CARAVANTES y D. LEÓN GALINDO Y DE VEGA, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1.876, pág. 914, si bien, mientras los primeros mantienen que su último estado era el de no poderse imponer sino a razón de 10.000 maravedís el millar, el de por una vida, y a razón de 12.000, el de por dos vidas, el segundo considera que la pensión anual será la que establezcan los contrayentes, siempre que no exceda del 10 por cien cuando se constituya por una vida y del 8 y 1/3 por cien cuando sea por dos (El error de este último probablemente sea debido a lo establecido en el artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, sobre Redacción de Instrumentos Públicos sujetos a Registro, que, como se ha visto, fija tales tasas “con arreglo a la Ley 12, tit. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación”). SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 830, notas 1 y 2, considera que primero se estableció la tasa de la séptima parte del precio, en los que se constituyen por una sola vida, según la Ley VI, tit. XV, libro X de la Novísima Recopilación, y que posteriormente se fijó en la décima, en atención a lo establecido en la Ley XII, tit. V, lib. V de la Novísima Recopilación, incurriendo en error, pues la citada ley no tiene ese contenido. Probablemente el autor quiso referirse, en atención a su regulación, a la ley XII, tit. XV, libro V de la Nueva recopilación. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, T. III- IV, Base, Barcelona, 1.973 (reproducción de la edición: Imprenta de la sociedad tipográfica

de marzo de 1.856, que abole la tasa y declara válido todo interés si está consignado por escrito, consagra el principio de la mayor libertad de las estipulaciones y, de nuevo, plantea el problema de su aplicabilidad al censo de por vida.

Existen argumentaciones fundadas a favor y en contra de tal aplicación. Si por un lado no puede negarse la analogía de doctrina, que hace aplicable el criterio de libertad de las estipulaciones, propio de la ley de 1.856, al censo vitalicio. Por otro, no debe olvidarse el carácter especial de la materia, que implica su necesaria regulación, en este punto, por las leyes especiales que de ella se han ocupado³⁰³. En relación con este problema debe destacarse la opinión de algún sector doctrinal que, en atención al carácter aleatorio del contrato, plantea la posibilidad de permitir a los contratantes una regulación más moderada de la tasa. Este cálculo habrá de tener en cuenta: las posibilidades de producción del capital empleado de otra manera y las tablas de probabilidades de la vida, en atención a la edad y robustez de la persona que determina la duración del contrato³⁰⁴.

editorial, Madrid, 1.852), pág. 119, se apoya en el Real Decreto de 1 de Noviembre de 1.768, que de manera análoga a lo establecido en la Ley XII, tit. XV, lib. V de la Nueva Recopilación, prescribe su establecimiento a razón de 10.000 maravedís el millar, si se constituye por una sola vida, o a razón de 12.000 maravedís el millar si es por dos vidas. Exactamente la misma postura y la misma base toma MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 66.

³⁰³ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 830, tras exponer estas consideraciones, opina que una resolución judicial de la época se inclinaría a favor de la libertad de contratación. Sin embargo, cita la disposición contenida en el artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, que ratifica el tipo para la capitalización de la pensión conforme a la ley recopilada. Aunque en su opinión tal artículo se equivoca en la cita de la ley, y en la doctrina que considera subsistente la posibilidad de constituir el censo vitalicio por dos vidas, le parece una revelación que su autor siga considerando vigente, en materia de cuantía o tipo de la renta, el criterio de la ley recopilada en vez del general de la ley de 14 de marzo de 1.856 de libertad sobre el interés. El mismo autor, en *Estudios...cit.*, T.III, , págs. 697 y 698, afirma que la renta no puede exceder de 14 y 2/7 por 100, por más que la libertad de contratación que inspira al Derecho moderno se oponga a la vigencia de esta prescripción y que, según el artículo 16 de la instrucción de 9 de noviembre de 1.874, la capitalización haya de hacerse al tipo de 10 u 8 y 1/3 por 100 (según sea por una o dos vidas) a menos que los interesados establezcan otra diferente. En opinión de MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 66, la citada ley sienta la regla de la libertad, contra la antigua tasa que hasta ese momento regía.

³⁰⁴ Es el caso de GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 363. ESCRICHE, JOAQUÍN, “Renta Vitalicia...”, *cit.*, pág. 914, afirma, como ya se ha dejado constancia, que podía ser fijada libremente por los contratantes, si bien, con el límite de lo establecido en la Ley XII, tit. XV, lib. V de la Nueva Recopilación. No obstante, consideramos que el autor toma como referencia lo establecido en el artículo 16 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1.874, sobre Redacción de Instrumentos Públicos sujetos a Registro, que, erróneamente, fija tal posibilidad “*con arreglo a la Ley 12, tit. 15, libro 10 de la Novísima Recopilación*”. En opinión de GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de...*, *cit.*, pág. 249, aunque en principio la renta sólo puede constituirse

Respecto al número de vidas sobre las que puede constituirse la pensión, de nuevo existen controversias. A pesar de lo establecido en la Ley VI, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación, que parece no dejar lugar a dudas, algunos civilistas mantienen, en virtud de la pragmática posterior dada por Felipe III en 1.608³⁰⁵, la posibilidad de establecerla por más de una vida³⁰⁶. Sin embargo, esta última ley no se incluye en la Novísima Recopilación, clara muestra de la intención de hacer prevalecer el criterio contrario y mantener el límite de una vida en el censo vitalicio³⁰⁷. De hecho, las leyes de la Nueva Recopilación tienen una eficacia subordinada y condicional a las de la Novísima Recopilación, cuando no son recogidas por ella. Además, se exige que no estén contradichas por leyes de la Novísima, requisito que, como se ha visto, no se cumple en el presente supuesto. Parece indudable, por tanto, que tras la promulgación de la Novísima Recopilación el censo vitalicio sólo puede constituirse por una vida, aunque por algún tiempo rigiese la permisión de más de una vida³⁰⁸.

por una vida y su tasa no puede exceder de uno por diez, los contratantes, teniendo en cuenta las condiciones indicadas en el texto, podían hacer una regulación más moderada.

³⁰⁵ Ley XII del título XV del libro V de la Nueva recopilación, ya citada.

³⁰⁶ Tal es la opinión de GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 363, y ESCRICHE, JOAQUÍN, “Renta Vitalicia...”, *cit.*, pág. 914.

³⁰⁷ La ley VI, tit. XV, libro X de la Novísima recopilación se traslada de la ley VIII, tit. XV, lib. V de la Nueva recopilación, donde se hayaba, a la Novísima. No ocurre lo mismo con la Ley XII, tit. XV, lib I de la Nueva recopilación, dada por D. Felipe III en 1.608, en la que sin tratar directamente la cuestión, después de fijar el precio de los nuevos juros y censos al quitar en un precio no inferior a 20.000 maravedís el millar, se añade: “y los de por una vida a razón de 10.000 maravedís el millar, y los de por dos vidas a 12.000 maravedís el millar”. Exclusivamente en estas palabras, por las que sólo incidentalmente podría declararse derogada la ley de Felipe II, se fundan quienes defienden la posibilidad de constituir la renta vitalicia por dos vidas. Sin embargo, esta ley no está incluida en la Novísima recopilación, “y esto no fue olvido ni descuido, sino una cosa hecha de propósito y con el determinado objeto de suprimir la parte de la ley que se refiere a los censos vitalicios”. Clara muestra de ello está en la nota 2 del mismo título y libro, que hace referencia a la prohibición de constituir nuevos juros y censos al quitar, contenida en las Leyes XII y XIII del tit. XV, libro V de la Nueva Recopilación, pero omite las referencias que la Ley XII hace a los censos vitalicios. Del hecho de que en la citada nota no se inserte toda la Ley XII del tit. XV, libro V de la Nueva Recopilación, sino sólo una parte de ella, omitiendo concretamente lo que se refiere al censo vitalicio, se infiere que quiso hacerse una alteración precisamente en ese punto, sin pretender amparar la posibilidad de que el censo vitalicio se constituya por dos vidas. En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 829, nota 1, citando textualmente la 13ª Edición del vol.II de la obra citada de GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL. Si bien, parece que esta misma argumentación echa por tierra la tesis de quienes defienden, con base en la citada ley de la Nueva recopilación, que el precio de los censos vitalicios sea a razón de 10.000 maravedís el millar el de por una vida y a razón de 12.000 maravedís el millar el de por dos vidas.

³⁰⁸ En este sentido se pronuncian, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 65, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código Civil*, T. XXVIII (De los contratos aleatorios o de suerte, de las transacciones y compromisos, de la fianza: artículos 1790 a 1856), comentado y concordado extensamente y con un estudio comparativo de los

En opinión de SÁNCHEZ ROMÁN³⁰⁹, esta prohibición está exclusivamente referida a la constitución de rentas sobre dos o más vidas sucesivas, pero no a las constituidas sobre vidas simultáneas. Para el autor esta última opción no contraviene el espíritu de la ley, que pretende impedir la extensión de la incertidumbre del riesgo y mantener la certeza de que la contratación se realiza sobre personas vivas al tiempo de celebrarse el contrato. Si bien, afirma que cuando el censo de por vida se constituye sobre varias vidas simultáneas, el tiempo máximo de duración de la renta se limita a noventa y nueve años. Respecto a la vida en atención a la cual se constituye el contrato, puede tomarse en consideración, al igual que en nuestros días, la del propio pagador de la renta, la del rentista o la de un tercero, cualquiera de los tres supuestos es perfectamente válido.

La última limitación al censo de por vida viene dada por la Ley IV, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación, que extiende a los censos de por vida lo regulado en la Ley III, tit. XV, lib. X, del mismo cuerpo legal³¹⁰. En virtud de la Ley III, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación, el canon habrá de pagarse en dinero: *“debíamos mandar y mandamos, que de aquí adelante no se puedan hacer los tales censos y tributos al quitar, para que se hayan de pagar en pan, vino y aceyte, ni en leña ni en carbón, ni en miel ni cera, xabon, lino, y gallinas y tocino, ni en otro género de cosas que no sean dineros.”*

A pesar de que nada dice la Novísima Recopilación al respecto, es opinión común, ya en la época, que el capital entregado no debe volver nunca a poder del censalista. La razón radica en que, *“la renta no significa el pago de los productos, sino que es el precio en virtud del cual se satisface la pensión, se hace dueño del capital recibido”*³¹¹. Se puede decir, por tanto, que el capital se extingue y sólo queda el derecho a los réditos³¹², derecho que acaba con la muerte de la

principales Códigos europeos y americanos, redactado por EUGENIO VÁZQUEZ GUNDÍN, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.953, pág. 195.

³⁰⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 832.

³¹⁰ Ambas leyes, dadas por D. Carlos y D^a Juana el año 1.534, vienen recogidas en *Los Códigos Españoles...*, cit., T. III, pág. 363.

³¹¹ Tal y como afirma, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 62. Para el autor este dato es el que diferencia este contrato del préstamo.

³¹² GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de...*, cit., pág. 249, y GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, cit., pág. 363, indican que es opinión común que el capital muere con el censo mismo, es decir, con la vida de la persona a cuyo favor se impone, sin quedar en sus herederos acción para repetirlo en todo ni en parte. Por ello afirman, que cuantos más días corren de la vida del censalista más va perdiendo de su capital, siéndole menor su valor. Esta es otra de las diferencias fundamentales con el censo consignativo, pues en este último el capital se mantiene siempre en un mismo ser, sin extinguirse ni minorarse por muchas pensiones anuales que se paguen. De hecho, el capital pertenece enteramente al censalista que lo dio, a sus herederos o a quien tenga su acción, en cualquier tiempo que el censatario o los suyos lo rediman.

persona de cuya vida depende el contrato³¹³. En el supuesto de que el censo de por vida se establezca simultáneamente sobre la vida de varias personas, necesariamente existentes en el momento de constituirse el contrato, el contrato no se extingue sino por la muerte de la última de ellas. De donde se infiere, que si los pagos se hacían anticipadamente debe devolverse la parte adelantada de los créditos no vencidos³¹⁴.

En relación con otras cuestiones, no recogidas por la regulación jurídica de la época, cabe destacar la preocupación por las legítimas de los herederos de quienes constituyen estos censos. En opinión de algunos autores, los censualistas con herederos forzosos no pueden imponer todos sus bienes a censo vitalicio sin su consentimiento, sino que deben limitarlos a aquellos de los que libremente pueden disponer por testamento³¹⁵.

Por último queda destacar, la referencia realizada por ESCRICHE a la creación en Madrid, en Noviembre de 1.769, de un Banco o establecimiento de vitalicios o fondo perdido. En el citado establecimiento, según el autor, se daba el rédito de 9 por 100 de los capitales que se entregaban y quedaban a favor del banco, por una sola vida³¹⁶.

3.3.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL CÓDIGO CIVIL. SUS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y SU EVOLUCIÓN

Tras la promulgación del Código Civil la figura del censo vitalicio desaparece, puesto que aquel se pronuncia contra la temporalidad de los censos. En su lugar, los artículos 1.802 y siguientes del citado cuerpo legal recogen y regulan el contrato de renta vitalicia tal y como lo conocemos en la actualidad, pues desde su creación no ha sufrido modificación alguna.

La historia de la evolución del censo vitalicio hasta llegar al contrato que nos ocupa no es pacífica. Mientras algunos autores defienden que se trata de una auténtica sucesión de figuras, y que el antiguo censo vitalicio se

³¹³ GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 363, afirma que no sólo expira la obligación de contribuir, sino que quedan exentas las hipotecas, desapareciendo las responsabilidades del censuario y sus sucesores aunque el censualista muera antes de que se consuma el capital que dio a censo. Queda exento el censuario incluso cuando haya transcurrido muy poco tiempo desde la constitución del censo, porque el censuario hace suyo el capital y es irredimible por su propia naturaleza.

³¹⁴ Así lo afirma, GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de...*, *cit.*, pág. 250.

³¹⁵ Tal es la opinión de GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 363, y GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL, *Elementos de...*, *cit.*, pág. 250.

³¹⁶ ESCRICHE, JOAQUÍN, “Renta Vitalicia...”, *cit.*, pág. 914.

transforma en el contrato de renta vitalicia actual³¹⁷, para otros el censo desaparece y el legislador se limita a introducir el actual contrato de renta vitalicia siguiendo estricta y, en algunos casos, literalmente, a su modelo francés. En este sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA, para quien la institución, tal y como se regula en el Código Civil, no conserva trazos de sus precedentes de carácter censal. En su opinión, la anterior regulación responde a principios y procedimientos destinados al cumplimiento de la función encomendada, que la ley destierra expresamente³¹⁸.

Esta última postura no ofrecería discusión si el carácter censal, efectivamente, fuese propio del censo vitalicio o del *violario*. Sin embargo, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, las obligaciones derivadas de tales contratos son personales, no reales.

Para introducir algo más de luz en la determinación de la verdadera evolución del contrato de renta vitalicia, desde nuestro antiguo Derecho a la actual tipificación del Código Civil, es necesario profundizar en el régimen jurídico que le otorgan el Código Civil Francés y nuestro proyecto de Código de 1.851.

El *Code* tipifica dos tipos de rentas vitalicias: una regulada en el capítulo dedicado al préstamo con interés, clara prueba del origen crediticio de la figura, y otra en sede de contratos aleatorios, consecuencia de su posterior evolución. Parece poder afirmarse, por tanto, que el *Code* no destierra las figuras crediticias similares al censal, *violario*, o censo vitalicio en Castilla, sino que las incluye dentro del capítulo III, titulado *Du prêt à intérêt*. Confirma esta opinión LAURENT, para quien es posible pactar un interés mediante un capital que el mutuante se obliga a no repetir, en cuyo caso el mutuo toma el nombre de *costituzione de rendita*³¹⁹. Este tipo de renta podía estipularse con carácter perpetuo y esencialmente redimible, figura equivalente al censal catalán, o con carácter vitalicio, en cuyo caso equivalía al *violario* catalán o censo vitalicio castellano³²⁰. La renta en este caso recibe la denominación de renta vitalicia, y el artículo 1.914 del *Code* remite su regulación al capítulo II del título dedicado a los contratos aleatorios.

³¹⁷ Defiende esta opinión, DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *Revista de Derecho Privado*, 1.952, pág. 806. Con idénticas palabras se pronuncia en “El contrato de renta vitalicia como modalidad del de compraventa”, *Estudios Jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, 1.959, pág. 222.

³¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs 19 y 20.

³¹⁹ LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile*, vol. XXVII, “Del prestito”, 1ª traducción italiana, Leonardo Vallardi, Milano, 1.886, pág. 238. Debe recordarse que “*costituzione de rendita*” era el nombre que, como ya se ha visto, adoptaban las constituciones de rentas nuevas en el derecho antiguo.

³²⁰ Equipara el censal y violario catalanes con las figuras reguladas en los artículos 1.909 a 1.914 del *Code*, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El violari i el censal...”, *cit.*, pág. 62.

El problema se plantea, en el Derecho francés, a la hora de determinar la naturaleza de este tipo de figuras. La exposición de motivos del *Code* establece: “*todos los casos previstos por el art. 1.968 no son sino un modo de venta, también cuando sea hecha a precio de dinero, porque el dinero es susceptible de ser locado y vendido como todas las otras cosas que están en comercio*”³²¹. Sin embargo, no todos los autores aceptan esta postura. Así, LAURENT la considera una teoría propia del derecho antiguo, pero no del *Code*³²². En su opinión, aunque el contrato se configura como compraventa cuando se constituye a cambio de bienes muebles o inmuebles, no así cuando la contraprestación es una suma de dinero. En este último caso el contrato constituye un mutuo de carácter real y unilateral, aunque con diferencias respecto al verdadero mutuo³²³.

La existencia de este “mutuo vitalicio” es, precisamente, lo que parece haber llevado a la doctrina y a la jurisprudencia francesas, casi hasta nuestros días, a distinguir dos modalidades de renta vitalicia: una de carácter real asimilada al préstamo, y otra de carácter consensual asimilada a la compraventa³²⁴. Tal distinción es tomada por nuestro proyecto de Código Civil de 1.851, que dentro del capítulo tercero, titulado “del simple préstamo” (arts 1.655 y 1.656), recoge el contenido de los artículos 1.909 a 1.914 del *Code*³²⁵. Los artículos 1.655 y 1.656 del Proyecto intentan aunar la tradición jurídica española con la francesa, sin embargo, tal y como pone de manifiesto

³²¹ PORTALIS, JEAN- ETIENNE- MARIE, “Exposé des motifs du titre des contrats aléatoires”, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d’Aix- Marseille, Aix en Provence, 1.988, pág. 168. Debe tenerse en cuenta que el artículo 1.968 del *Code* establece la posibilidad de constituir una renta vitalicia a título oneroso mediante una suma de dinero, o bien mediante una cosa mueble o inmueble.

³²² LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 241 y 242, en una clara referencia a la necesidad de configurar los contratos de préstamo con interés como compraventas, para eludir las prohibiciones de usura propias del Derecho antiguo.

³²³ En la constitución de renta el acreedor se obliga a no repetir el capital, es exclusivamente acreedor de los frutos. En el mutuo, por el contrario, el mutuante es acreedor de un capital. En el mutuo constituido bajo la forma de renta vitalicia, además, el derecho del acreedor se extingue con la muerte de la persona sobre cuya vida se constituye, y la tasa de la renta se configura de manera que se amorticen, a un tiempo, intereses y capital. Señala estas diferencias LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 243.

³²⁴ Es un claro ejemplo LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 241 y 242. El autor asimila la renta vitalicia constituida mediante un bien mueble o inmueble a la compraventa, y la constituida mediante una suma de dinero al mutuo con interés. BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El origen censal del art. 1.802...”, *cit.*, pág. 462, así como en “El violari i el censal...”, *cit.*, pág. 62, considera que las figuras recogidas en los artículos 1.909 a 1.914 del *Code* son la causa de la distinción entre una renta vitalicia real y otra consensual.

³²⁵ Así puede comprobarse en GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 81. Los artículos 1.655 y 1.656 regulan dos figuras de préstamo con interés de contenido análogo al censal y al censo vitalicio, o violario catalán, respectivamente.

BADENAS CARPIO, el Proyecto no es respetuoso ni con la tradición jurídica española ni con la francesa³²⁶.

El artículo 1.655 del proyecto de Código Civil establece la posibilidad de estipular el pago de un interés o rédito anual, en retribución de un capital no reclamable por quien lo entrega, recogiendo hasta aquí, prácticamente de manera textual, lo establecido por el artículo 1.909 del *Code*³²⁷. La segunda parte del artículo, por el contrario, ya no es consecuente con nuestra tradición jurídica ni con la francesa, pues establece la necesidad de asegurar las rentas con bienes inmuebles, remitiendo su regulación al título X, relativo a los censos³²⁸.

La redacción del artículo es confusa. Parece intentar incorporar al Código Civil la figura del censal catalán, sin recordar que esta institución no tiene carácter real, sino meramente personal³²⁹. El efecto real del censal es consecuencia de la hipoteca que suele acompañarle, ya que la obligación derivada del mismo, por sí sola, no tiene carácter censal. Por esto se considera que el proyecto no es consecuente con la tradición jurídica de la figura, porque remite al régimen jurídico de los censos cuando el censal no tiene tal carácter. Los redactores del proyecto, de nuevo, caen en el tradicional error de confundir este instituto con el censo consignativo, motivo por el cual remiten su regulación legal a la de este último³³⁰.

El artículo siguiente, el artículo 1.656 del Proyecto, establece la posibilidad de limitar la relación a la vida de una persona: “*tambien puede estipularse el pago de un interés ó rédito anual durante la vida de una persona, á fondo perdido ó á condicion de que con su muerte adquiera libremente el deudor la propiedad del capital*”.

Este precepto parece recoger el censo vitalicio castellano regulado en la Novísima Recopilación, y no el *violario*, pues hace expreso hincapié en que

³²⁶ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El origen censal del art. 1.802...”, *cit.*, págs. 462 y ss, así como en “El violari i el censal...”, *cit.*, pág. 63 y ss. Comparte esta opinión, IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2008, pág.46.

³²⁷ De hecho GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 81, al citar las concordancias del artículo 1.655, alude en primer lugar al artículo 1.909 del *Code* francés.

³²⁸ En el mismo sentido BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El origen censal del art. 1.802...”, *cit.*, pág. 462, así como en “El violari i el censal...”, *cit.*, pág. 63.

³²⁹ Tal y como defienden; entre otros muchos, ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 711, GARCÍA I SANZ, ARCADÍ, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 113, así como en, “El violari”,..., *cit.*, pág. 180, PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 134 y 140. Autores ya citados con ocasión del estudio de los precedentes forales de la renta vitalicia.

³³⁰ No hemos de olvidar, que incluso CORBELLÀ, ARTURO, *Historia jurídica...*, *cit.*, págs. 313 y ss, considera que el censal es el censo consignativo de Cataluña.

el pago del rédito anual se establezca por una vida, límite que impone a esta figura la ley VI, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación³³¹. Al igual que su precedente Francés, los autores del Proyecto remiten la regulación del instituto al capítulo de la renta vitalicia, dado su carácter aleatorio, atribuyendo al préstamo con estas características, también, la denominación de renta vitalicia³³².

A pesar de que el Proyecto es uno de los hechos más influyentes en nuestra codificación, el Código Civil no recoge las figuras del censal, *violario* o censo vitalicio en ninguno de sus preceptos. La opción es indudablemente acertada, pues además de evitar las confusiones que el régimen jurídico del *Code* genera en la doctrina y la jurisprudencia francesas, su introducción en nuestros días no posee objeto alguno. Estas instituciones cumplieron una función fundamental en un determinado contexto histórico, en el que el interés del dinero estaba prohibido y la usura era un pecado, pero con el devenir de los tiempos, y con la aparición de nuevas figuras de crédito en un mercado de capitales muy diferente, ya no tienen sentido³³³. De hecho, su utilización en el derecho catalán, donde siguen vigentes, es escasa³³⁴

³³¹ Mantiene esta misma opinión, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, en “El origen censal del art. 1.802...”, *cit.*, pág. 463, nota 31. El autor, además, hace notar la contradicción introducida por los redactores del proyecto al limitar la constitución de la figura a una vida, cuando su régimen jurídico se remite al de la renta vitalicia. La contradicción radica en que el contrato de renta vitalicia, al igual que la *rente viagère* del *Code*, no limita el número de vidas sobre las que puede realizarse la estipulación. Pone de manifiesto esta contradicción, también, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 66.

³³² En las concordancias de este artículo, de nuevo, aparecen en primer término los artículos 1.910 y 1.914 Franceses, como puede comprobarse en GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 81. BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, “El origen censal del art. 1.802...”, *cit.*, págs. 463 y 464, sostiene que los autores del proyecto no dejan de considerar que la figura es un préstamo con carácter real, que participa de los caracteres descritos en el artículo 1655, por el hecho de remitir a la regulación del contrato de renta vitalicia. En este mismo sentido se pronuncia IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 46, pues afirma que ambos soportes negociales ostentaban una clara eficacia real.

³³³ En el mismo sentido cabe señalar, con NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 2.870, que tanto el censo consignativo como el reservativo habían dejado de constituirse, en la práctica, mucho antes de la promulgación del Código Civil. En su opinión, tales figuras sólo se mantienen en nuestro Código para arropar a la enfiteusis, de cara a mantener con vida toda una serie de rentas a favor de los censualistas o titulares del dominio directo. En la pág. 2.906, el autor señala que algún notario, en los años cincuenta, pensó en resucitar la figura del censo consignativo como fórmula de crédito en el sector agrario. Sin embargo no ha sucedido, porque se trata de una figura cuyo significado y función no se comprende ni es adecuada al funcionamiento de una economía capitalista en la que existen, además, multitud de figuras de financiación y garantía que no requieren para nada la resurrección del censo.

³³⁴ En el derecho catalán, tal y como lo confirma la SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 30 de noviembre de 1999, se produjo un intento de asimilación del censo vitalicio y el violario

En este estado de cosas parece más correcta la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA, que propugna la desaparición del censo vitalicio y la posterior introducción de la renta vitalicia tal y como la regula su precedente: el Código Civil francés. Sin embargo, no debe olvidarse que ambas figuras son diferentes fases de una misma evolución. Como ya se ha dicho, tanto el Código Civil francés como el Proyecto español recogen dos tipos de renta vitalicia: la regulada dentro del capítulo dedicado al préstamo, derivada del censo consignativo y con un marcado carácter crediticio, y la regulada en sede de contratos aleatorios, a la que la regulación del primer tipo se remite. La primera de ellas se corresponde con el censo vitalicio castellano, aunque el Proyecto le otorga un carácter censal que nunca tuvo. La segunda, por el contrario, no es más que su natural evolución cuando las necesidades cotidianas y el mercado de capitales cambian.

Se puede afirmar, por tanto, que ambos cuerpos legales recogen los dos estadios de la institución, en un intento por respetar la tradición jurídica sin olvidar las necesidades del momento. Así, la renta vitalicia contemplada en el capítulo del préstamo trata de recoger su configuración histórica, mientras la regulada en sede de contratos aleatorios se ocupa de la configuración propia que las nuevas necesidades le exigen.

El legislador del Código, sin embargo, decide prescindir de la primera, dado su carácter obsoleto y su falta de necesidad que ya se ponía de manifiesto en el momento de promulgar el Código, e introducir la aleatoria, que posee una finalidad distinta, previsora y asegurativa, pero no crediticia³³⁵.

a la renta vitalicia. En el Proyecto de Apéndice al Código Civil, en su artículo 2.253, se establecía que: "*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual por un capital en dinero, en cual caso se llama violario, o por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión, en cual caso se llama vitalicio*". Si bien, posteriormente queda definitivamente configurado como censo, con la propia naturaleza de carga real. Así lo configura el artículo 336 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, posteriormente derogado por la Ley de Censos 6/1990, de 16 de marzo. Esta última ley regula el censo vitalicio, en sus artículos 28 a 32, configurándolo como censo, con naturaleza de carga real, y otorgándole una regulación muy similar a la de la renta vitalicia. Esta norma se deroga por Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que lo regula en sus artículos 565-29 a 565-33 de manera prácticamente idéntica, manteniendo su carácter censal.

³³⁵ Tal afirmación viene corroborada por PUIG I FERRIOL, LLUÍS, y ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 140, que consideran al violario un contrato semejante a la renta vitalicia, con características propias e incluido dentro de las formas censales y de los contratos destinados a la obtención de crédito. Esta afirmación unida a la que realizan en la pág. 133, afirmando que la creación de nuevas formas de garantía más rentables para el acreedor es una de las causas de la decadencia de la institución, conduce a pensar que fuera esta la causa de la supresión y sustitución de tales figuras por el nuevo contrato aleatorio de renta vitalicia. Por tanto, parece muy probable que una institución de similares características a la que tenemos hoy en día, y que empieza a desaparecer, se amolde a las

Es precisamente esta opción del legislador, el fundamento de quienes opinan que ambos contratos no son una sucesión de figuras. No obstante, las finalidades ahora buscadas por la renta vitalicia no implican el nacimiento de la figura de la nada. Parecen indicar, por el contrario, la superación de una etapa anterior y la utilización de la misma estructura jurídica, o una muy semejante, para satisfacer las nuevas necesidades de los individuos. En este sentido, la renta vitalicia actual constituye el último estadio de la evolución iniciada con la *precaria* y posteriormente continuada con los antecedentes más inmediatos de la renta vitalicia: el *violario* y el censo vitalicio.

La supresión del censo vitalicio por el legislador, y la superación de este último estadio de evolución hacia la renta vitalicia actual es lógica, además, por las controversias y errores que genera. A pesar de su denominación, censo, no posee ninguno de los caracteres típicos de este contrato. De hecho, como es evidente, carece de la necesaria perpetuidad impuesta por el Código, así como de los efectos reales propios de los censos. Por todo ello el Código Civil prescinde del censo vitalicio y toma del Derecho francés la figura en la que, una vez acabadas las prohibiciones canónicas del préstamo con interés, desemboca el actual contrato de renta vitalicia.

La nueva configuración del antiguo censo vitalicio, si consideramos como tal el contrato de renta vitalicia, se ve plasmada evidentemente en su regulación. Así, el nuevo régimen jurídico de la renta vitalicia trata de solventar algunas de las controversias que generaba la tradicional regulación de la figura, como consecuencia de los nuevos fines buscados en sus últimos estadios de evolución.

Como se ha visto, el Derecho antiguo, concretamente la Ley VI, título XV, libro X de la Novísima Recopilación, sólo permitía la constitución de rentas vitalicias a través de la entrega de un capital en dinero. Sin embargo, el uso había admitido la entrega de fincas en sustitución de éste, hasta el punto de que algunos autores reclamaban su admisión legal. El Código, en su nueva regulación admite tal posibilidad, ampliando favorablemente la regulación de la Novísima recopilación³³⁶. De hecho, su artículo 1.802 establece la posibilidad de constituir una renta vitalicia con un capital cualquiera, sea éste dinero, bienes muebles o inmuebles.

Por otro lado, este mismo artículo resuelve las discusiones relativas al número de vidas sobre las que podía constituirse el contrato, pues acepta la posibilidad de configurar la duración de la renta atendiendo a la vida de una

nuevas necesidades de la época para transformarse en el contrato de renta vitalicia que conocemos en la actualidad.

³³⁶ Así lo pone de manifiesto MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 63.

sola persona o de varias³³⁷. Además, y conforme a la nueva tendencia hacia la libertad de contratación que se apuntaba ya en la época del censo vitalicio, se suprime la mención a un determinado tipo de interés para la pensión. Esta opción es indudablemente más acorde con el carácter aleatorio del contrato, que permite diferenciarlo de aquellos otros con finalidad exclusivamente crediticia. Junto a éstas previsiones se establecen muchas otras, que se estudiarán detenidamente en el lugar apropiado.

4.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE RENTA VITALICIA

4.1.- DISTINCIÓN ENTRE CONTRATO DE RENTA VITALICIA Y OBLIGACIÓN DE RENTA VITALICIA

Es fundamental, a la hora de ofrecer un concepto claro del contrato de renta vitalicia, diferenciar la obligación de renta vitalicia del contrato en sí, regulado en los artículos 1.802 y siguientes del Código Civil. En numerosas ocasiones ambos conceptos se identifican, tomando la parte por el todo, porque la regulación de la renta vitalicia en nuestro Código Civil se realiza, prácticamente en exclusiva, atendiendo al contrato, sin tener en cuenta otras posibles fuentes de renta. Se genera, de este modo, un importante grado de confusión. La diferencia entre el contrato de renta vitalicia y la obligación de renta vitalicia ha sido puesta de manifiesto por numerosos autores españoles y extranjeros³³⁸. Así, DE BUEN entiende que la renta vitalicia no es propiamente un contrato, aunque pueda ser constituida por él y haya, en este sentido, un contrato de renta vitalicia³³⁹. DEL MORAL Y LUNA señala la posibilidad de encajar la renta vitalicia “*en moldes jurídicos de muy diversos colores: las disposiciones unilaterales de voluntad, los vínculos contractuales onerosos o gratuitos, las estipulaciones a favor de tercero, las obligaciones que tienen su causa en el deber de alimentos, los contratos de seguro...*”³⁴⁰. En el mismo sentido, MOLLEDA defiende que la obligación de renta vitalicia es una figura general y unitaria de obligación, independientemente del título por el que se constituya, sin

³³⁷ Así lo señala, de nuevo, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 66.

³³⁸ Otros autores, por el contrario, lo que pretenden es construir una teoría unitaria de la figura, que pueda servir para presidir la regulación de todas las variantes que se den en la práctica. Tal es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, que expresamente lo manifiesta en su pág. 7. También BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, o QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, que, como anuncia en su pág. 23, trata de buscar los elementos comunes de los distintos negocios de renta vitalicia para intentar realizar un tratamiento unitario de la misma, y centrarse en lo que denomina “la situación jurídica de renta vitalicia”.

³³⁹ DE BUEN, DEMÓFILO, “Voz: renta vitalicia”, *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XXVII, Francisco Seix editor, Barcelona, publicación autorizada por R.O de 4 de junio de 1.910, pág. 217.

³⁴⁰ DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “El contrato de renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 207.

perjuicio de que tal título pueda determinar diferentes peculiaridades, pero la esencia es siempre la misma³⁴¹.

Teniendo en cuenta la diferencia entre ambos conceptos, debe comenzarse por clarificar los caracteres de la obligación de renta vitalicia, sin ánimo de exahustividad por no ser el momento apropiado, para posteriormente acercarnos a la concreta figura que nos ocupa. ENNECCERUS la define como una obligación, con sustantividad propia, de hacer a otro, por el tiempo de la vida de una persona, prestaciones determinadas y periódicas de dinero u otras cosas fungibles³⁴².

³⁴¹ MOLLEDA, A., “Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario”, *Revista de Derecho Español y Americano*, octubre-diciembre, 1.959, págs. 1.059 y ss. También señalan la diferencia entre la obligación de renta vitalicia y el contrato de renta vitalicia PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducido por DIAZ CRUZ, MARIO, T.IX (Los contratos civiles), 2ª parte, Cultural S.A, La Habana, 1.946, pág. 514, para quienes la renta vitalicia consiste en una suma que una persona se obliga a pagar cada año a otra mientras viva. Esta renta vitalicia, señalan los autores citados, puede resultar de un contrato, pero no siempre es así, puesto que también puede nacer de un legado o ser rentas vitalicias indemnizatorias. JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil*, T. II, vol. II (contratos), traducido por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, SANTIAGO, Ediciones jurídicas Europa- América, Bosch y Cia., Buenos Aires, 1.951, pág. 346, y en *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. II, 2ª ed., Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1.933, pág. 756, afirma que la renta vitalicia es un crédito que da derecho a su titular, el acreedor de la renta, mientras dure su vida, a ciertas rentas en dinero que toman el nombre de pensiones, y que deben ser pagadas por el deudor de la misma. También señala que, a pesar de que el Código Civil francés lo regule dentro del epígrafe dedicado a los contratos aleatorios no siempre procede de un contrato, puesto que puede establecerse por testamento o legado

³⁴² ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho civil*, Edición española, T. II (Derecho de obligaciones), vol. II (Doctrina especial), 2ª parte, 15ª revisión por LEHMAN, HEINRICH, 3ª ed., traducción con anotaciones por PÉREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, ROCA SASTRE, RAMÓN Mª, PUIG BRUTAU, JOSÉ, FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1.966, pág. 772. (En el mismo sentido se pronuncian en la edición de 1.950, pág. 455, la única diferencia es que en ésta hacen referencia a la la “vida de un hombre”, en vez de a la “vida de una persona”). En el mismo sentido, destacando el carácter vitalicio y las prestaciones periódicas como las notas más características de esta obligación: ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 5. El autor afirma que la relación de renta vitalicia presenta, constantemente, la naturaleza de una relación obligatoria de duración y ejecución periódica en la que está prefijado un término final, determinado por la extinción de la denominada vida contemplada; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 27, considera, a pesar de la diversidad de fuentes de la que puede nacer la renta, que siempre presenta la misma naturaleza jurídica: una obligación duradera de ejecución periódica, sometida a un término final fijo e inderogable, la duración de la vida contemplada para el nacimiento de la obligación; QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 10, mantiene que, por cualquier título por el que se constituya, la renta vitalicia da derecho a percibir una prestación periódica durante un lapso de tiempo que se medirá por la duración de una vida humana. También define la renta vitalicia en sentido generico, con independencia de su origen, como el derecho de una persona a recibir de otra una pensión en dinero u otras cosas fungibles, mientras dure la vida del acreedor o de otro

El objeto de la obligación, por tanto, ha de ser una prestación vitalicia. Esto no implica que necesariamente se prometa para el curso entero de la vida de una persona. Bastará con que se vincule a una vida, aunque esté limitada por la fijación de un máximo, un plazo u otras condiciones, siempre que tales limitaciones obedezcan aproximadamente a la duración de una vida³⁴³. No obstante, este punto es discutido y se estudiará en su momento.

Para que estemos ante una *renta vitalicia*, además, debemos estar ante prestaciones periódicas que se repiten en igual cantidad³⁴⁴. Esto no significa que la renta no pueda someterse a cláusulas de estabilización, pero no serán rentas vitalicias aquellas en las que la cuantía se subordine a las concretas necesidades del titular, pues en este caso estaríamos hablando, más bien, de contratos de alimentos o de mantenimiento.

No parece que exista duda, tampoco, en que las prestaciones deben consistir en dinero o cosas fungibles, y no en servicios u obligaciones de hacer como las propias del contrato de alimentos³⁴⁵.

Por último, debe destacarse como requisito indispensable, que las prestaciones periódicas son debidas en virtud de un derecho a la renta sustantivo e independiente, no como simples prestaciones accesorias de una deuda de capital³⁴⁶. Ello nos permite distinguir la obligación de renta de las obligaciones derivadas del préstamo con interés.

La obligación de renta vitalicia con las características vistas, como ya se ha dicho, puede derivar de distintas fuentes. Así, por ejemplo, de una disposición testamentaria, como un legado de renta vitalicia; de una resolución judicial, cuando se establece una indemnización en forma de renta vitalicia; o de la propia ley, como en el supuesto del usufructo viudal del artículo 839 CC, el de la pensión compensatoria del artículo 99 y el de las pensiones de derecho laboral cuando se fijan para supuestos de incapacidad. También puede derivar de la expresa voluntad de las partes, bien sea en un contrato de seguro o en la propia figura que nos ocupa, el contrato de renta vitalicia. En todos los supuestos existe una obligación de renta vitalicia, pero

sujeto inicialmente determinado. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 383 y ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 16, comparten concepciones muy similares a las expuestas, destacando el carácter periódico y vitalicio de la obligación.

³⁴³ Así lo afirma, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, págs. 772 y 777.

³⁴⁴ Como constata, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 773

³⁴⁵ En el mismo sentido ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 773

³⁴⁶ Corrobora tal posición ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 773

contrato de renta vitalicia sólo existe cuando nos encontremos ante la figura prevista en los artículos 1.802 y siguientes del Código Civil.

El contrato aleatorio de renta vitalicia es un contrato rigurosamente delimitado, no se identifica con la obligación de renta vitalicia en general, sino con aquella que resulta de la transmisión de ciertos bienes con la imposición de tal obligación recíproca³⁴⁷. No obstante, como se verá, no resulta descabellado pensar en la aplicación las normas propias de este contrato a obligaciones de renta vitalicia nacidas de fuentes distintas a la regulada en los artículos 1.802 y ss. CC³⁴⁸. De hecho, el terreno de las pensiones privadas es uno de los que mayor desarrollo ha experimentado en los últimos años y, a excepción del supuesto del seguro, las normas reguladoras de las mismas se han detenido en aspectos ajenos a las relaciones pensionista-deudor de la pensión, con lo que es necesario reconstruir su régimen jurídico sobre la normativa propia del contrato de renta vitalicia³⁴⁹. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que cada una de estas fuentes de renta vitalicia imprime un determinado carácter y unas determinadas características a la obligación, que permiten diferenciar unas situaciones de otras. No obstante, entendemos que la normativa general del contrato de renta vitalicia es aplicable a otras obligaciones de renta vitalicia que no tengan una normativa específica,

³⁴⁷ ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 775

³⁴⁸ Se muestran favorables a tal posibilidad: ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 780 (también en la edición de 1.950, pág. 460); ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita vitalizia”, *Trattato di Diritto civile Italiano*, dirigido por VASALLI, FILIPPO, T. III, vol. 8º, fasc.4º, 2ª ed., UTET, Torino, 1.954, pág. 3, para quien, aunque los presupuestos para la instauración de una renta vitalicia son diversos, en relación a las peculiaridades de las distintas fuentes generadoras, una vez constituido y perfeccionado el *vinculum iuris* son aplicables, en lo referente al desenvolvimiento, ejecución y extinción de la relación, principios generales comunes a las distintas figuras de renta; LENER, ANGELO, “Voz: vitalizio”, *Novísimo Digesto Italiano*, a cura di AZARA, ANTONIO y EULA, ERNESTO, vol. XX (un-z), 3ª ed., UTET, Torino, 1.957, riestampa 1.982, pág. 1.018. En nuestra doctrina pueden mencionarse, entre otros muchos autores, a BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 27, para quien la diversidad de fuentes de las que puede nacer la renta vitalicia no impide que, una vez constituida la relación, presente siempre un carácter unitario. Tal carácter unitario permite aplicar a la figura toda una serie de principios generales comunes a los distintos supuestos, en especial en lo que se refiere a la estructura, contenido o efectos, y extinción; ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, quien en la pág. 16, defiende la posibilidad, en teoría, de aplicar las normas propias del contrato para solucionar situaciones conflictivas de renta vitalicia que carecen de normativa jurídica concreta. De hecho, en la pág. 237 mantiene que “...constituida una relación obligatoria de renta vitalicia la normativa específica del contrato de este nombre que recoge el Código Civil puede considerarse aplicable, con independencia de la fuente que lo haya generado.” Como un ejemplo concreto de esta posibilidad la autora, en las págs. 239 y 240, se refiere a las rentas vitalicias con carácter resarcitorio, dada la parquedad con la que se regula esta forma de indemnización por el anexo de la Ley 30/95, que sólo la menciona sin establecer el régimen jurídico aplicable. En este sentido, considera indudablemente aplicable el artículo 1.805 CC.

³⁴⁹ Tal es la opinión de ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 13.

siempre y cuando se adecúen y completen con las concretas especialidades que su fuente generatriz imponga.

Que la normativa propia del contrato de renta vitalicia sea aplicable a otras figuras que den lugar a rentas vitalicias, no supone que no debemos diferenciar entre el contrato de renta vitalicia y tales instituciones. Es fundamental delimitar y definir el contrato, pues ni todas las normas aplicables al contrato de renta vitalicia son aplicables al resto de las figuras, ni otras muchas aplicables al resto de figuras son válidas para el contrato que nos ocupa. No hemos de olvidar, que el resto de instituciones se rigen por las normas propias del contrato de renta vitalicia en aquello que no esté específicamente previsto, y siempre que sea compatible con la propia naturaleza de la figura.

A grandes rasgos, y sin perjuicio de una mayor profundización *a posteriori*, trataremos de fijar un concepto básico del contrato de renta vitalicia previsto en los artículos 1.802 y ss. del Código Civil. Así, el contrato de renta vitalicia es aquel en el que una persona, mediante la enajenación de un capital en bienes muebles o inmuebles, se obliga a realizar una prestación periódica, limitada a la vida de una o varias personas, consistente en una cantidad de dinero o cosas fungibles³⁵⁰. Tal concepto, con algunas matizaciones, es utilizado por la doctrina española, francesa, italiana, e incluso por la de algunos países latinoamericanos como Argentina, así como por nuestra Jurisprudencia³⁵¹.

4.2.- EL CONCEPTO DE CONTRATO DE RENTA VITALICIA EN EL DERECHO COMPARADO

La figura del contrato de renta vitalicia se recoge en los distintos ordenamientos europeos y americanos de manera muy similar al nuestro.

El Código Civil francés y el italiano contienen definiciones del contrato oneroso de renta vitalicia prácticamente idénticas a la recogida por el artículo 1.802 del Código Civil español. El primero de ellos, en su artículo 1.968, contempla la posibilidad de constituirla con carácter oneroso,

³⁵⁰ En términos muy similares se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia onerosa: estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Aranzadi, Pamplona, 1.995, pág. 124. Sin embargo, el autor limita la posibilidad de la pensión vitalicia a una prestación en dinero.

³⁵¹ La RDGRN de 1 marzo de 1.939 es una de las pocas que trata de dar una noción del contrato, y aunque peca de incompleta y de excesivamente literalista respecto del artículo 1.802 CC, debe destacarse, pues el resto de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, o de la Dirección General de Registros y del Notariado, se han limitado a enumerar alguno de sus caracteres. En este sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *Jurisprudencia civil comentada*, T. II (arts. 1.088 a 1.976), dirigida por PASCUAU LIANO, MIGUEL, Comares, Granada, 2.000.

atribuyendo al acreedor de la renta el derecho a unas prestaciones periódicas como contraprestación a la entrega de una suma de dinero, una cosa mueble apreciable o un inmueble. Tan escueta definición es completada por el resto de los preceptos que la acompañan, los artículos 1.969 a 1.983³⁵².

El Código Civil de Napoleón considera que la renta vitalicia siempre tiene su origen en el contrato de renta vitalicia, al que enumera entre los aleatorios. La doctrina critica tal regulación, dado que la renta vitalicia no siempre nace de contrato. Los distintos autores afirman la posibilidad de constituirla, también, por testamento, a través de la Ley, o mediante una Sentencia, especialmente como mecanismo de reparación de daños a las personas³⁵³. Por otra parte, la doctrina francesa critica la regulación de la renta del *Code* porque no siempre la consideran contrato aleatorio, ya que muchos autores niegan su carácter aleatorio cuando deriva de un contrato gratuito³⁵⁴.

En el Derecho italiano la regulación del contrato de renta vitalicia se contiene en los artículos 1.872 y siguientes del vigente Código Civil de 1.942, que modifica la anterior regulación del código de 1.865. El Código derogado sólo regulaba el contrato de renta vitalicia, en los artículos 1.797 y ss., siguiendo a su precedente francés. La doctrina italiana, al igual que la francesa, critica tal regulación, por no ser el contrato la única fuente generadora de rentas vitalicias en su ordenamiento jurídico, aunque reconocen que sí es la más importante³⁵⁵.

El nuevo Código Civil de 1.942, escuchando las voces imperantes, encuadra toda la regulación de la materia bajo el título “De la renta vitalicia”. De hecho, el artículo 1.872 afirma que puede constituirse: a título oneroso, mediante la enajenación de un bien mueble o inmueble o con la cesión de un capital en dinero; o por donación o testamento, en cuyo caso son aplicables las normas propias de tales figuras. La doctrina, además, señala los distintos supuestos en los que puede constituirse *ex lege*. El concepto de contrato de renta vitalicia propuesto por el artículo 1.872 del Código Civil italiano es prácticamente idéntico al del artículo 1.968 del *Code* francés, salvo en lo referido al orden de sus palabras, y es válido para la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestra órbita jurídica.

En el Derecho portugués el Código Civil no recogía la renta vitalicia. En el mejor de los casos podía considerarse comprendida entre los contratos

³⁵² Así lo pone de manifiesto, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 23. En el mismo sentido BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 125, y muchos otros autores que se han ocupado del tema.

³⁵³ Tal y como manifiesta ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 12.

³⁵⁴ Como afirma ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 18.

³⁵⁵ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 17 y ss.

aleatorios, regulados en los artículos 1.537 y ss., o como derecho real, dentro de la renta o censo consignativo temporal, en los artículos 1.644 y posteriores del Código Civil³⁵⁶. El Código vigente contempla la renta vitalicia como institución autónoma e independiente, en los artículos 1.238 a 1.244, siguiendo al texto francés. Los preceptos se limitan a regular la renta vitalicia constituida por contrato, lo que no impide su nacimiento por otras causas, como señala la doctrina³⁵⁷

El Código alemán, por el contrario, se ocupa de la obligación de renta vitalicia de manera genérica. El citado cuerpo legal recoge la obligación en los párrafos 759 a 761, con las características vistas al hablar de la obligación de renta vitalicia³⁵⁸. Sólo el párrafo 761 se refiere al contrato en el que se promete una renta vitalicia, y lo hace para exigir la forma escrita, salvo que otra cosa se prescriba.

Por su parte, el Código Civil argentino regula el contrato pormenorizadamente en los artículos 2.070 a 2.088³⁵⁹. Se ocupa de dar una definición el artículo 2070, al establecer: “*Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato*”. Este código da al contrato carácter real, como la mayor parte de los Códigos latinos, y afirma que sólo puede constituirse con carácter oneroso. Si se concluye a título gratuito debe considerarse una auténtica donación a plazo, si se constituye *inter vivos*, y un legado a plazo si deriva de testamento, en cuyo caso se rige por las normas propias de estas figuras³⁶⁰.

³⁵⁶ Así lo pone de manifiesto, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 386, citando a PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, pág. 597.

³⁵⁷ En este sentido, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 386 y 387, citando a PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, pág. 597.

³⁵⁸ ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, págs. 772 y ss. El nuevo BGB continúa regulando la renta vitalicia en los párrafos 759 a 761 y mantiene, en esencia, la misma regulación de la renta vitalicia que su predecesor, por lo que resulta plenamente vigente toda la doctrina anterior.

³⁵⁹ Estas referencias lo son al Código de Velez Sarsfield (del año 1.869). Aunque existieron varios proyectos de modificación, uno de los cuales dedicaba el capítulo XXV al contrato oneroso de renta vitalicia (arts. 1.512 a 1.521), ninguno de ellos ha salido adelante.

³⁶⁰ Así lo afirma ZAGO, JOSÉ ALBERTO, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Universidad, Buenos Aires, 1.990, pág. 25. También, LORENZETTI, RICARDO LUÍS, *Tratado de los Contratos*, T.III, Rubinzal- Culzoni editores, Buenos Aires, 1.999, págs. 563 y 564, para quien el contrato no queda concluido sino por la entrega del dinero o tradición de la cosa en que consiste el capital. Para el autor, de no existir la entrega de capital no existiría el contrato y sólo estaríamos ante una promesa aceptada de contrato. El artículo 2.071 es el que declara el carácter real del contrato al establecer: “*El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sino por escritura pública, y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, o por la*

El nuevo Código Civil de Paraguay, que entró en vigor en enero de 1.987, contempla el contrato de renta vitalicia en el artículo 1.431. El citado precepto configura el contrato como consensual, y permite su constitución a través de la entrega de bienes muebles o inmuebles, si bien, el objeto de la renta sólo puede ser dinero, pues en caso de constituirse en otra especie se pagará en su equivalente en dinero³⁶¹.

El Código Civil de Ecuador lo regula en sus artículos 2.196 a 2.210. En el artículo 2196 se define el contrato: “*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*”. Este cuerpo legal también le otorga carácter real, como se deriva del artículo 2.201, que establece: “*El contrato de renta vitalicia deberá precisamente otorgarse por escritura pública, y no se perfeccionará sino por la entrega del precio*”³⁶².

En Venezuela, el Código Civil regula la renta vitalicia en el capítulo primero del título XVI, en los artículos 1.788 a 1.794. Se ocupa de definirlo el artículo 1.788, que establece: “*La renta vitalicia puede constituirse a título oneroso, mediante una cantidad de dinero u otra cosa mueble, o mediante un inmueble*”. Respecto a su constitución gratuita, el artículo 1.789 establece la posibilidad de constituirlo con tal carácter, pero imponiendo las formalidades establecidas por la Ley para tales casos³⁶³.

Muchos otros Códigos de la órbita Latinoamericana contemplan el contrato de renta vitalicia en terminos similares a los europeos, aunque

tradición de la cosa, en que consistiese el capital”. En el mismo sentido, RINESSI, ANTONIO J., *Contratos*, T. II (Parte especial), mave, Buenos Aires, 2.000, págs. 533 y 534, afirma que el contrato es real porque se perfecciona cuando el constituyente entrega el capital, no antes. Además, con respecto al capital, mantiene que se debe operar la tradición de la cosa, si es mueble o inmueble, o la entrega de la suma de dinero. Por último, y como consecuencia del carácter real del contrato, defiende su unilateralidad.

³⁶¹ En este sentido, ZAGO, JOSÉ ALBERTO, *El contrato...*, *cit.*, págs., 163 y ss.

³⁶² Debe destacarse que el artículo 2.210 del Código niega el carácter aleatorio de la renta vitalicia gratuita, remitiendo su régimen jurídico al de las donaciones o legados. No obstante, permite aplicar las normas del contrato de renta cuando no fueren contradictorias con la gratuidad. El citado precepto prescribe: “*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*”. Información obtenida de la Red de Información Jurídica LEGISLACION ANDINA.Ecuador. Derecho Civil. Código Civil Codificación No. 000. RO/ Sup 104 de 20 de Noviembre de 1970. Consultado en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/1.HTM>, el 21 de junio de 2008.

³⁶³ *Código Civil de Venezuela*, Gaceta Oficial n° 2.990, 26 de julio de 1.982, consultado en <http://www.leyesvenezolanas.com/cc.htm>. Consultado el 21 de junio de 2008.

algunos otros, como el de Bolivia, no contienen precepto alguno que se ocupe de la materia³⁶⁴.

Por último, a modo de curiosidad, cabe destacar que el Código Civil japonés también contempla este contrato, en sus artículos 689 a 694. Aunque en Japón el contrato es prácticamente inexistente, su regulación es muy similar a la de los países europeos, de hecho, entre las concordancias de sus preceptos se citan el Código Civil francés y el español. No obstante, el artículo 691 permite la resolución del contrato cuando el deudor de la renta haga dejación de sus obligaciones. En estos casos el acreedor de la renta podrá reclamar el capital, y deberá devolver las pensiones, aunque puede detraer los intereses del capital³⁶⁵.

5.- DELIMITACIÓN DE OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS

La consabida asimilación histórica del contrato de renta vitalicia al censo, a la compraventa o al mutuo con interés, si el capital se entregaba en dinero, y su innegable similitud con algunas figuras típicas que contempla nuestro ordenamiento jurídico, generan una gran confusión sobre la verdadera naturaleza jurídica de este contrato. Ya se ha visto que la doctrina francesa concebía dos tipos de contrato de renta vitalicia, uno asimilado a la compraventa, si el capital se entregaba en bienes muebles o inmuebles, y otro al mutuo con interés, si el capital se entregaba en dinero. Por otra parte, el Proyecto de Código Civil de 1.881, siguiendo a su precedente francés, contemplaba, también, dos tipos distintos de contrato de renta vitalicia, uno asimilado al préstamo con interés y otro regulado en sede de contratos aleatorios. Además, la gran variedad de formas que puede adoptar la pensión y los innumerables pactos que pueden acompañarla, dan lugar a numerosas hipótesis complejas, y en muchos casos atípicas, que deben deslindarse del verdadero y típico contrato de renta vitalicia regulado por los artículos 1.802 y ss CC La delimitación del contrato de renta vitalicia es fundamental no sólo para determinar su régimen jurídico aplicable, sino para evitar su utilización

³⁶⁴ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 68, hace referencia, en este sentido, al Código de Chile (art. 2.264), Colombia (art. 2.287), Honduras (art. 1.822), que es una reproducción exacta del Español y al Código de Mejiro de 1.928, cuyo artículo 2.774 concuerda casi exactamente con el nuestro. Respecto a aquellos que no contienen disposición ninguna relativa al contrato que nos ocupa, señala los Códigos de Bolivia y Guatemala. Además de algunos de los anteriores, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, págs. 198 y 199, también menciona al Código Uruguayo, cuyo artículo 2.182 contempla un contrato de renta vitalicia de similares características a los europeos. Fuera de la órbita Latinoamericana, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 24 y 25, pone de manifiesto que el Código federal de las obligaciones suizo, del año 1.911, diferencia entre renta vitalicia, a la que denomina “*rente viagère*”, y contrato de alimentos, “*contrato d’entretien viagère*”, con sumo detenimiento.

³⁶⁵ BARBERÁN FRANCISCO y DOMINGO, RAFAEL, *Código Civil Japonés*, edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2.006, págs. 351 y 352.

con fines fraudulentos, pues no debe pasarse por alto que la figura es idónea, en muchas ocasiones, para realizar donaciones inoficiosas³⁶⁶ o en fraude de acreedores.

5.1.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CENSO

La confusión entre el contrato de renta vitalicia y los censos deviene de la propia evolución histórica de la figura³⁶⁷. El contrato de renta vitalicia constituido en dinero se considera, en sus orígenes, análogo al censo consignativo o a la denominada renta constituida, mientras que la renta vitalicia constituida a cambio de un bien inmueble se identifica con el censo reservativo.

Tal es el vínculo que une a ambas instituciones, que las figuras que se consideran el origen del contrato de renta vitalicia en nuestro Derecho son denominadas censos. Es el caso, y sólo en relación con los antecedentes más inmediatos, del censo vitalicio en el Derecho castellano, o del censal y el *violario* en Cataluña. Como ya se ha explicado, tales figuras carecían del carácter real propio de los censos, y algunas de ellas de su necesaria perpetuidad, motivo por el cual el censo vitalicio desaparece en el Código Civil. Sin embargo, incluso el propio Tribunal Supremo considera al censal una especie de censo consignativo con carácter real³⁶⁸.

No obstante, como afirma la RDGRN de 21 de diciembre de 1943, la pretendida analogía del contrato aleatorio de renta vitalicia con estos censos es más aparente que real³⁶⁹. Los censos producen acción real sobre la finca

³⁶⁶ En tal sentido se pronuncia, también, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, T. 8 (arts 1.790 a 1.902), Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 46.

³⁶⁷ Tal confusión se produce principalmente con los censos consignativo y reservativo, que son los más directamente relacionados con su origen histórico. Si bien, antes de que el contrato de renta vitalicia estuviese perfectamente delimitado también se confundía esta relación en ciernes con la enfiteusis. Desde la tipificación de la figura, sin embargo, la confusión con el censo enfiteutico es imposible, pues éste produce la división de la finca en dominio útil y directo. En este mismo sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 200, nota 231.

³⁶⁸ En tal sentido se pronuncia la STS 19 de octubre de 1.908, en cuyos argumentos vuelve a insistir la STS 6 de febrero de 1.915, considerando al censal catalán un auténtico censo consignativo por revestir todas las características y condiciones de éste.

³⁶⁹ RDGRN 21 de diciembre de 1.943, considerando 8º, niega el carácter de censo a un contrato de renta vitalicia que se quería garantizar con una carga sobre el inmueble cedido por los rentistas: “...la pretendida analogía del contrato de renta vitalicia con los censos dentro del Código, es más aparente que real, y así respecto a su naturaleza, el artículo 1.623 determina claramente que los censos producen acción real sobre la finca gravada, y consecuentemente con este principio los arts. 1.659 y 1.664 permiten el abandono del inmueble a favor del censalista cuando se falta al abono de las pensiones, y en cambio en la renta vitalicia no aparecen estas particularidades características de los derechos típicamente reales, aparte de quela perpetuidad, capitalización y redimibilidad de los censos imponen como consecuencia normas jurídicas totalmente alejadas de la constitución de una renta aleatoria”.

gravada, lo que permite el abandono del inmueble a favor del censalista cuando se falta al abono de las pensiones. El contrato de renta vitalicia, por el contrario, sólo genera el derecho a reclamar las pensiones atrasadas y vencidas, y el aseguramiento de las futuras³⁷⁰. Por otra parte, la perpetuidad, capitalización y redimibilidad del censo imponen la necesidad de normas jurídicas totalmente alejadas a las propias de una renta aleatoria³⁷¹.

Las diferencias entre censo y contrato de renta vitalicia son, por tanto, evidentes. Así, y respecto del censo reservativo, aunque el propietario transmite el bien inmueble en dominio pleno a cambio de una pensión periódica de quien recibe el bien, existen claras divergencias. Estas divergencias también son predicables respecto del censo consignativo. En relación con este último, un sector doctrinal considera que las analogías son todavía menores, olvidando, sin duda, la finalidad crediticia que el contrato de renta vitalicia tuvo en sus orígenes³⁷². En la actualidad, una vez superada la necesidad de la “compra de rentas”, las analogías del contrato de renta vitalicia con el censo consignativo son prácticamente nulas, dado su carácter personal. SCAEVOLA radica la diferencia en que en el censo consignativo el dueño del predio lo grava con una pensión, pero no lo transmite en realidad³⁷³. Sin embargo, la comparación debe hacerse con la renta constituida a cambio de un capital en dinero, donde no necesita intervenir predio alguno.

Así, puede afirmarse que la falta de identidad entre el contrato de renta vitalicia y los censos radica: en primer lugar, en que el censo sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles, como expresamente indica el artículo 1.604 CC, mientras la renta vitalicia puede constituirse, también, a cambio de un bien mueble o de un capital, como deja señalado el artículo 1.802 CC³⁷⁴. En los censos, además, el censatario puede redimir el censo entregando el capital; el obligado al pago de la renta vitalicia, salvo pacto en contrario, no puede redimirla³⁷⁵. En otro orden de cosas, la pensión censal se determina de manera conmutativa, atendiendo al valor de la finca enajenada, sin que

³⁷⁰ En este sentido se pronuncia, también, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 776.

³⁷¹ Como afirma ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 776

³⁷² Entiende SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, cit., pág. 191, que las semejanzas del contrato de renta vitalicia con el censo son mayores en el reservativo, precisamente porque en éste se produce transmisión de la propiedad de la finca, mientras en el consignativo no hay transmisión.

³⁷³ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, cit., pág. 191.

³⁷⁴ Señalan esta diferencia, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 396, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 200,

³⁷⁵ Establece la redimibilidad de los censos el artículo 1.608 CC Mencionan esta diferencia entre censo y renta vitalicia: SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, cit., pág. 190, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., págs. 200 y 201.

existan elementos aleatorios³⁷⁶. La renta vitalicia, por el contrario, se determina con la importante influencia de un elemento aleatorio esencial para el contrato, la duración de la vida módulo de la relación³⁷⁷. Muy relacionada con esta característica está la siguiente diferencia entre ambas figuras: el censo es siempre perpetuo, pero el contrato de renta vitalicia se limita a la vida de una o varias personas, aspecto en el que radica su carácter aleatorio y que caracteriza el contrato³⁷⁸.

Por otra parte, como ya se ha visto, el censo produce acción real para el pago de las pensiones³⁷⁹. El contrato de renta vitalicia, sin embargo, da lugar a una mera acción personal para reclamar las pensiones vencidas y no pagadas, sin perjuicio de que éstas puedan estar garantizadas por hipoteca. En el contrato de renta vitalicia, como se verá, la entrega de los bienes o del capital es causa de la existencia de la renta, pero no garantía de su pago efectivo; en el censo la finca queda gravada con la carga de la pensión, que se convierte en la garantía misma de los sucesivos pagos³⁸⁰. De la eficacia real del censo deriva, además, su extinción por la desaparición de la finca censuada, siempre que ésta desaparezca o quede inutilizada por caso fortuito

³⁷⁶ Además, en opinión de NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 2876, la pensión en los censos no es una verdadera pensión, tampoco es un interés en sentido técnico, y es una renta sólo en un sentido muy especial. Por ello, considera que la denominación más correcta para las prestaciones derivadas del censo es la de canon.

³⁷⁷ Indica esta diferencia, también, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 190

³⁷⁸ El artículo 1.608 CC establece el carácter perpetuo del censo. De hecho, como ya se ha mencionado, para muchos autores va a ser la opción del legislador contra la temporalidad de los censos la que provoca la desaparición del censo vitalicio en el Código Civil

³⁷⁹ El artículo 1623 CC establece que los censos producen acción real contra la finca gravada, pero otorga al censalista, además, la posibilidad de ejercitar una acción personal para el pago de las pensiones atrasadas, y de los daños e intereses, cuando hubiere lugar a ello. La doctrina anterior a la etapa codificadora mantiene que las acciones para cobrar las pensiones siempre han de dirigirse contra el poseedor, estando obligado incluso al pago de las pensiones atrasadas, con la posibilidad de repetir contra el vendedor. No obstante, se admite la posibilidad de reclamárselas al anterior poseedor, que como tal las debe. Señala esta doctrina NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 2.881, para quien, según señala en la pág. 2.876, las pensiones derivadas del censo son algo más que un derecho de crédito, puesto que se garantizan con un gravamen sobre un inmueble concreto y determinado. La eficacia real del censo, frente a la meramente personal del contrato de renta vitalicia, es la diferencia fundamental entre ambas figuras, y viene señalada por numerosos autores. Es el caso de SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 190, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 117, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 396, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 200 y 201.

³⁸⁰ Como puntualiza QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 116.

o fuerza mayor³⁸¹. En el caso del contrato de renta vitalicia la pensión sólo cesa por la muerte de la persona sobre cuya vida se constituyó la relación.

En este mismo sentido, la STS de 29 de mayo de 1.957 declara la inexistencia de censo reservativo en un supuesto en el que un padre transmite a su hija una finca, a cambio de una renta vitalicia, con independencia de la suerte que corra la citada finca. El Tribunal Supremo entiende que no existe censo reservativo, porque la transmisión de la finca se realiza sin vincularla al pago de la renta. Quienes quedaban verdaderamente vinculados, de manera personal, eran la hija y, subsidiariamente, su marido, pero su obligación es independiente de la suerte de la finca transmitida³⁸².

Parece claro que la naturaleza personal de la renta vitalicia derivada del contrato, su carácter vitalicio y su esencial aleatoriedad impiden identificar dos figuras que presentaron muchas analogías cuando la renta vitalicia comienza a formarse, pero que divergen claramente en la actualidad. Cuando la renta vitalicia deja de satisfacer las necesidades crediticias de un momento histórico en el que la usura era un pecado, y las razones de la tierra dejan de ser las fundamentales, se evoluciona hacia un mercado de capitales muy diferente al existente y el contrato que nos ocupa evoluciona. El contrato de renta vitalicia trata de satisfacer nuevas finalidades más acordes con las necesidades actuales. Así, su original finalidad crediticia evoluciona hacia fines preventivos y aseguradores, consiguiendo mantenerse en la práctica, mientras el contrato de censo nace ya muerto en nuestro Código Civil.

5.2.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

De nuevo en este supuesto, la confusión que a menudo ha existido entre el contrato de compraventa y el de renta vitalicia no es más que una consecuencia de su natural evolución histórica. Si bien, pese al indudable origen histórico que la asimilación de ambos contratos posee, no cabe duda de que son muchas las afinidades entre ellos.

Es cierto, y así se ha dejado señalado, que la equiparación entre el contrato de renta vitalicia y el de compraventa deviene de la denominada “compra de rentas”, que pretendía esconder el mutuo con interés cuando tal contrato estaba prohibido por las leyes canónicas. Tal equiparación se mantiene en el Derecho francés durante mucho tiempo. De hecho la propia exposición de motivos del *Code*, como en su momento se vio, mantiene que todas las vías de constitución de renta previstas por el artículo 1.968

³⁸¹ Así lo señala el artículo 1.625 CC SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 190, también menciona este dato.

³⁸² Pone de manifiesto esta resolución judicial, también, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 47.

(mediante una suma de dinero, una cosa mueble o una cosa inmueble) son modalidades de compraventa. De manera específica, refiriéndose a las constituidas por una cantidad de dinero, la exposición de motivos justifica su carácter de compraventa en que el dinero es susceptible de ser locado y vendido como todas las otras cosas que están en comercio³⁸³. Esta teoría es discutida por algunos autores, franceses sobre todo, que la consideran propia del Derecho antiguo. Para este importante sector doctrinal, la identidad del contrato de renta vitalicia con la compraventa sólo puede defenderse cuando el capital consiste en bienes muebles o inmuebles, porque si está compuesto por dinero el contrato constituye un mutuo con interés³⁸⁴.

En la identificación tradicional del contrato de compraventa y el de renta vitalicia juega un papel fundamental el objeto del capital entregado, pues si era dinero, el objeto de la compra se identifica con la propia renta vitalicia³⁸⁵. Sin embargo, cuando el capital entregado estaba formado por

³⁸³ PORTALIS, JEAN- ETIENNE- MARIE, “Exposé des motifs...”, *cit.*, pág. 168.

³⁸⁴ LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 241 y 242, considera evidente que la constitución de renta es una venta cuando se establece a cambio de un bien mueble o inmueble. En estos supuestos, según el citado autor, la renta constituye el precio de la venta y la cosa mueble o inmueble se identifica con el objeto vendido. En el mismo sentido, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 102 y 103, afirman que la renta vitalicia constituida mediante la alienación de un bien mueble o inmueble es un contrato consensual, porque la venta tiene tal carácter. Por el contrario, entienden que el contrato es real si la renta vitalicia se estipula a cambio de una suma de dinero, porque el artículo 1.909 del *Code* la asimila al préstamo, y el préstamo es un contrato real. Respecto a aquella opinión que considera a la renta vitalicia constituida a cambio de un capital en dinero como la “venta de una renta”, los autores alegan que esta concepción fue inventada por el antiguo derecho para evitar la prohibición de la tasa de interés, pero que es contraria a la naturaleza de las cosas. En su opinión, la renta vitalicia consiste en una suma de dinero fraccionada y la venta de una suma de dinero por otra suma de dinero es un préstamo. COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental de Derecho civil*, T. IV (Contratos usuales), Traducción por *Revista general de legislación y jurisprudencia*, con notas sobre Derecho civil español por DE BUEN, DEMÓFILO y LORCA, ORTEGA, Reus, Madrid, 1.925, pág. 630, en el mismo sentido, afirman que la renta vitalicia a título oneroso puede constituirse mediante una suma en metálico, en cuyo caso el contrato se acerca mucho al de préstamo y se perfecciona mediante la entrega de la cantidad convenida, o mediante la enajenación de una cosa cierta mueble o inmueble, constituyendo una variedad de venta que se perfecciona por el mero consentimiento.

³⁸⁵ Para POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 122, n° 216, el contrato de constitución de renta vitalicia es una especie de contrato de compraventa en el que se vende una renta vitalicia a cambio de una cierta suma de dinero. TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 216, págs. 386 y 387, y en “Del prestito, del...”, *cit.*, n° 216, pág. 350, comparte esta opinión. Para el autor el contrato de constitución de renta es una verdadera venta en la que la pensión es la cosa vendida. No obstante, debe destacarse que el tratado sobre la renta vitalicia del primer autor versa sólo sobre la constitución de renta vitalicia a cambio de un capital en metálico, y que el segundo afirma que la renta es el objeto de la compraventa cuando la constitución de renta se realiza a cambio de un capital en dinero, porque cuando se constituye a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles éstos son el objeto de la venta, y la renta es el precio. En el

bienes muebles o inmuebles éstos eran el objeto de la compra, y la renta su precio, configurándose la relación como una compraventa a fondo perdido que conserva prácticamente todos los caracteres normales de la venta³⁸⁶.

De la distinción del objeto entregado como capital, y de la negación del carácter de compraventa cuando éste es dinero, deriva la posterior consideración del contrato de renta vitalicia como un mutuo, que, como se ha visto, señala LAURENT³⁸⁷. En este sentido son clarificadoras las opiniones de POTHIER y TROPLONG, pues el primero con anterioridad al propio LAURENT y el segundo posteriormente, otorgan a la renta vitalicia constituida por un capital en dinero los caracteres de realidad y unilateralidad, al igual que a la renta perpetua y al préstamo³⁸⁸.

mismo sentido DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di Diritto civile (secondo i Codice Francese)*, vol. X, 4ª ed. Napoletana, Tipografia delle belle arti, Napoli, 1.855, pág. 43, nº 157.

³⁸⁶ La denominación “a fondo perdido” obedece al hecho de que al tiempo de la muerte del vendedor sus herederos no encuentran capital alguno en lugar del bien enajenado, y tampoco tendrán derecho a la renta, pues suele extinguirse con la muerte del propio vendedor. Así lo señalan, por ejemplo, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 515, también JOSSERAND, LOUIS, *Derecho...*, *cit.*, pág. 347 y en *Cours de...*, *cit.*, pág. 756. Respecto a la configuración del contrato como contrato de compraventa, TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, nº 218, págs. 388 y 389 y en “Del prestito, del...”, *cit.*, nº 218, págs. 350 y 351, considera que sólo hay verdadero contrato de constitución de renta cuando el capital es una cantidad de dinero. De lo contrario, lo que existe es una compraventa a fondo perdido, porque el negocio principal es la compra y la venta de tales bienes muebles o inmuebles. Comparte tal opinión PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 375 y 376, nº 677 y 678. Por el contrario, DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, pág. 43, nº 157, afirma que el contrato de renta vitalicia constituido mediante la entrega de bienes muebles o inmuebles puede considerarse constitución de renta o contrato de compraventa, porque las partes así pueden pactarlo. De hecho, en su opinión, el Código hace predominar la naturaleza y los efectos del contrato de constitución de renta, puesto que no permite la resolución del contrato y la devolución del inmueble por la falta de pago de la renta, mientras sí lo permite en el caso de compraventa

³⁸⁷ LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 241 y 242, ya citado. De la consideración del contrato de renta vitalicia como mutuo, y de las diferencias entre ambas categorías contractuales, se ocupa el epígrafe posterior.

³⁸⁸ POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, págs. 123 y 124, nº 221 y 222. TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, nº 220, págs. 389 y 390, y en “Del prestito, del...”, *cit.*, nº 220, pág. 351, además de otorgarle carácter real la considera una modalidad de renta perpetua, y por tanto asimilada al préstamo, pues el artículo 1.929 del *Code* asimila la renta perpetua al préstamo. Este último autor en la obra citada, nº 220, pág. 351, afirma que el contrato de constitución de renta es siempre real, y que sólo se perfecciona por la entrega del capital. De hecho considera que el contrato en el que una parte se obliga a entregar una suma de dinero en un plazo de seis meses, obligándose la otra parte a constituir una renta vitalicia, es obligatorio pero no es una verdadera constitución de renta. En contra se pronuncian PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 375, nº 677 y DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, pág. 43, nº 157, para quienes la promesa de entregar el capital tras un lapso de tiempo, a cambio de una renta vitalicia, es válida como contrato de constitución de renta. Para el segundo autor esta posibilidad demuestra que el contrato de constitución de renta no es real por su propia naturaleza, como lo son los

Dejando para un momento posterior la delimitación del contrato de renta vitalicia y el de préstamo, se tratará ahora de diferenciar el contrato de renta vitalicia del de compraventa. En primer lugar, conviene aclarar que esta identificación parece ya superada en nuestros días pues, aunque existen ciertas similitudes entre el contrato de renta vitalicia y la compraventa, también son muchas las diferencias. En la actualidad puede predicarse, sin lugar a dudas, la plena sustantividad de la institución que nos ocupa. De hecho aparece tipificada de manera autónoma por nuestro Código Civil, con contornos más o menos netos y precisos, en los artículos 1.802 y siguientes del citado cuerpo legal.

El contrato de renta vitalicia, aun compartiendo estructura y carácter sinalagmático con la compraventa, es un contrato autónomo y perfectamente identificable, por lo que no pueden asimilarse. Ciertamente es, sin embargo, que determinadas normas jurídicas propias de la compraventa pueden aplicarse al contrato de renta vitalicia, como el saneamiento por vicios ocultos o por evicción cuando el capital entregado consiste en bienes muebles o inmuebles, pero esto no las convierte en figuras idénticas³⁸⁹. La posibilidad de aplicar a un negocio jurídico las normas propias de otro puede conllevar analogía, pero no identidad entre ambas figuras³⁹⁰. De hecho, a pesar de que existen similitudes entre ambas instituciones, éstas no eliminan las diferencias que conducen a la autonomía del contrato de renta vitalicia. Tal y como mantiene BUTERA, sostener que la renta vitalicia es una compraventa sólo porque ambas son contratos sinalagmáticos y conllevan transmisión de la propiedad, es como afirmar que el círculo es un triángulo porque ambos están comprendidos en la categoría más general de las figuras geométricas³⁹¹.

La primera nota diferenciadora de ambas figuras es, sin duda, la aleatoriedad propia del contrato que nos ocupa y de la que carece, con carácter general, el contrato de compraventa³⁹². Tal diferencia ya es puesta de manifiesto por PONT. El autor asimila ambos contratos cuando la renta se constituye mediante la entrega de bienes muebles o inmuebles, y considera

contratos de mutuo o de depósito, que no son posibles si no se da la cosa mutuada o depositada en el mismo momento de la constitución. Por su parte, BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, "Des contrats aléatoires...", *cit.*, pág. 103, consideran que tal relación jurídica constituye una promesa de préstamo.

³⁸⁹ Así, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 396. En el derecho italiano BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 22, considera que la doctrina que identifica ambas figuras se apoya en el artículo 1.781 del Codice de 1.865, que sujeta la renta establecida a través de un inmueble a las reglas fijadas para el contrato de compraventa.

³⁹⁰ En este sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 22.

³⁹¹ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 22.

³⁹² De hecho, siendo la compraventa el paradigma del contrato conmutativo, no tiene ningún sentido y, desde luego, nula utilidad, empeñarse en encajar como modalidad de compraventa un contrato aleatorio por definición, como la renta vitalicia.

aplicable la normativa propia del contrato de compraventa a la renta vitalicia, pero excepciona su aplicación cuando aquellas normas son contrarias a la naturaleza aleatoria de la renta vitalicia³⁹³.

En este sentido, es evidente que la propia conmutatividad de la compraventa exige la determinación del precio, bien por las partes, por un tercero o por referencia a una cosa cierta. En el contrato aleatorio de renta vitalicia la esencial aleatoriedad del término final del contrato, que se ignora cuándo se producirá, provoca la indeterminación del número final de pensiones a pagar y, por tanto, el desconocimiento de la cuantía total de las prestaciones, lo que impide su consideración como precio³⁹⁴.

Pero incluso si lográramos salvar el inconveniente del precio cierto, el *alea* del contrato de renta vitalicia impide la asimilación de ambos contratos. Así, DEL MORAL Y LUNA entiende que la certeza de la contraprestación no se verifica de presente, pero que su matemática exactitud devendrá por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes³⁹⁵. En su opinión esto es fundamental, porque la exigencia de precio cierto del artículo 1.445 CC pretende que éste sea seguro y fijo, de la misma manera que pretende que sea segura y fija la cosa objeto del contrato cuando exige que sea determinada. Si comúnmente se admite que basta con que el objeto sea determinable, también bastará que el precio sea especificable en un futuro, siempre que el procedimiento de determinación no exija nuevo convenio entre las partes contratantes. Con estos argumentos salva el autor la exigencia de precio cierto en la compraventa, para asimilar este contrato al de renta vitalicia, entendiendo que se engendra una compraventa conmutativa con un ingrediente aleatorio cuyos efectos inciden sobre el precio de la misma. Tras estas argumentaciones DEL MORAL Y LUNA termina afirmando que: “*el legislador, impresionado por esta sintomática interferencia del alea, dejó que esta específica modalidad del contrato de compraventa se manifestara y confundiera en el polifacético contrato de renta vitalicia*”.

Tal configuración resulta inadmisibles, el contrato de renta vitalicia no puede reducirse a un contrato de compraventa con una sintomática interferencia del *alea* en el precio. El *alea* en el contrato de renta vitalicia afecta a la totalidad del contrato, es su esencia, su elemento caracterizador y estructurador, hasta el punto de que sin ella el contrato es nulo. Por otra parte, la asimilación del contrato de renta vitalicia a la compraventa que pretende el citado autor sólo podría ser viable en aquellos casos en los que el precio sea fijado en dinero y el capital consista en determinados bienes

³⁹³ PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 376, n° 678.

³⁹⁴ Tal es la opinión, también, de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 395. En el mismo sentido, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 23.

³⁹⁵ DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “El contrato de renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 225 y 226.

muebles o inmuebles³⁹⁶. Sin embargo, el contrato de renta vitalicia puede constituirse con un capital en dinero, y las prestaciones en que consiste la renta pueden pactarse en otras cosas fungibles distintas al dinero.

¿Qué hacemos con el contrato de renta vitalicia en el que el capital consiste en una cantidad de dinero? ¿Y con aquel en el que la renta se paga en determinadas cosas fungibles? Existen dos posibles soluciones: Mantener el contrato de renta vitalicia para los supuestos en los que el capital consiste en una cantidad de dinero o la renta se paga en cosas fungibles, o asimilarlos al mutuo y a la permuta respectivamente. Respecto a la primera, poco sentido tiene asimilar el contrato de renta vitalicia constituido a cambio de un bien mueble o inmueble, y cuya renta sea en dinero, al contrato de compraventa, para mantener la figura en el resto de los supuestos³⁹⁷. En relación con la segunda solución, como posteriormente se verá, el contrato de renta vitalicia y el mutuo nada tienen que ver. Por otra parte, al igual que ocurre con la compraventa, la renta vitalicia y la permuta, aunque presentan semejanzas, son contratos diferentes. De hecho el contrato de renta vitalicia y el de permuta, así como el de compraventa, se diferencian en las condiciones, efectos y fines perseguidos³⁹⁸. Todos estos aspectos, en el contrato de renta vitalicia, están fuertemente imbuidos por el *alea* esencial que afecta a la totalidad de la relación, por lo que le resultan inaplicables multitud de normas típicas de la compraventa.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico positivo existe una diferencia fundamental entre ambos contratos, pues el artículo 1.805 CC impide la resolución del contrato de renta vitalicia por falta de pago de las pensiones³⁹⁹. Resulta indudable la aplicabilidad al contrato de compraventa de la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el artículo 1.124 CC para los contratos con obligaciones recíprocas, cuando una de las partes no cumple con su obligación. Sin embargo, el contrato de renta vitalicia no

³⁹⁶ Evidentemente, la asimilación del contrato de renta vitalicia al de compraventa se produce cuando las rentas son en dinero, pues de ser en cualquier otra cosa fungible las similitudes se referirían a la permuta. En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 395.

³⁹⁷ En el mismo sentido, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 66, considera que, teniendo en cuenta que el contrato de renta vitalicia seguiría existiendo para las rentas vitalicias no dinerarias y aquellas constituidas a cambio de un capital, tal asimilación no tiene sentido. Además, en nuestra opinión, la asimilación no tiene sentido porque ambos contratos son diferentes en su esencia y finalidad, aunque similares en su estructura.

³⁹⁸ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 23

³⁹⁹ Indica esta diferencia, también, COSSIO CORRAL, ALFONSO, *Instituciones de Derecho civil*, T. I (parte general, Derecho de obligaciones), Alianza Universidad, Madrid, 1.977, pág. 465, compartida por GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 395 y 396. En el mismo sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 23, señalando la inaplicabilidad al contrato de renta vitalicia de la denominada condición resolutoria tácita y de la acción de rescisión por lesión.

puede resolverse por falta de pago de las pensiones, pues el artículo 1.805 CC lo prohíbe de manera expresa. El citado precepto establece que la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital, ni a volver a entrar en la posesión de la cosa transmitida, como se verá.

Las diferencias entre el contrato de renta vitalicia y el de compraventa pueden mantenerse, incluso, cuando hacemos referencia a la versión aleatoria de este último contrato. En la compraventa de esperanza, refiriéndonos a la *emptio spei* y no a la *emptio rei sperate*, indudablemente existe un elemento aleatorio. Sin embargo, éste es bien distinto al propio del contrato de renta vitalicia. Si en el primero la incertidumbre afecta al objeto del contrato, que no se sabe si llegará a existir, en el contrato de renta vitalicia el *alea* radica en la incierta duración de la vida contemplada, que a su vez determina la prestación de una de las partes⁴⁰⁰.

Cierto es, sin embargo, que en multitud de ocasiones los contratos de compraventa, o los de renta vitalicia, no aparecen con carácter puro, sino mezclando sus elementos, lo que provoca la incertidumbre sobre cuál sea el contrato realmente celebrado. No obstante, este no es motivo para asimilarlos, sino más bien, como sostiene GUILARTE ZAPATERO, para justificar su aproximación⁴⁰¹. La asimilación de ambos contratos, como se ha visto, no es más que una consecuencia de su evolución histórica y de su semejanza estructural.

5.3.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL MUTUO CON INTERÉS

La asimilación del contrato de renta vitalicia al mutuo con interés también es una consecuencia de su evolución histórica. Como ya se dijo, en un momento determinado de su evolución la renta vitalicia es utilizada como mecanismo para obtener crédito y eludir las estrictas normas canónicas que prohibían el mutuo con interés. Esta obtención de crédito, a través de la renta vitalicia, se conseguía otorgándole la estructura, y el propio nombre, de una compraventa en la que el objeto comprado era la renta vitalicia. Cuando tales prohibiciones desaparecen, se observa que la constitución de renta vitalicia a través de un capital no es una verdadera compraventa, sino más bien un mutuo, pues su finalidad era la obtención de crédito.

Tal fue la utilización de esta institución como instrumento de crédito, que el Código Civil de Napoleón, y nuestro Proyecto de Código Civil de 1.851, regularon entre los preceptos dedicados al préstamo con interés la

⁴⁰⁰ Tal y como pone de manifiesto GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 395

⁴⁰¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 395.

renta vitalicia constituida a cambio de un capital en dinero. Sin embargo, una vez permitido el mutuo simple y el mutuo con interés ésta figura deja de tener sentido, y de ser utilizada, pues responden mucho mejor a tales necesidades de crédito los nuevos institutos que aparecen con la codificación.

En la actualidad la autonomía de ambas figuras es indudable, de hecho son muy importantes las diferencias entre las mismas. Dejando al margen el carácter personal del contrato de renta vitalicia, que precisamente por su devenir histórico ha sido puesto en duda en múltiples ocasiones, y su propia finalidad, que en la actualidad nada tiene que ver con la consecución de crédito, son múltiples las diferencias entre ambos contratos.

Así, en el mutuo se entrega una cantidad de dinero con la obligación, para quien la recibe, de devolverla. En el contrato de renta vitalicia, por el contrario, el capital entregado se pierde para siempre, nunca es devuelto al acreedor de la renta y no puede considerársele acreedor del mismo⁴⁰². No existe, por tanto, obligación de devolver el capital recibido, el pago de las pensiones representa la contraprestación del capital y no el abono de sus productos e intereses⁴⁰³. Las rentas del contrato de renta vitalicia no son más que el crédito de los beneficios que deben producirse durante el tiempo que dure la relación⁴⁰⁴. La obligación de renta no se corresponde con los frutos de un capital, es una prestación en sí misma, autónoma e independiente⁴⁰⁵. Por ello, cuando el contrato de renta vitalicia se extingue ningún derecho le queda al acreedor, pues su capital queda absorbido por las rentas que se le van entregando⁴⁰⁶.

En el contrato de renta vitalicia se entrega el capital sin obligación de devolverlo, mientras que en el préstamo se entrega con la obligación de devolver en el plazo convenido una suma igual a la cantidad entregada⁴⁰⁷. De esta manera puede afirmarse que el mutuante es acreedor de un capital mientras el rentista, en la renta vitalicia, lo es de rentas⁴⁰⁸. Estas rentas nada

⁴⁰² Como señala POTHIER, ROBERT JOSEPH, "Traité du contrat...", *cit.*, pág. 137, n° 249.

⁴⁰³ Así lo afirma, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 394.

⁴⁰⁴ En este sentido se pronuncia POTHIER, ROBERT JOSEPH, "Traité du contrat...", *cit.*, pág. 137, n° 249.

⁴⁰⁵ Tal es la opinión, también, de BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 30, para quien la renta funde y confunde aleatoriamente los intereses y una cuota destinada a la restitución progresiva del capital en un término incierto. LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 243, por su parte, entiende que en la renta vitalicia la tasa se calcula de manera que el acreedor reciba al mismo tiempo los intereses y su capital en forma de renta.

⁴⁰⁶ Como pone de manifiesto PONT, PAUL, "Du contrat...", *cit.*, pág. 370.

⁴⁰⁷ Como afirma ANDREOLI, MARCELLO, "La rendita...", *cit.*, pág. 9.

⁴⁰⁸ Para LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 243, la renta vitalicia da un decho vitalicio a frutos, mientras el mutuo otorga un crédito de capital.

tienen que ver con los intereses de un préstamo, pues en lugar de ser el precio del uso del capital son el equivalente del capital enajenado para siempre, que nunca volverá al patrimonio de su antiguo propietario⁴⁰⁹. De hecho, salvo pacto en contrario, el acreedor de la renta vitalicia no puede reclamar la devolución del capital entregado, ni el deudor de la renta liberarse de la obligación de pago devolviéndolo⁴¹⁰.

Por otra parte, el derecho a las rentas desaparece con la muerte de la persona sobre cuya vida se estipuló, aspecto en el que reside su aleatoriedad y la indeterminación de su resultado. El *quantum* de la prestación del deudor, en el contrato de renta vitalicia, es incierto, pues depende de la duración de la vida contemplada. El contrato de préstamo, por el contrario, es un contrato meramente conmutativo, cuyo resultado es conocido por las partes de antemano, tanto con relación al capital como con relación a los intereses⁴¹¹. Además, mientras en el préstamo el interés debe guardar cierta proporcionalidad con el capital recibido, en la renta vitalicia la tasa de interés se estipula atendiendo a un cálculo de probabilidades completamente distinto⁴¹².

Es evidente, por tanto, que ninguna analogía, no ya identidad, existe entre ambas instituciones. Se trata de figuras estructural y funcionalmente diversas sin que sea posible, a diferencia de lo que veíamos con la compraventa, extender la normativa propia del mutuo al contrato de renta vitalicia. La controversia existente en la materia, sobre todo en el Derecho Francés, sólo se explica considerando que los interpretes franceses estaban vinculados por el artículo 1.909 del *Code*, que influenciado por el Derecho histórico introduce una ilógica equiparación entre dos institutos tan diferentes como el mutuo y el contrato de renta vitalicia⁴¹³. Afortunadamente, y a pesar de que tal previsión también fue contemplada por el Proyecto de Código Civil de 1.881, nuestro legislador no introduce tal equiparación en el vigente Código Civil, por lo que esta discusión resulta estéril en nuestro Derecho, salvo para entender numerosas confusiones a las que tal equiparación ha llevado, también, a nuestra doctrina.

⁴⁰⁹ Ya dejaba constancia de ello, PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 369.

⁴¹⁰ Así lo señalan, también, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 143, y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 116.

⁴¹¹ Como pone de manifiesto BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 29, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 143.

⁴¹² Tal es la acertada opinión de SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 190.

⁴¹³ En el mismo sentido ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 9.

5.4.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VIDA

5.4.1.- Introducción

Al margen de las confusiones que el devenir histórico de la renta vitalicia genera, ésta presenta verdaderas afinidades con otras instituciones de nueva creación. Tal es el caso del seguro sobre la vida, definido como aquel en el que el capital o la renta que el asegurador se obliga a pagar y el premio que recibe del tomador son calculados sobre la duración de la vida humana⁴¹⁴. En este tipo de seguros, al igual que en el contrato de renta vitalicia, el riesgo asumido por el asegurador radica, precisamente, en la incierta duración de la vida humana, bien sea por la supervivencia o por la muerte del asegurado⁴¹⁵. Los seguros sobre la vida se califican como seguros de personas, en tanto constituyen seguros de sumas no sometidos al principio indemnizatorio propio de los seguros de daños, en los que el asegurador debe pagar la suma pactada en la póliza sin que ésta tenga que venir referida a daño alguno, característica que de nuevo lo acerca a la figura que nos ocupa⁴¹⁶.

Dentro de los seguros sobre la vida pueden distinguirse, a grandes rasgos, tres modalidades distintas: los seguros para el caso de muerte, en los que el asegurador se obliga a pagar el capital o la renta una vez se produce la muerte del asegurado; los seguros de supervivencia, en los que el asegurador paga el capital o la renta cuando el asegurado cumple una determinada edad, o si vive en una determinada fecha⁴¹⁷; y los seguros mixtos, que como su

⁴¹⁴ Tal es la definición dada por VIVANTE, CESARE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. III- I (contratti), Fratelli Bocca Editori, Torino, 1.899, pág. 439. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Contratación mercantil*, vol. III (transporte, seguro y otros contratos), Tirant lo blanch tratados, Valencia, 2.003, pág. 1.774, lo define como aquel en el que el asegurador, a cambio de una prima única o periódica, se obliga a satisfacer al asegurado o al beneficiario un capital o una renta cuando se produzca un evento relativo a la duración de la vida humana.

⁴¹⁵ En el sentido de considerar que el riesgo asumido por el asegurador en este tipo de contratos es la incierta duración de la vida humana se pronuncia, también, GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Contratación...*, *cit.*, pág. 1.774.

⁴¹⁶ Como afirma, DEL CAÑO ESCUDERO, FERNANDO, *Derecho español de seguros*, T.II (parte especial), 3ª ed., Imprenta Saez, Madrid, 1.983, pág. 377 y GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Contratación...*, *cit.*, pág. 1.774.

⁴¹⁷ ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 59, entiende comprendidos en el grupo de los seguros para el caso de vida, todos aquellos contratos en los que la obligación de la empresa se vuelve más onerosa cuanto mayor sea la longevidad del asegurado. En su opinión, el ramo principal de este grupo son los contratos de renta vitalicia en los que, por analogía al tipo civil, la empresa aseguradora se obliga a pagar, como prestación correspondiente a la prima, una renta vitalicia al acreedor. De hecho, citando la opinión de VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 444, afirma que a este tipo de contratos, estipulados por una aseguradora, deberían aplicarse las reglas propias del seguro, modificándose la disciplina que tienen en el derecho común cuando no sea posible

propio nombre indica son una combinación de ambos, asegurándose el riesgo de muerte hasta llegar a una determinada edad y el de supervivencia a partir de esa misma edad⁴¹⁸.

Las similitudes del contrato de renta vitalicia con el de seguro no se presentan en todas y cada una de sus modalidades. El seguro con el que mayor identidad guarda el contrato de renta vitalicia es el seguro de supervivencia, sobre todo en aquellas ocasiones en las que la contraprestación del asegurador consiste en una renta, que dadas las estipulaciones del contrato es, también, vitalicia. Sin embargo, es indudable que en el resto de contratos de seguro en los que se genera una obligación de renta vitalicia se crea una combinación de elementos propios del seguro de vida y del contrato de renta vitalicia, que dará lugar a un contrato de seguro al que, sin duda, le serán aplicables muchas de las normas contenidas en los artículos 1.802 y ss. CC⁴¹⁹.

En tales supuestos el contrato de seguro no es más que una de las fuentes generadoras de rentas vitalicias existentes en nuestro ordenamiento jurídico, rentas vitalicias a las que se aplicarán las normas propias del contrato de renta vitalicia en todo aquello que no esté específicamente regulado y no le sea incompatible. No obstante, el objeto principal de este epígrafe será deslindar el contrato de renta vitalicia de aquellos contratos de seguro de supervivencia a prima única que dan lugar a una obligación de renta vitalicia inmediata por parte del asegurador, dada la práctica identidad de esta figura con el contrato de renta vitalicia⁴²⁰.

conciliarla con las reglas generales. CARBONELL PUIG, JORDI, *Los contratos de seguro de vida*, Bosch, Barcelona, 1.994, págs. 118 y ss., considera existentes tres grandes familias de seguros de vida: los de riesgo, los de ahorro y los mixtos. Entre los primeros introduce los seguros de vida para el caso de fallecimiento, o los de incapacitación para el trabajo. Respecto a los seguros de ahorro, recuerda que también se han denominado seguros de renta o de capital diferido, e incluye entre los mismos a los constituidos con la finalidad de ahorro a medio plazo, siendo beneficiario el tomador o el designado expresamente, y a los formalizados con la finalidad de constituir un capital o una renta para el momento de la jubilación.

⁴¹⁸ Recogen esta clasificación, entre otros muchísimos autores, PÉREZ TORRES, JOSÉ LUÍS, *Tratado general de seguros, teoría y práctica de los seguros privados*, T.II (seguros de personas), Consejo general de agentes y corredores de seguros de España, Barcelona, 1.986, págs. 35 y 36, y GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Contratación...*, *cit.*, págs. 1.774 y 1.775.

⁴¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 191.

⁴²⁰ Aunque éste será el modelo que tomemos como referencia, ni siquiera sería necesario que el pago de la renta vitalicia se produzca de manera inmediata tras la formalización del contrato de seguro, pues nada impide que las partes del contrato de renta vitalicia pacten que el pago de la renta se produzca tras un determinado lapso de tiempo.

5.4.2.- Las diferencias tradicionalmente señaladas por la doctrina

Las diferencias que tradicionalmente se han señalado entre ambos contratos resultan de comparar el contrato de renta vitalicia con una modalidad de seguro sobre la vida, en la que el asegurador se obliga a pagar al asegurado una renta vitalicia si alcanza una determinada edad, y mientras viva, a cambio de que éste pague toda una serie de primas periódicas o una prima única.

En relación con tal tipo contractual es moderadamente sencillo señalar ciertas diferencias, aunque sólo sean estructurales. En este sentido, y a pesar de que indudablemente ambos contratos presentan la esencial nota de la aleatoriedad y del resultado incierto para ambas partes contratantes, se resalta que en el contrato de seguro la entrega de capital no suele realizarse de una vez al comienzo de la relación, sino a través de distintas primas⁴²¹. La réplica a esta diferencia, al menos en nuestros días, es sencilla: nada impide a las partes pactar que el pago de la prima se realice de una sola vez al comienzo de la relación, pues no sólo ningún precepto de la Ley de contrato de seguro lo impide, sino que expresamente prevé tal posibilidad su artículo 14⁴²². De hecho, lo cierto es que cada vez son más los contratos de seguro celebrados a prima única.

La segunda de las diferencias que más se alega cuando se trata de deslindar dos figuras tan imbricadas como las que nos ocupan, es la facultad de rescate que con carácter general, para todos los seguros de vida, prevé la Ley de contrato de seguro en su artículo 96⁴²³. Ciertamente, la facultad de rescate resulta completamente desconocida en el contrato de renta vitalicia, sin embargo, el artículo 98 de la LCS excepciona la posibilidad de rescate cuando el seguro de vida lo es de supervivencia, eso sí, salvo que las partes pacten lo contrario.

También se han señalado diferencias en relación con el elemento aleatorio que concurre en el contrato de seguro sobre la vida. Así, en el concreto tipo contractual que nos sirve de muestra: el contrato de seguro de supervivencia con pago aplazado en el que la renta vitalicia sólo comienza a

⁴²¹ Ponen de manifiesto esta diferencia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 399, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 201, y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 46.

⁴²² El Artículo 14 de la Ley de contrato de seguro prevé: “El tomador del seguro está obligado al pago de la prima en las condiciones estipuladas en la póliza. Si se han pactado primas periódicas...” Parece claro que las partes podrán pactar el pago de la prima en las condiciones que estimen más conveniente, y que el pago de primas periódicas es sólo una posibilidad.

⁴²³ Tal es el caso de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 399, y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 46.

pagarse cuando el asegurado cumple un determinado número de años o llega una fecha fijada en el contrato, el *alea* funciona de manera diferente. En el contrato de renta vitalicia el *alea* sólo afecta al término final, al número de cuotas que recibirá el rentista y al momento en el que finaliza la relación. En esta concreta forma de seguro de supervivencia, por el contrario, el *alea* afecta también al término inicial, pues el asegurado tiene que alcanzar una determinada edad, o vivir en una determinada fecha, para que pueda comenzar a cobrar la renta vitalicia. Por ello, no puede negarse que en este concreto tipo de seguro la aleatoriedad afecta tanto al término inicial como al final⁴²⁴.

Estas diferencias estructurales han sido calificadas de esenciales por muchos autores que han tratado de deslindarlos⁴²⁵. Sin embargo, como se ha señalado, muchas de ellas sólo pueden predicarse de un concreto tipo de contrato de seguro de supervivencia, y desaparecen cuando nos planteamos la posibilidad de contratar un seguro de vida a prima única a cambio de una renta vitalicia de pago inmediato.

5.4.3.- Las innegables analogías entre ambos contratos en la actualidad

En los últimos años se ha producido una grandísima diversificación del mercado del seguro, ofreciéndose contratos de seguro cuya estructura es igual a la del contrato de renta vitalicia. Tal es el caso de una póliza de seguros de reciente creación en la que el asegurado, que suele ser de edad avanzada, entrega un inmueble de su propiedad a cambio de una renta vitalicia inmediata⁴²⁶. En este tipo de supuestos, en los que la prima es única y se pacta que el comienzo del pago de las rentas sea inmediato, en realidad, nos encontramos con un contrato estructuralmente idéntico al contemplado en los artículos 1.802 y ss del Código Civil.

Aunque en principio pudiera parecer que las diferencias entre ambos contratos se encuentran en su distinta función social, lo cierto es que en la actualidad, cuando la finalidad crediticia de la renta vitalicia ya no tiene sentido, ni siquiera puede hablarse de una verdadera divergencia de función

⁴²⁴ Señalan este dato COSSIO CORRAL, ALFONSO, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 467 y 468, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 399, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 202, y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, págs. 46 y 47.

⁴²⁵ Es el caso de VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 143, quien considera que seguro y contrato de renta vitalicia presentan notables diferencias estructurales, también BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 201, nota 236.

⁴²⁶ Hace referencia a esta reciente fórmula de seguro ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 21, quien, además, señala las distintas variaciones que se pueden realizar sobre el arquetipo característico del seguro de renta vitalicia, pactando una prima única, primas periódicas, rentas fijas, rentas variables, rentas de pago inmediato o diferidas...

social entre ambas figuras⁴²⁷. El contrato de seguro de supervivencia y el de renta vitalicia cubren las necesidades existentes en un momento de la vida en el que los ingresos son menores mientras no siempre lo son los gastos, pues la enfermedad y el deterioro del cuerpo humano pueden requerir una asistencia específica por la que casi siempre hay que pagar.

Para TORRENTE la distinta normativa de ambas figuras no puede adscribirse a un orden racional o interno, sino a causas extrínsecas, a su evolución histórica⁴²⁸. Así, en su opinión, debe tenerse en cuenta que el contrato de renta vitalicia tiene un largo desarrollo histórico, y que cuando abandona la finalidad crediticia por la previsora o asegurativa existía una concepción del riesgo y de la previsión hoy superada. El contrato de seguro, sin embargo, se introduce en la economía moderna y busca a los pequeños ahorradores⁴²⁹.

⁴²⁷ Comparte esta opinión TORRENTE, ANDREA, “Rendita vitalicia”, *Comentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA, ANTONIO y BRANCA, GIUSEPPE, libro IV (Delle obbligazioni), arts. 1.861-1.952, 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna Roma, 1.959, pág. 82.

⁴²⁸ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 82. En este sentido cabe destacar, también, la opinión de PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 370, nº 669. El autor, sin referirse al contrato de seguro, con ocasión de diferenciar la renta vitalicia y la apuesta atendiendo a la finalidad propia de cada uno de estos contratos, mantiene que el contrato de renta vitalicia siempre ha tenido la finalidad de asegurar el porvenir del acreedor. Posteriormente, en el nº 705, pág. 393, diferenciando contrato de seguro y de renta vitalicia, afirma que en el contrato de renta vitalicia la vida de la persona es la causa determinante del contrato para las partes, mientras que el contrato de seguro tiene por finalidad garantizar todos los riesgos. Desde su punto de vista esta es la razón por la que el contrato de renta vitalicia es nulo cuando se constituye sobre una persona muerta, aunque este hecho sea desconocido por las partes, que la causa determinante del contrato es la vida de la persona. Sin embargo, el contrato de seguro tiene en cuenta el riesgo putativo porque el contrato pretende asegurar todos los siniestros, sean pasados o futuros, cuando no existe mala fe en los contratantes. Esta diferencia entre ambos contratos es señalada también por POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, págs. 365 y 366, nº 261, que es en quien se basa PONT para enunciarla.

⁴²⁹ Debe destacarse que en sus orígenes el contrato de seguro también ha sido asimilado a figuras con las que se ha confundido la renta vitalicia. Así, tal y como exponen PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., MARRERO XENES, MINERVA y RODRÍGUEZ SERRANO, KENDRA, “De la designación de beneficiario en los seguros de vida”, *Revista de Derecho Privado*, nº 2, febrero, 2.002, pág. 107, el contrato de seguro, exactamente igual que el contrato que nos ocupa, se ha asimilado al contrato de apuesta. La razón radica en que en ambos contratos la función económico-social desplegada se encuentra en el respectivo enriquecimiento o empobrecimiento de las partes, dependiente de un evento incierto. No obstante, terminan diferenciándose por su distinta finalidad: el contrato de seguro está presidido por el espíritu de previsión y ahorro, mientras en la apuesta prima el ánimo lucrativo que la preside. Tal distinción la señala, también, PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 370, nº 669. OSORIO Y GALLARDO, ANGEL, “El seguro de vida y las normas ordinarias de Derecho civil” (Discurso de apertura del curso 1.929-1.930, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 67, julio, 1.930, pág. 537, nos indica que algunos consideraban al contrato de seguro como un

Tal es la similitud entre ambas instituciones, cuando el contrato generador de una renta vitalicia es un seguro de supervivencia formalizado por una compañía de seguros que se obliga a pagar una prestación periódica en vez de un capital, que algún autor ha llegado a identificarlos⁴³⁰. En este sentido, son esclarecedoras las opiniones de VIVANTE, para quien “*el contrato de seguro sobre la vida en el que la compañía de seguros se obliga a pagar una renta vitalicia no deja de ser un contrato de seguro, por su naturaleza técnica y jurídica, puesto que en este contrato existen especulaciones sobre la vida, las prestaciones también son calculadas mediante una tabla de mortalidad y una medida de los intereses y el dinero entregado pasa a formar parte de un fondo del cual se sacan las sumas debidas al beneficiario del contrato*”⁴³¹. La identidad es tal, destaca el autor, que las compañías utilizan las mismas pólizas para el contrato de renta vitalicia que para el seguro sobre la vida. Por ello, en su opinión, una coordinación más racional de los códigos debería llevar a que el contrato de renta vitalicia figurase entre las distintas especies de seguro⁴³². Otros autores, por el contrario, afirman que en estos supuestos no puede hablarse de contrato de seguro, sino de un auténtico contrato de renta vitalicia que debe someterse a sus propias normas, con independencia de la denominación que le hayan dado las partes⁴³³. ¿Son realmente diferentes estos contratos? Y si no lo son, ¿constituyen auténtico contrato de seguro o de renta vitalicia?

contrato de préstamo en el que el prestamista era el asegurado, de la misma forma que ocurrió con el contrato de renta vitalicia.

⁴³⁰ Es el caso de VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 443, quien cita dos sentencias de la corte de casación de Firenze en las que se considera vano el intento de sostener diverso el seguro sobre la vida humana y la constitución de una renta vitalicia, pues la material y extrínseca diversidad en la forma de pago de los dos contratos no puede conducir a efectos distintos (Sentencias de 28/12/1.882 y 1/3/1.883). Comparte esta opinión, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 57, para quien este hecho en absoluto disminuye la importancia del contrato de renta vitalicia. De la misma manera, y citando a VIVANTE, ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 59, afirma que a estos contratos de renta vitalicia deben aplicárseles las normas del contrato de seguro sobre la vida. ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 775, con cita de la Ley de contrato de seguro de 30 de mayo de 1.908, afirma que el contrato de renta vitalicia puede ser un contrato de seguro cuando la renta vitalicia se promete a cambio de una remuneración que se calcula según el riesgo medio que se asume. Si bien, en Alemania las dos figuras se unifican y el contrato de renta vitalicia constituye una rama más del seguro. Este dato es fundamental, pues en las anotaciones de PEREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, pág. 779, ya no se hace tal afirmación, sino que la obligación de renta vitalicia puede tener su origen en un contrato de seguro, lo cual es indudablemente cierto sin que implique la identificación de ambas figuras.

⁴³¹ VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 443.

⁴³² En confirmación de estas opiniones TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 82, cita el ejemplo alemán, pues en Alemania ambas figuras se han unificado y el contrato de renta vitalicia no es más que una rama de la empresa aseguradora.

⁴³³ Es el caso de BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 201, nota 235, para quien estas pólizas son auténticos contratos de renta vitalicia, o ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 21. En una postura similar, pero a su vez

5.4.4.- El carácter industrializado del riesgo en el contrato de seguro y su influencia en el *alea* contractual

En un intento por diferenciar ambos contratos se señala el carácter industrializado del riesgo propio del contrato de seguro, que permite a las compañías aseguradoras lucrarse a través de la realización de grandes masas de contratos⁴³⁴. Esta industrialización, a diferencia de lo que en ocasiones se ha mantenido, no elimina el *alea* del contrato de seguro y no puede servirnos para diferenciarlos, pues la incerteza del resultado económico debe considerarse en referencia a cada singular contrato y no a la totalidad de todos los realizados. El lucro cierto de las aseguradoras viene determinado por un elemento extrínseco a la relación jurídica: el número de riesgos asumidos y su propia valoración matemática. La pluralidad de riesgos adoptados por las Compañías de seguros se presta, a través de las leyes de los grandes números, a un cálculo matemático. Sin embargo, el riesgo individual sólo puede ser objeto de una valoración subjetiva, y se mantiene inmutable⁴³⁵. Por este motivo puede afirmarse la subsistencia del *alea* en el contrato de renta vitalicia y en el de seguro.

En relación con el *alea*, no con su existencia sino con su valoración, se ha señalado otra posible diferencia entre el contrato de seguro y el de renta vitalicia. TORRENTE indica que en el contrato de renta vitalicia no existe el deber de declarar todas las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo de acuerdo con un cuestionario elaborado por el otro contratante⁴³⁶. Tal deber existe en el contrato de seguro, y asume una importancia fundamental en la eficacia del contrato⁴³⁷.

diferente, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 190, afirma que “una cosa es la calificación de la renta vitalicia como seguro y otra muy diferente que el contrato de seguro pueda ser fuente generadora de una situación de renta vitalicia”. La postura es indudablemente acertada, y coincide con la manifestación ya realizada en relación con aquellos contratos de seguro de vida en los que la prestación del asegurador consista en una renta vitalicia. En estos casos el contrato de seguro es fuente de una situación de renta vitalicia, sin embargo, ahora nos preguntamos si hay identidad entre algunos supuestos de contrato de seguro sobre la vida y el contrato de renta vitalicia.

⁴³⁴ Así lo apunta TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 81 y 82.

⁴³⁵ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 82, mantiene estos argumentos para defender la subsistencia del riesgo en los contratos de seguro realizados en masa por las compañías aseguradoras.

⁴³⁶ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 86.

⁴³⁷ De hecho viene específicamente previsto en el artículo 10 de la Ley de contrato de seguro, y otorga al asegurador la posibilidad de “rescindir” el contrato cuando el tomador del seguro haya incumplido su deber de declarar verazmente las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. Cuando el siniestro sobrevenga antes de que el asegurador haya procedido a la supuesta rescisión podrá disminuir su prestación proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se habría pactado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. En realidad, tal y como acertadamente

Ciertamente no es habitual que en el contrato de renta vitalicia el deudor de la renta someta a la “vida contemplada” a un examen médico o a un cuestionario de riesgos, aunque nada impide que las partes así lo pacten. Sin embargo, las compañías de seguro tampoco someten al asegurado a estos cuestionarios cuando el contrato que formalizan es el de seguro de supervivencia. Tal exigencia, a pesar de que la Ley de contrato de seguro la establece en el Título I, correspondiente a las “Disposiciones Generales”, no es exigible en los seguros pagaderos en caso de vida. En los seguros de supervivencia, al tratarse de un seguro para el caso de vida, la salud del asegurado es en principio indiferente para el asegurador, pues los propios asegurados realizan espontáneamente su propia autoselección y solamente escogen esta combinación quienes esperan vivir un largo tiempo. Por ello no suele someterseles a reconocimiento médico, porque si su estado de salud no es el óptimo no se producirá una agravación del riesgo para la aseguradora, sino todo lo contrario, una atenuación del riesgo que de buen grado aceptará⁴³⁸.

La diferencia entre ambas figuras no radica en la inexistencia de *alea*, en su diferente valoración o en la distinta función social, sino en una diferente naturaleza y normativa derivada del carácter industrializado de la actividad aseguradora, perfectamente adaptada a la sociedad moderna en la que nace y que implica el carácter siempre oneroso del contrato de seguro⁴³⁹.

5.4.5.- El carácter mercantil del contrato de seguro y su configuración como contrato de adhesión

El elemento más importante del seguro, la verdadera entraña de sus garantías y fuerza, radica en el cumplimiento de las leyes de proporciones de mortalidad. Como esta ley sólo se da en las grandes masas sólo podremos confiar en la solvencia del asegurador cuando éste no sea un simple particular, sino una aseguradora con la entidad necesaria para realizar una cantidad suficiente de contratos⁴⁴⁰. La necesidad de disponer de importantes

señala MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, dirigidos por VERDERA Y TUELLS, EVELIO, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1.982, pág. 193, aunque la ley otorga al asegurador la facultad de “rescindir “el contrato debería hablar de posibilidad de resolverlo.

⁴³⁸ En el mismo sentido se pronuncian PÉREZ TORRES, JOSÉ LUÍS, *Tratado general...*, *cit.*, pág. 34, y BLANCO GIRALDO, FERNANDO LUÍS, “Los contratos de seguro de vida a prima única”, en *Revista General de Derecho*, sección de Derecho de seguros, marzo, 1.989, pág. 1.357.

⁴³⁹ Precisamente el carácter siempre oneroso del seguro se ha señalado como otra de las diferencias entre esta figura y el contrato de renta vitalicia por, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 29, y DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.105.

⁴⁴⁰ Así lo apunta OSORIO Y GALLARDO, ANGEL, “El seguro de vida...”, *cit.*, pág. 531.

recursos, y fundamentalmente la necesidad de una organización de los numerosos factores del seguro: actuariales, técnicos, jurídicos, médicos... exclusivamente puede satisfacerse mediante la empresa, por lo que el contrato de seguro es un contrato de empresa, que es precisamente lo que le atribuye mercantilidad⁴⁴¹.

Ésta sí es una diferencia fundamental entre ambos tipos contractuales⁴⁴². La actividad aseguradora está reservada por la ley a ciertas entidades dedicadas profesionalmente a ella⁴⁴³. Además, el seguro siempre tiene carácter oneroso, en virtud de la definición dada por el artículo 1 de la Ley de contrato de seguro⁴⁴⁴. No ocurre lo mismo con el contrato de renta vitalicia, pues puede realizarse por personas jurídicas y meros particulares con carácter oneroso o gratuito, dado que nada establece el Código Civil sobre quienes pueden realizarlo y expresamente prevé la posibilidad de concluirlo con carácter gratuito.

⁴⁴¹ Tal es la opinión de DÍAZ BRAVO, ARTURO, *Contratos mercantiles*, Textos Jurídicos Universitarios, Harper & Row Latinoamérica, México, 1.983, págs. 113 y 114. En este mismo sentido la mayor parte de la doctrina, tras la Ley de contrato de seguro, se inclina a considerar mercantil el contrato de seguro, dada condición de comerciante del asegurador. No obstante existen excepciones, como deja constatado LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho Civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito), 2ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, Dykinson, Madrid, 2.002, pág. 309. En el mismo sentido se pronuncia en la 3ª edición de la obra, del año 2.005, en la pág. 305.

⁴⁴² VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, cit., pág. 440 y CARBONELL PUIG, JORDI, *Los contratos de...*, cit., págs. 123 y 127, consideran la empresa de seguros como un elemento determinante del contrato de seguro, lo que nos puede servir para diferenciarlo de la renta vitalicia. Sin embargo, que todos los contratos de seguro sean formalizados por aseguradoras no implica que todos los contratos celebrados por una aseguradora deban considerarse seguros. De hecho, puesto que el régimen jurídico del contrato de renta vitalicia no establece nada en relación con los sujetos intervinientes, nada impide que pueda ser formalizado por una aseguradora. Ello no implica que el contrato de renta vitalicia se convierta en un seguro, pues en él la intervención de la aseguradora es accidental, mientras en el seguro es esencial.

⁴⁴³ El artículo 7 de la Ley de ordenación del seguro privado (Ley 33/84 de 2 de agosto) establece que *“la actividad aseguradora únicamente podrá ser ejercida por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, sociedad mutua a prima fija, sociedad mutua a prima variable, montepío o mutualidad de previsión social, sociedad cooperativa y por las delegaciones previstas en el art. 12. También podrán realizar la actividad aseguradora los Organismos autónomos y las entidades que adopten cualquiera de las formas jurídicas antes mencionadas, en las que la participación de las Administraciones Públicas o sus organismos sea mayoritaria, directa o indirectamente.”*

⁴⁴⁴ La Ley 50/80 de Contrato de seguro de 8 de octubre define el contrato de seguro, en su artículo 1, como *“...aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”*.

Por otra parte, el contrato de seguro es un contrato de adhesión⁴⁴⁵. En él la libertad contractual y la igualdad jurídica quiebran, pues las pólizas obedecen a determinados modelos que prácticamente no pueden modificarse por el tomador, que se encuentra en una posición mucho más débil que la compañía aseguradora. El seguro es, por tanto, un acto en masa realizado por profesionales, mientras el contrato de renta vitalicia regulado en los artículos 1.802 y ss. CC no suele tener estas características⁴⁴⁶. Precisamente por este carácter del contrato de seguro la Ley de contrato de seguro tiene como idea directriz la protección del asegurado, que es la parte más débil del contrato⁴⁴⁷.

Son precisamente estas dos características: que el contrato de seguro tenga que ser formalizado por una aseguradora y que sea un contrato de adhesión, al margen de la distinta normativa que los regula, lo que nos permite diferenciar el contrato de seguro de supervivencia y el de renta vitalicia.

Las diferencias normativas de ambos contratos

A diferencia de lo que en principio pueda parecer, las diferencias normativas entre los seguros de supervivencia y el contrato de renta vitalicia no son tan acusadas. De hecho, como se vio, el derecho de rescate y reducción de la póliza, así como la posibilidad de solicitar anticipos, están excluidos en los seguros de sobrevivencia, salvo que expresamente se pacte lo contrario⁴⁴⁸. La razón es evidente, la posible antiselección del seguro por parte del asegurado, que podría reclamar el rescate cuando por cualquier circunstancia presumiese que va a fallecer. Esta diferencia, quizá la más importante entre ambas figuras y la que tradicionalmente se ha señalado como diferenciadora de las mismas, en la actualidad queda reducida al pacto entre las partes.

⁴⁴⁵ También lo considera un contrato de adhesión, DÍAZ BRAVO, ARTURO, *Contratos...*, cit., pág. 120.

⁴⁴⁶ Comparte la opinión de que el contrato de seguro es un acto en masa, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 307.

⁴⁴⁷ Esta intención de proteger al asegurado se ve claramente en los artículos 2 y 3 de la ley, que respectivamente establecen: artículo 2: “*Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*”. Y el artículo 3 “*Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito...*”.

⁴⁴⁸ Así lo establece el artículo 98 de la Ley de contrato de seguro, y lo confirman numerosos autores como GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, *Contratación...*, cit., pág. 1.801.

Respecto a otras diferencias normativas importantes, debemos señalar la prerrogativa que el artículo 87 de la Ley de contrato de seguro concede al tomador del seguro. Este precepto permite al tomador revocar a la persona señalada como beneficiario, salvo que se haya pactado lo contrario. Los artículos 1.802 y ss. del Código Civil nada dicen al respecto, y si bien es cierto que tradicionalmente se aplica la normativa establecida en el artículo 1.257 del Código Civil para los contratos con estipulaciones a favor de tercero, con lo que la designación del tercero no podrá ser revocada una vez aceptada, no existe motivo alguno para que las partes puedan pactar lo contrario. Incluso, podría defenderse la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 87 de la Ley de contrato de seguro si se considera más adecuada a la naturaleza del negocio⁴⁴⁹. Tal aplicación analógica no sólo no es descabellada, sino que puede resultar conveniente si tenemos en cuenta que el artículo 1.257 CC exclusivamente regula los contratos *con estipulaciones* a favor de tercero y de manera muy escueta⁴⁵⁰.

Cabe señalar, también, que las compañías aseguradoras suelen pagar las rentas en plazos vencidos, subordinando el pago a la condición de que el asegurado viva a su vencimiento. El artículo 1.806 CC establece que la renta se pagará en proporción a los días vividos por la “vida contemplada”, salvo que se hubiese pactado el pago por plazos anticipados, en cuyo caso se pagará la totalidad de la renta⁴⁵¹. VIVANTE considera el pacto propio del seguro conforme a los intereses del asegurado y de la aseguradora, pues sólo tiene en cuenta aquellos supuestos en los que el asegurado es el beneficiario del seguro y su intención es beneficiarse a sí mismo, no a sus herederos⁴⁵². Obviamente es beneficioso para la compañía de seguros, puesto que sus gastos son menores y podrá ofrecer rentas mayores pagando las mismas primas, ahorrándose examinar los derechos de los herederos. Sin embargo, el autor olvida la posibilidad de que el beneficiario de la renta no sea el asegurado, sino un tercero, en cuyo caso el asegurado habría querido beneficiarle por todos los días que él haya vivido. No obstante, y puesto que la Ley de contrato de seguro no establece nada al respecto, no cabe duda de que también podría considerarse aplicable, en el improbable supuesto de que la póliza no estableciese nada al respecto, el artículo 1.806 CC, por vía de analogía.

⁴⁴⁹ En este sentido, VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 443, afirma que la prestación de una renta vitalicia a favor de tercero debe ser tutelada por los principios que regulan los derechos del beneficiario en el contrato de seguro.

⁴⁵⁰ GÓMEZ LAPLAZA M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2004, pág. 166, también señala que el artículo 1.257.2 CC se refiere únicamente a los contratos que “contienen alguna estipulación a favor de un tercero”. Además, en el mismo sentido del texto, pone de manifiesto el carácter sucinto de la regulación y los múltiples problemas que genera.

⁴⁵¹ Señalan esta diferencia VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 452, ANDREOLI, MARCELLO, *Fonti e...*, *cit.*, pág. 61.

⁴⁵² VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, *cit.*, pág. 452.

Por último, conviene señalar otra diferencia normativa entre ambos contratos: la posibilidad de resolver el contrato unilateralmente, que el artículo 83 de la Ley de contrato de seguro concede al tomador. Esta facultad resolutoria se concede sin necesidad de indicar motivos ni tener penalización alguna, cuando se realice dentro de los treinta días siguientes a la entrega de la póliza o documento de cobertura provisional. Parece evidente que este precepto es una manifestación de la protección que el legislador da a la parte más débil del contrato de seguro. Puesto que el tomador no puede discutir libremente las condiciones del contrato, puesto que es la parte más débil y es necesario protegerlo frente a los abusos que puede sufrir por parte de la aseguradora, a su vez redactora de la póliza, le concede un plazo de reflexión de 30 días para decidir si efectivamente ese es el contrato que quiere celebrar. Evidentemente tal previsión no es de recibo en el contrato de renta vitalicia celebrado entre particulares, ya que no estamos ante contratación en masa y en principio no existe un contratante débil y otro más fuerte, sino una igualdad de condiciones en las que se han podido discutir todas y cada una de las cláusulas del contrato.

Una vez delimitada la verdadera diferencia entre ambos contratos, centrada en el carácter mercantil y de contrato de adhesión que posee el seguro, veamos si deben considerarse contratos de renta vitalicia algunas de las pólizas de seguro de supervivencia celebradas por las aseguradoras.

5.4.6.- Conclusiones

La cualidad de entidad aseguradora de una de las partes nunca ha sido un obstáculo para considerar el contrato de renta vitalicia como uno de los previstos por los artículos 1.802 y ss del Código Civil, pues la Ley no distingue, y donde ella no distingue no se debe distinguir. Este contrato, desde antiguo, ha venido celebrándose por compañías aseguradoras y entidades bancarias sin que esto le haya privado de su verdadero carácter y denominación⁴⁵³. El hecho de que en el contrato de renta vitalicia celebrado por aseguradoras existan especulaciones sobre la vida no le aparta del contrato de renta vitalicia, pues en él también existen. Tampoco implica identificarlo con el contrato de seguro que las prestaciones sean calculadas mediante una tabla de mortalidad y una medida de los intereses, ni que el dinero entregado pase a formar parte de un fondo del cual se sacan las sumas debidas al beneficiario del contrato, como acertadamente señala

⁴⁵³ En este sentido, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 516, dejan constancia de que el contrato de renta vitalicia más utilizado en aquel momento era el constituido a cambio de un capital en dinero y que éste, a diferencia del constituido a cambio de bienes en especie, era generalmente formalizado por una aseguradora o la caja nacional de retiros para la vejez. También JOSSERAND, LOUIS, en *Derecho...*, *cit.*, pág. 347, y en *Cours de...*, *cit.*, pág. 757, afirma que el deudor de la renta, constituida por un capital en dinero o en especie, frecuentemente es una compañía de seguros.

VIVANTE⁴⁵⁴. El autor afirma que tales especialidades son consecuencia de que el contrato sea celebrado por una aseguradora, y de que la Ley le exija tal manera de actuar. Evidentemente, cuando en el contrato de renta vitalicia una de las partes es una aseguradora ésta actúa conforme a los medios y mecanismos que la Ley le exige, pero esto no convierte al contrato de renta vitalicia en un seguro, pues el contrato de seguro siempre tiene que ser formalizado por una aseguradora, mientras en el contrato de renta vitalicia el carácter de aseguradora de una de las partes es accidental, no esencial.

Por otra parte, el hecho de que los contratantes hayan dado a la relación la denominación de contrato de seguro, o cualquier otra, no impide que efectivamente sea otro el tipo contractual verdaderamente formalizado, pues como de manera reiterada manifiesta nuestro Tribunal Supremo, “*la naturaleza de los contratos y su calificación no depende de la que las partes –ni los terceros-, le atribuyan y se consigne en el documento, sino de la que intrínsecamente le corresponda a tenor del nexo obligacional constituido en el negocio jurídico...*”⁴⁵⁵.

Parece, por tanto, que cuando una compañía aseguradora realiza un contrato que reúne las características típicas del contemplado en los artículos 1.802 y ss CC, formaliza un auténtico contrato de renta vitalicia, y a su normativa propia habrá de someterse. No obstante, no debe perderse de vista que el hecho de contratar con una compañía aseguradora, aunque no modifique el carácter del contrato, sí que convierte al otro contratante en la parte débil de la relación, y como tal debe ser protegido. Por eso resulta razonable que, a pesar de que la normativa aplicable sea la de los artículos 1.802 y ss. del Código Civil, sean aplicables todas aquellas normas de la Ley de contrato de seguro que tiendan a proteger al asegurado. Así, por ejemplo, el artículo 83 de la Ley de contrato de seguro, que concede la facultad de resolución unilateral del contrato al tomador, pues tal norma obedece a la protección de la parte más débil y no a la naturaleza del contrato, y el artículo 3 de la Ley de contrato de seguro respecto de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deben ser específicamente aceptadas por escrito.

También parece perfectamente aplicable al contrato de renta vitalicia formalizado por una aseguradora la posibilidad de rescate y reducción, de acuerdo con los términos establecidos en la póliza, que el artículo 98 de la Ley de contrato de seguro permite si las partes lo pactan expresamente. Ello no debe sorprender, pues tal posibilidad se identifica con el pacto de

⁴⁵⁴ VIVANTE, CESARE, *Trattato di...*, cit., pág. 443.

⁴⁵⁵ En este sentido se pronuncia la STS de 7 de julio de 1.987, que califica un contrato documentado como de compraventa de auténtico contrato de renta vitalicia, con independencia de la denominación dada por las partes. Esta Sentencia, junto con otras muchas, constituye doctrina reiterada de la sala 1ª del Tribunal Supremo. Cita la Sentencia, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 33.

redención que los contratantes pueden insertar en el contrato de renta vitalicia formalizado entre particulares, perfectamente admisible cuando tal es su voluntad. En cualquier caso, cuando uno de los contratantes es una aseguradora, las especiales características que otorga al contrato de renta vitalicia tal cualidad hacen perfectamente admisible una cláusula que beneficia a la parte más débil. Debe tenerse en cuenta que las leyes de los grandes numeros permiten a este especial contratante asumir mayores riesgos que al individual, y eso no puede pasar desapercibido a la hora de conceder beneficios a la parte más débil del contrato⁴⁵⁶.

En realidad, las diferencias normativas entre los seguros de supervivencia y el contrato de renta vitalicia no son tan importantes, y la mayor parte de las mismas derivan de su carácter de contrato de adhesión o dependen de la voluntad de los contratantes. Precisamente por este motivo, incluso aunque no se comparta la opinión mantenida y se consideren tales relaciones como auténticos contratos de seguro, por la condición de aseguradora de una de las partes, la evidente analogía entre ambos contratos permite la aplicación de determinadas normas del contrato de renta vitalicia al seguro. De hecho, la analogía citada permite mantener la aplicabilidad de ciertas normas del contrato de seguro a la renta vitalicia.

Si tenemos en cuenta que el escaso régimen jurídico de la renta vitalicia no se modifica desde la promulgación del Código Civil, y que muchos de sus aspectos son confusos y controvertidos, la posibilidad de aplicar algunas de las normas del seguro, exhaustivamente regulado, sólo puede beneficiar al contrato que nos ocupa. En este sentido, puesto que la Ley de contrato de seguro contiene una regulación detallada del tercero beneficiario, regulación que no contempla el Código Civil en sede de contrato de renta vitalicia, ¿no podría propugnarse que tal vacío legal quede relleno por la Ley de contrato de seguro y no por el régimen general de los contratos a favor de tercero? Y al revés, puesto que la Ley de contrato de Seguro nada prevé respecto a si las rentas deben pagarse anticipadamente o a cómo debe pagarse la cuota correspondiente al momento en el que muere quien la disfruta ¿no debería ser aplicable al artículo 1.806 en aquellos raros supuestos en los que la póliza no establezca nada al respecto? Desde nuestro punto de vista así debe ser, pues si las normas del contrato de compraventa son aplicables al de renta vitalicia en materias no específicamente reguladas por los artículos 1.802 y ss. del Código Civil, por ejemplo las relativas a

⁴⁵⁶ En apoyo de tal posibilidad de rescate cabe citar las SSTSJ de la sala de social de Madrid, de 4 de abril del 2.000 y 4 de julio del 2.000. Estas Sentencias, en sendas pólizas de contrato de renta vitalicia por jubilación anticipada, denominadas “póliza de seguro de vida” en la segunda Sentencia, pero “contrato de renta vitalicia” sin más en la primera, entienden posible el ejercicio de la facultad de rescate en las condiciones y con los descuentos establecidos en la póliza.

saneamiento y evicción, por qué no defender lo mismo con relación al contrato de seguro.

A pesar de que es escasísima la jurisprudencia relativa a la diferenciación entre el contrato de seguro y el de renta vitalicia, sí encontramos una Sentencia del Tribunal Supremo que, de acuerdo con la opinión defendida, considera contrato de renta vitalicia una relación formalizada por una aseguradora con idénticas características a la regulada por los artículos 1.802 y ss del Código Civil. La STS de 5 de junio de 1.991 se refiere a un contrato formalizado entre la entidad aseguradora Compañía Internacional de Seguros y un particular, en la que se considera probada la transmisión de un capital en bienes inmuebles “*en garantía y compensación*” del pago de una pensión vitalicia⁴⁵⁷. La Sentencia confirma las apreciaciones del Juzgado de primera instancia, que califica la relación jurídica litigiosa de contrato de renta vitalicia, y las de la sala de la Audiencia, que ratifica las apreciaciones del Juzgado denominándola “*contrato de seguro de renta vitalicia*”, pero declarando la aplicación a la misma de los artículos 1.802 y ss. del Código Civil. En virtud de tal calificación la Sentencia considera inaplicable una Resolución de la Dirección General de Seguros, que acordaba el vencimiento anticipado de las pólizas de seguro vigentes en la entidad recurrente por encontrarse en liquidación. Las razones esgrimidas radican en que la figura enjuiciada no es un contrato de seguro mercantil, figura a la que se refiere la resolución administrativa, sino un auténtico contrato de renta vitalicia. Por ello, en lugar del vencimiento de la póliza la Sentencia acuerda el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras mediante hipoteca, tal y como establece el artículo 1.805 CC.

En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 7 de junio del 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, considera como auténtico contrato de renta vitalicia el celebrado entre dos particulares y la Compañía Aurora Polar de Seguros y Reaseguros. En el citado contrato se transmitía a la aseguradora un inmueble propiedad de los demandantes, reservándose éstos el derecho de uso y habitación durante la vida de ambos y del sobreviviente, a cambio de una renta vitalicia. La renta vitalicia durante los 5 primeros años debía pagarse íntegra, aunque falleciese cualquiera de los dos particulares, y posteriormente sólo la parte correspondiente al que sobreviviese, que se cifraba en una cantidad algo inferior a la mitad de la cantidad total. La Sentencia centra el punto principal de la controversia en determinar si existe una operación sujeta a Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o si se trata de una modalidad de seguro sujeta a IVA, aunque exenta de dicho impuesto, como pretende la demandante. El Tribunal entiende que no nos encontramos ante una modalidad de seguro. Para llegar a tal conclusión argumenta que “...por

⁴⁵⁷ La Sentencia también es citada por BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 37, con breve comentario de la Sentencia y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 47.

más que en la demanda se pretenda realzar la prestación aseguradora que el contrato comporta y se afirme que se trata una modalidad de contrato de seguro, es indudable que el contrato de renta vitalicia comporta la transmisión onerosa de un bien inmueble (cfr artículo 1802 del Código Civil y estipulación primera de la propia escritura), y en tanto que realizada por personas que no están sujetas al IVA es claro que dicha transmisión queda sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de conformidad con lo previsto en el artículo 7.1.a) del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre”.

Por tanto, es cierto que muchos contratos de seguro de supervivencia se asemejan mucho al contrato de renta vitalicia, o dan lugar a obligaciones de renta vitalicia, por lo que es posible aplicar las normas propias del contrato que nos ocupa por analogía⁴⁵⁸. Sin embargo, en otros supuestos no es que existan dos contratos prácticamente idénticos, sino que las compañías de seguros formalizan auténticos contratos de renta vitalicia. Precisamente por ser verdaderos contratos de renta vitalicia, expresamente tipificados en nuestro Código Civil, habrán de regirse por su propia normativa, sin perjuicio de que les puedan ser aplicables determinadas normas de la Ley de contrato de seguro que no sean incompatibles con su propia naturaleza, cuando las especiales características de una de las partes contratantes así lo aconsejen o cuando nos encontremos ante supuestos no regulados por los artículos 1.802 y ss. CC pero expresamente previstos en la Ley de contrato de seguro.

En el resto de supuestos en los que no puede hablarse de auténticos contratos de renta vitalicia, sino de seguros sobre la vida análogos o de contratos que dan lugar a rentas vitalicias, no cabe duda de que la normativa aplicable será la de la Ley de contrato de seguro, o la específica que lo regule, sin perjuicio de que, dada la analogía existente, pueda completarse su régimen jurídico con las normas propias del contrato de renta vitalicia.

5.5.- DISTINCIÓN RESPECTO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

5.5.1.- Introducción

Otro de los contratos con los que frecuentemente se confunde el contrato de renta vitalicia es el conocido como vitalicio o contrato de vitalicio, que tras su tipificación por la Ley 41/2.003 de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Normativa

⁴⁵⁸ En tal sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., págs. 190 y ss., afirma que en el contrato de seguro de vida, bien sea para el caso de muerte o supervivencia, se diferencian el contrato genético (el de seguro de vida) y la situación jurídica de renta vitalicia que se crea, a la que le son aplicables las reglas del contrato de renta vitalicia.

Tributaria con esta finalidad”, cambia de denominación y pasa a llamarse contrato de alimentos. Esta figura, atípica hasta la promulgación de la ley salvo en determinados derechos forales, se regula en los nuevos artículos 1.791 a 1.797 CC, dejados sin contenido por la Ley 50/80 de Contrato de Seguro. El artículo 12 de Ley 41/2003 crea un nuevo capítulo II, dentro del título dedicado a los contratos aleatorios, y regula el contrato de alimentos donde, hasta la promulgación de la Ley 50/80, se regulaba el contrato de seguro.

Hasta su tipificación legal el contrato recibe múltiples denominaciones: la más habitual era contrato vitalicio⁴⁵⁹, otros lo denominan pensión alimenticia o utilizan ambas denominaciones indistintamente⁴⁶⁰. También se le llama contrato de alimentos⁴⁶¹, alimentos vitalicios⁴⁶², cesión de bienes a cambio de alimentos⁴⁶³... Con la tipificación del contrato acaba esta disparidad de calificaciones y pasa a llamarse “contrato de alimentos”, dadas las múltiples críticas que la terminología “vitalicio” había recibido. Las críticas al término vitalicio derivaban de la posibilidad de pactar el contrato por un tiempo inferior a la vida de una persona, y del hecho de no hacer referencia a lo que es su fin principal, la prestación de alimentos en un sentido amplio (vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al acreedor)⁴⁶⁴.

No obstante, la regulación que el legislador da al contrato hace surgir, de nuevo, las dudas sobre su denominación y su extensión temporal, pues el artículo 1.791 CC parece exigir que los alimentos sean vitalicios. No cabe duda de que tal previsión admite pacto en contrario, en virtud del principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1.255 CC Sin embargo, no se entiende por qué el legislador no amplía la denominación del contrato a

⁴⁵⁹ Así lo denomina la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: SSTs 28 mayo 1965, 6 mayo 1980, 1 julio 1982, 30 noviembre 1987, 3 noviembre 1988, 31 julio 1991, 2 julio 1992, 21 octubre 1992, 1 julio 2003, ...; las RRDGRN 16 octubre 1989 y 26 abril 1991, y los artículos 95 a 99 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia

⁴⁶⁰ Ver, en este sentido, CALVO ANTÓN, MANUELA, “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.989-3, pág. 639, notas 37, 38 y 39, donde expone una relación de los autores que le dan este nombre.

⁴⁶¹ Como lo hace, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 68 y 74.

⁴⁶² Es el caso de REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia)”, *Actualidad Civil*, nº 39, 1.996, pág. 851.

⁴⁶³ De nuevo, REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio...”, *cit.*, pág. 851.

⁴⁶⁴ Considera imprecisa la denominación vitalicio para este tipo contractual, en el que puede establecerse una duración inferior a la vida del alimentista, MARTÍNEZ RODRIGUEZ, NIEVES, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2.002, págs. 38 y ss.

“contrato de alimentos vitalicio”, si su intención fue tipificar este contrato como tal, como vitalicio. La crítica toma todavía más cuerpo cuando se repara en que el término “vitalicio” era tradicionalmente utilizado por doctrina y jurisprudencia para designar al contrato, a pesar de que se admitía su formalización temporal, y precisamente ahora que se tipifica como vitalicio desaparece una denominación que, sin duda, junto a la terminología contrato de alimentos nos da una idea muy clara de su contenido⁴⁶⁵.

Dejando al margen el problema de su denominación, la cuestión central a los efectos de este trabajo es dilucidar el motivo de la confusión entre el actual contrato de alimentos y el de renta vitalicia. Realmente ambos contratos presentan importantes semejanzas en cuanto a su constitución, pues en ellos existe una prestación vitalicia que nace de la entrega de un capital en bienes muebles o inmuebles (art. 1.802 CC), o en cualquier clase de bienes y derechos (art. 1.791 CC)⁴⁶⁶. Por otra parte, ambos contratos tienen carácter aleatorio, precisamente por estar limitada una de las prestaciones a la vida de una persona; y los dos poseen una finalidad en cierta manera análoga, pues pretenden proporcionar medios de subsistencia al perceptor⁴⁶⁷. Si bien, como se verá, en estas analogías ya empiezan a surgir las divergencias.

El carácter conflictivo de la delimitación de ambos contratos ha sido constante, hasta su tipificación, en nuestra doctrina y Jurisprudencia. De hecho el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el tema, casi siempre diferenciándolos⁴⁶⁸. Nuestra doctrina también se ha

⁴⁶⁵ No podemos por menos que compartir las opiniones de CALVO ANTÓN, MANUELA, “El contrato de alimentos...”, *cit.*, pág. 641, quien afirma que el legislador a la hora de denominar un contrato utiliza palabras que se correspondan con la idea definitoria de la relación, aquellas que mejor representan la esencia del convenio. Y en este sentido la que mejor define la relación contractual es la palabra alimentos, porque recoge la idea central de la relación y porque tiene un significado técnico- jurídico con características especiales: como la variabilidad de la cuantía de la prestación o su carácter mixto de dar y hacer. Sin embargo, sigue argumentando la autora, lo que nunca debe hacer el legislador es usar un término que aluda de manera incompleta a lo que se ha concertado. Por ello, si antes se podía criticar que la legislación gallega hablase de contrato vitalicio y no de contrato vitalicio de alimentos, ahora se puede criticar que el Código Civil no hable de contrato de alimentos vitalicio.

⁴⁶⁶ Señala este dato, también, GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 155.

⁴⁶⁷ En el mismo sentido, GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 155

⁴⁶⁸La STS de 14 de noviembre de 1.908, afirma que no es contrato de renta vitalicia aquel en el que se vende una finca con la estipulación de que el comprador haya de mantener en su casa al vendedor. La STS de 16 de diciembre de 1.930, mantiene que no es contrato de renta vitalicia aquel en el que la renta no consiste en una cantidad fija, sino que varía según ciertas necesidades del rentista. La STS de 28 de mayo de 1.965 entiende que, al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue a prestar alimentos a la otra mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado vitalicio. Respecto a este último contrato afirma que no es una modalidad de la

ocupado de distinguir el contrato de renta vitalicia y el de alimentos. Así, este último se consideraba un contrato independiente y atípico (en aquel momento), cuya regulación dependía, fundamentalmente, de las estipulaciones de las partes contratantes. No han faltado, sin embargo, quienes lo han considerado una modalidad del contrato de renta vitalicia contenido en los artículos 1.802 y ss. CC ⁴⁶⁹. En este sentido algún autor español ha afirmado, incluso, que las únicas razones para distinguirlos eran de

renta vitalicia, sino un contrato autónomo, innominado y atípico regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarios a la ley o a la moral y a las buenas costumbres, y al que le son aplicables las normas generales de las obligaciones. La STS de 1 de julio de 1.982, califica como vitalicio, o contrato vitalicio, una compraventa en la que una de las partes transmite en propiedad a la otra dos bienes inmuebles por una cantidad insignificante, con obligación del adquirente de prestar asistencia, cuidados y servicios de por vida a los cedentes. Respecto del contrato, la Sentencia afirma que su validez “*se basa en la autonomía privada del art. 1255 del C. Civ., siempre que no se vulnere el triple límite que, en el mismo, se contiene; con la importante particularidad de que, justo porque es un contrato innominado (el término, como se dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los arts. 1802 a 1808, ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto*”. También la Dirección General de los Registros y del notariado se ha ocupado de diferenciarlos, así, la RDGRN de 26 de abril de 1.991 establece: “... debe tenerse en cuenta: a) que como ha declarado el Tribunal Supremo -Sentencias de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 1 de julio de 1982, 18 de abril de 1984, 13 de julio de 1985, 30 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988-, el contrato por el que las partes al amparo del principio de libertad de estipulación pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia sino un contrato autónomo innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el art. 1255, y subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones”.

⁴⁶⁹ Es el caso de QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 73, quien lo considera una modalidad del contrato de renta vitalicia al que le son aplicables todas las disposiciones destinadas a regularla. ZURITA MARTÍN, ISABEL, “Contratos vitalicios: forma y simulación”, *Actualidad Civil*, nº 26, 2001-3, pág. 24, nota 34, y REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio...”, cit., pág. 853, citan como defensor de esta postura a BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., págs. 128 y ss. Sin embargo, no es tal la postura del autor. BELTRÁN DE HEREDIA, en la pág. 133, entiende, con toda la razón, que el contrato de alimentos no constituye un contrato propio cuando lo que se establece es una cantidad fija y determinada con la finalidad de satisfacer las necesidades alimenticias del alimentista. En este caso, como muy bien argumenta, lo que en realidad existe es un verdadero contrato oneroso de renta vitalicia, ya que los motivos internos subjetivos del contrato no son condición determinante del mismo. En este sentido, afirma que una cosa es asegurar la subsistencia con la forma de un contrato oneroso o gratuito de renta vitalicia y otra muy distinta decir que eso constituye una prestación de alimentos en sentido técnico, pues ésta implica algo diferente de una mera prestación de dar. Sin embargo, mantiene la posibilidad de que en el contrato se pacte una verdadera prestación de alimentos, en cuyo caso, defiende, no estaremos en presencia de una renta vitalicia, sino de un contrato propio, innominado (en aquel momento), regido por las cláusulas contractuales, las disposiciones propias de los alimentos y, en última instancia, por los principios generales del derecho de la contratación (de nuevo en aquel momento en el que el contrato no estaba tipificado).

oportunidad jurídica, para evitar la aplicación del artículo 1.805 CC al contrato de alimentos⁴⁷⁰.

5.5.2.- La situación en el Derecho comparado

La discusión sobre la identidad o la autonomía del contrato de alimentos y la renta vitalicia no se limita a la doctrina y jurisprudencia españolas, sino que es propia de todos los países de nuestro entorno con figuras análogas. Nuestro actual contrato de alimentos guarda una íntima relación, en muchos casos hasta identidad, con el *bail à nourriture* o contrato de mantenimiento francés, con la figura del *alentaile* o parte de viejo alemán, con el *vitalizio alimentare* italiano o con el *contrat d'entretien viager* del Código suizo de las obligaciones.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los países de nuestro entorno jurídico optan por diferenciar ambas figuras, tal y como ocurre en España. Sin embargo, no faltan supuestos en los que se mantiene su identidad, considerándose que las diferencias entre uno y otro contrato no son suficientes para calificarlo de contrato autónomo. La doctrina alemana y francesa, a falta de disposiciones concretas en sus respectivos códigos, se inclinan por considerarlo un contrato autónomo y no una simple modalidad de la renta vitalicia.

En Francia nuestro contrato de alimentos se corresponde con el “*bail à nourriture*” (arrendamiento de manutención), que consiste en la alienación de un fundo o de un capital a cambio de mantener al alienante, y de asistirle tanto en la salud como en la enfermedad⁴⁷¹. La doctrina francesa diferencia ambos contratos, porque en el contrato de renta vitalicia la obligación es de dar y el *bail a nourriture* supone una obligación de hacer⁴⁷². También se señala

⁴⁷⁰ Es el caso de CARRASCO PERERA, ÁNGEL, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1.988” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.988, nº 477, págs. 986 y 991

⁴⁷¹ Así lo afirma BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 169. En el mismo sentido, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 543, definen el *bail a nourriture* como aquel contrato en el que en vez de una renta vitalicia se pacta una obligación distinta, en la que uno de los contratantes se obliga a alojar, mantener, asistir y proveer de todo lo necesario, tanto en la salud como en la enfermedad, al otro.

⁴⁷² Ya los consideraba diferentes, sin ni siquiera hablar propiamente del *bail a nourriture*, TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, nº 230, pág. 397, también en “Del prestito, del...”, *cit.*, nº 230, pág. 354. El autor afirma que la renta tiene que ser una cantidad fija, precisa y determinada, por lo que el contrato de renta vitalicia no debe confundirse con la convención en la que una de las partes se asegura, mediante un precio, el alimento, alojamiento y vestido hasta el fin de sus días. PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 375, nº 676, entiende que las rentas deben consistir en una cantidad cierta y determinada de dinero o frutos, y que no puede identificarse con la renta vitalicia la convención consistente en la venta de un inmueble a cambio de alimentar, alojar, calentar y

el carácter *intuitu personae* de este último contrato, que impide la cesión de los derechos del arrendador mientras el acreedor de la renta, en principio, puede transmitir a un tercero la pensión vitalicia⁴⁷³. La jurisprudencia francesa, además, entiende que esta relación jurídica no regulada por el Código Civil francés está sujeta al Derecho común. Sin embargo se ha considerado aplicable el artículo 1.975 *Code*, propio de la renta vitalicia, que hace caducar el contrato en caso de fallecimiento de la vida contemplada dentro de los 20 días siguientes a su formalización. La razón radica en que, a pesar de ser un contrato distinto del de renta vitalicia, en la mayor parte de los supuestos conserva su carácter aleatorio, lo que justifica la aplicación del citado precepto⁴⁷⁴.

La doctrina italiana se encuentra más dividida. Así, en relación con el contrato de *vitalizio alimentare* o contrato de mantenimiento, una parte lo considera un contrato innominado regido por los principios generales de la contratación, dado el carácter de “prestación de hacer” que le es propia⁴⁷⁵. Otro sector doctrinal y jurisprudencial, por el contrario, afirma que es un simple pacto o modalidad especial del contrato oneroso de renta vitalicia,

alumbrar al adquirente hasta su muerte, pues es una venta sometida a los principios generales y no a las reglas particulares de la renta vitalicia. En el sentido de diferenciarlos porque la obligación de renta vitalicia es de dar y la de alimentos de hacer, BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 169, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 545.

⁴⁷³ Así lo indican PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 546.

⁴⁷⁴ PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 546, quien, además, señala la posibilidad de formalizar este contrato por tiempo determinado, en cuyo caso no constituye contrato aleatorio.

⁴⁷⁵ En ese sentido se pronuncia, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 72 y 73. Comparte la opinión LENER, ANGELO, “Voz: vitalizio”,..., *cit.*, pág. 1.022. Este último autor defiende que la variabilidad de la prestación en función de un criterio preestablecido no es incompatible con el módulo de la renta vitalicia. Por ello el *vitalizio alimentare* no escapa a la calificación de renta vitalicia por la variabilidad de la prestación según las necesidades del beneficiario, sino por la índole del objeto, constituido por el mantenimiento *in natura* e incardinable en el perfil preeminente de hacer. Señala, además, que esta última obligación tiene carácter continuado, no periódico... Sin embargo, sí considera contrato de renta vitalicia a aquel en el que la prestación de dar dinero o cosas fungibles es variable según las necesidades del beneficiario. También VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 191 y ss. entiende que nada impide que la renta vitalicia propia del contrato de renta vitalicia se fije con función alimenticia, en dinero o productos alimenticios, e incluso afirma que puede ser variable según las necesidades del alimentista sin que ello impida que el contrato siga siendo de renta vitalicia. Sin embargo, para el autor, cuando la prestación de alimentos se fija en forma de mantenimiento, incluyendo alimentos, vestido y alojamiento, el objeto no es asimilable al de la renta vitalicia, pues integra una obligación de hacer, con evidente carácter de infungibilidad.

pues sólo lo consideran verdadero pacto de alimentos cuando la duración del mismo es determinada⁴⁷⁶

5.5.3.- Las concretas diferencias en el momento actual

A) El carácter asistencial de la prestación alimenticia, su configuración como obligación mixta de dar y hacer

Hoy en día en nuestro país, tras la tipificación del contrato, no cabe duda de que el contrato de alimentos es una figura típica y claramente diferenciada del contrato de renta vitalicia. En este sentido, y aunque ambos pueden tener la finalidad común de proporcionar al acreedor medios de subsistencia, lo hacen de manera distinta⁴⁷⁷. Así, mientras el contrato de renta vitalicia proporciona una renta al beneficiario con la que podrá hacer lo que desee, pues el destino de las cantidades entregadas queda fuera del esquema contractual, el contrato de alimentos siempre cumple una función alimenticia y asistencial⁴⁷⁸. En el contrato de alimentos típico el alimentista no recibe una

⁴⁷⁶ Es el caso de ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág.48. En sentido parecido BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 271 y ss. entiende que tal contrato no es más que una modalidad del de renta vitalicia, pues afirma que las diferencias existentes entre los mismos no son suficientes para considerar distintos ambos contratos, y que el recurso al contrato innominado sólo es necesario cuando el ordenamiento jurídico no tiene los medios suficientes para la realización de la actividad humana, lo que no ocurre en el presente supuesto. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, nota 7, afirma que nada impide que la renta vitalicia pueda consistir en prestaciones alimentarias de vida, vestido y cuantas necesidades tenga el alimentista, en cuyo caso debe considerarse constituido un contrato de renta vitalicia sometido a su normativa, en el que las prestaciones periódicas permanecen inalterables aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista.

⁴⁷⁷ Para NÚÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.003, pág. 147, los fines de la renta vitalicia pueden ser muy diversos. La autora destaca que entre ellos puede encontrarse la finalidad de subsistencia, pero afirma que no es la única. En este sentido señala que el rentista puede dar a las cantidades recibidas la finalidad que desee, pues la alimenticia no es la única condición del contrato, lo que no sucede con el contrato de alimentos.

⁴⁷⁸ En este sentido se pronuncian LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 244 y 245, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2.000, pág. 99, y GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 157. También comparte esta opinión NÚÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN, *El contrato de alimentos...*, *cit.*, pág. 147, si bien, para la autora el contrato de alimentos está subordinado a la existencia de un estado de necesidad en el acreedor, aspecto que desde luego no compartimos. En ningún caso el contrato de alimentos debe confundirse con la obligación legal de alimentos, en la que sí es indispensable la existencia de un estado de necesidad del acreedor. El contrato de alimentos es un contrato libremente formalizado por las partes y no requiere que el acreedor se encuentre en un estado de necesidad. De hecho casi nunca será así, pues de encontrarse el acreedor en tal situación de necesidad difícilmente podrá entregar el capital en bienes y derechos necesarios para constituir el contrato de alimentos. El único requisito necesario para que tal contrato pueda

renta, sino alimentos *in natura* que sólo podrán satisfacer sus necesidades alimenticias y asistenciales⁴⁷⁹. Podría argumentarse en contra de tal distinción, que en el contrato de alimentos puede pactarse la transmisión de una renta en dinero, y ciertamente es así, pero tal pacto suele ser un *plus* de la prestación asistencial. En cualquier caso, incluso aunque podamos considerar contrato de alimentos aquel en el que exclusivamente existe una obligación de dar determinadas cantidades de dinero o bienes fungibles, estas cantidades deben ser variables en atención a las necesidades del beneficiario, manteniendo, en cierta forma, el carácter asistencial típico del contrato de alimentos.

El carácter asistencial del contrato de alimentos, y las características que implica, es el que nos lleva a la segunda diferencia existente entre ambos contratos. Así, mientras en el contrato de renta vitalicia la contraprestación del deudor de la renta se concreta en una mera obligación de dar, de entregar al acreedor esa renta consistente en dinero o cosas fungibles, la obligación a cargo del deudor de la prestación alimenticia es mucho más complicada, e implica no sólo una obligación de dar sino también de hacer⁴⁸⁰. La prestación típica del contrato de alimentos, dado su carácter asistencial, es una prestación mixta de dar y hacer, no consiste (al menos no exclusivamente, pues nada impide que pueda pactarse) en la mera entrega de una determinada suma de dinero, sino que va mucho más allá⁴⁸¹. Así, el artículo 1.971 del Código Civil, y antes la doctrina y la jurisprudencia que daba forma al contrato, establece que el alimentante se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, dejando claro que la prestación de este contrato no se identifica con la prestación de dar típica del contrato de renta vitalicia. De hecho la prestación típica del

constituirse es la entrega del “capital”, independientemente de cual sea la situación del acreedor.

⁴⁷⁹ Así continúan el argumento LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 244 y 245, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 99, y GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 157.

⁴⁸⁰ Algún sector doctrinal entiende que la prestación típica del contrato de alimentos es sólo una prestación de hacer. Tal es el caso de LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 244 y 245. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, es más correcta aquella opinión que la considera una prestación mixta, porque nada impide que se pacte la entrega de determinadas cantidades cuya finalidad sea, también, la satisfacción de necesidades del alimentista que requieran cantidades de dinero líquido.

⁴⁸¹ Este carácter de prestación mixta viene señalado por la práctica totalidad de la doctrina, tanto española como extranjera. Baste citar, a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO*, n^o 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.988, pág. 741, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, págs 80 y ss, NUÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN, *El contrato de alimentos...*, *cit.*, pág. 80, GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2.004, pág. 157, DELGADO CORDERO, ANA M^a, “Contrato de vitalicio: régimen jurídico. Similitud con otras instituciones. Comentario a la STS de 9 julio 2.002”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n^o 10, 2.003, pág. 146.

contrato de alimentos excede a la mera prestación material, incluyendo un cierto contenido afectivo⁴⁸².

B) El carácter variable de la prestación alimenticia

La siguiente diferencia entre ambos contratos también se deriva de la anterior. Si la prestación del deudor del contrato de alimentos es una prestación asistencial, que tiende a satisfacer las necesidades del acreedor

⁴⁸² En el mismo sentido SABATER BAYLE, ELSA, “Contrato vitalicio y resolución de las obligaciones”, *Aranzadi Civil*, nº 8, julio, 1.997, pág. 10, para quien el contrato no sólo genera deberes patrimoniales, sino éticos o morales, difíciles de determinar en todo su alcance e intensidad. DELGADO CORDERO, ANA M^a, “Contrato de vitalicio...”, *cit.*, págs. 145 y 146, considera que en el, entonces, contrato de vitalicio se entremezclan una dimensión estrictamente económica con otra de hondo calado moral y sentimental, que enmarcan al contrato en un ámbito familiar y privado. En este sentido se pronuncia la STS de 18 de enero de 2001 que establece que el contrato “... *doctrinal y jurisprudencialmente ha sido calificado como contrato de vitalicio, contrato autónomo, innominado o atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes: sentencias de 14 de noviembre de 1908, 16 de diciembre de 1930, 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 30 noviembre de 1987 y 31 de julio de 1991*”. También la SAP de Córdoba, de 8 de febrero de 1.994, incide en este carácter asistencial del contrato, pues afirma que en el caso de autos su móvil o causa se patentiza desde el momento en que la cedente vivía en una residencia de ancianos donde disfrutaba de una serie de atenciones primarias, y la abandona porque buscaba algo más: una relación muy cálida y menos aséptica, más individualizada y cordial que la que recibía en el centro de asistencia. Para la Sentencia ese fue el motivo por el que la demandante cedió el bien inmueble de su propiedad a una familia a la que conocía hacía tiempo y de la que esperaba obtener esas prestaciones que, con toda la carga afectiva que pudiese implicar, se convirtieron por mor del pacto, en auténticas obligaciones jurídicamente exigibles, aunque haya de reconocerse que la coercibilidad encuentra no pocas dificultades. NÚÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN, *El contrato de alimentos...*, *cit.*, pág. 80, mantiene que la prestación del deudor se caracteriza por tener un contenido más moral y personal que puramente material o económico, ya que consiste en la realización de toda una serie de prestaciones de hacer encaminadas, ante todo, al cuidado y asistencia personal del alimentista. Para la autora, en tales prestaciones predomina el afecto y el cariño como nota fundamental, aspecto que se manifiesta de manera más evidente cuando ambos contratantes conviven. También la STS de 12 de noviembre de 1973 entiende que las obligaciones impuestas al deudor, de recolección de los frutos necesarios para cubrir sus necesidades, asistencia médica y farmacéutica, etc., no son obligaciones complementarias o secundarias, sino de análogo o igual rango que el pago de la pensión alimenticia, aspecto que lo diferencia de la renta vitalicia. En sentido contrario, la STS 22 de junio de 1.982 entiende que las atenciones y cuidados pactados no pueden considerarse exigibles jurídicamente, por lo que no pueden servir de causa onerosa, tratándose en consecuencia de una atribución gratuita. Tal es la opinión vertida, también, por la SAP Navarra de 7 de marzo de 1.992, que considera imposible exigir coactivamente la obligación asumida por los alimentantes, que es mixta de dar y hacer, y encierra la convivencia, el cariño, el calor y el acogimiento, por devenir imposible y ser más las desventajas que pueden generarse para el alimentista de la forzada convivencia con el alimentante, dada la situación incomoda que se generaría. No obstante, la Audiencia sustituye la obligación alimenticia por la condena al pago de una pensión, en aplicación de la solución que proporciona al caso el artículo 149 CC Solución, por otra parte, muy similar a la prevista en el artículo 1.792 CC, como se verá.

alimentista en cada momento, lógicamente es una prestación variable y, como menciona algún autor, de resultado⁴⁸³. Por el contrario, la prestación típica del contrato de renta vitalicia es fija y determinada, sin perjuicio de que pueda someterse a cláusulas de estabilización para asegurar el poder adquisitivo del acreedor⁴⁸⁴. La clave de esta diferencia se centra en que en el contrato que nos ocupa la cuantía de la renta se fija atendiendo a criterios objetivos, como el valor de los bienes cedidos y la edad del beneficiario, sin atender a sus concretas necesidades⁴⁸⁵. En el contrato de alimentos, por el contrario, el dato esencial para fijar la cuantía de las prestaciones del acreedor son sus necesidades, la posible entidad de la prestación alimenticia. Este dato ha sido una de las características esenciales del contrato de alimentos a lo largo de su existencia, por eso llama la atención que el legislador no lo haya establecido de manera explícita en la regulación que le otorga.

El artículo 1.793 del Código Civil establece que la extensión y calidad de los alimentos serán las que resulten del contrato, lo cual parece un acierto, pues las necesidades del alimentista pueden ser tan diversas que resultaría imposible tipificarlas todas. En este sentido parece lógico, como con agudeza señala LLAMAS POMBO⁴⁸⁶, que en la obligación legal de alimentos sea la ley la que señale su entidad, pero que en la obligación contractual sean las partes contratantes las que fijen su extensión y calidad.

Sin embargo, el problema se presenta cuando éstas no prevén la extensión de los alimentos, pues el precepto no hace referencia a que se deba

⁴⁸³ DORAL, JOSÉ ANTONIO, “Pactos en materia de alimentos”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1.971, pág. 384, considera que la prestación de alimentos es una prestación de resultado, porque requiere el logro de lo preciso para cubrir una necesidad vital.

⁴⁸⁴ En este sentido la STSJ de Galicia, de 11 de febrero del año 2.000, circunscribe la diferencia fundamental entre el contrato de renta vitalicia y el vitalicio, precisamente, en que la prestación del deudor es esencialmente variable e indeterminada en el vitalicio, dependiendo de las necesidades del alimentista, mientras en el contrato de renta vitalicia debe ser una pensión o rédito anual. De la misma manera la SAP Valencia, de 26 de octubre de 1.999, radica la diferencia fundamental entre ambos contratos en que la renta vitalicia tiene carácter periódico y determinado, por lo que no puede existir tal contrato cuando la pensión varía según las necesidades del receptor. La distinción entre el contrato de renta vitalicia y el contrato de alimentos, cuando era el “vitalicio”, centrada en la variabilidad de la pensión en este último, ha sido también el criterio diferenciador usado por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre ellas, la STS de 16 de diciembre de 1.930. La citada Sentencia declara que no es de renta vitalicia el contrato cuando la pensión no consiste en una cantidad fija y determinada, sino que ha de variar según determinadas necesidades del rentista.

⁴⁸⁵ Tal es el criterio de las SSTS de 10 de abril de 1.956 y 7 de abril de 1961, en las que el Tribunal entiende que lo que tipifica y representa la parte aleatoria del contrato de renta vitalicia es que el cálculo de la renta se realice dividiendo el valor de la finca entre el número probable de años de vida del dueño del predio cedido, aunque en realidad debiese decir de la vida contemplada.

⁴⁸⁶ LLAMAS POMBO, EUGENIO, “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2.004, pág. 211.

atender a las necesidades del alimentista. Lo único que nos dice es que no dependen del caudal y necesidades del obligado, lógicamente, pues estamos ante un contrato oneroso en el que se entrega una cantidad de bienes o derechos a cambio de alimentos, y no se puede dejar el cumplimiento del contrato en manos del alimentante⁴⁸⁷. El artículo 1.793 CC señala que tampoco dependerán del caudal del alimentista, lo que también es lógico, por ser un contrato oneroso en el que la contraprestación se recibe por haber realizado una contraprestación, independientemente de que el alimentista sea rico.

La única referencia a las necesidades del alimentista es, precisamente, la falta de mención del legislador a estas necesidades cuando enumera los elementos de los que no dependen la cantidad y calidad de los alimentos si nada se pacta. Tal falta de mención parece suficiente, dados los antecedentes del contrato, para entender que a falta de pacto en contrario la cuantía de los alimentos atenderá a las necesidades del acreedor, necesidades que, como se ha dicho, son independientes de su caudal económico. El alimentista puede ser rico, pero si realiza el contrato sus necesidades habrán de cubrirse por el alimentante, pues el contrato de alimentos no se funda en una necesidad económica o de alimentos del cedente de los bienes, sino que su causa radica en la cesión de los bienes a cambio de tales alimentos⁴⁸⁸. La pensión alimenticia dependerá de lo específicamente previsto en el contrato, y a falta de pacto de la situación personal y familiar en la que el alimentista se

⁴⁸⁷ Tal mención excluye de manera definitiva determinadas opiniones que, considerando analógicamente aplicables algunos de los preceptos reguladores de la obligación legal de alimentos, afirman que la prestación alimenticia también depende de la posición económica del cesionario. Tal es la opinión, entre otros, de MILLÁN SALAS, FRANCISCO, “El contrato vitalicio”, *Actualidad Civil*, N° 23, 4-10 junio, 2.001, pág. 835.

⁴⁸⁸ En el mismo sentido parece pronunciarse REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio...”, *cit.*, pág. 865, quien cita en apoyo de sus opiniones la STS de 1 de julio de 1.969. La citada Sentencia hace referencia a un contrato de compraventa en el que se fija parte del precio en dinero y otra parte en forma de pensión o renta, añadiéndose un pacto que obliga al comprador a sufragar todos los gastos extraordinarios que ocasione una enfermedad de los vendedores “independientemente de la pensión a devengar”. Argumenta el Tribunal, con razón desde nuestro punto de vista, que tratándose de un contrato oneroso y conteniendo la citada cláusula una estipulación de carácter aleatorio (al estar constituida la pensión sobre la vida de los beneficiarios), el hecho de que la beneficiaria venga a mejor fortuna y no necesite de dicha pensión es intrascendente a efectos de enervar su derecho a reclamarla, pues tal circunstancia no implica cambio alguno en las recíprocas prestaciones ni en la destrucción del equilibrio de las mismas. Si tal argumentación es válida para mantener un pacto añadido al contrato de compraventa, que supone sólo parte del precio de la cosa vendida, mucho más lo será para un contrato, como el de alimentos, en el que la prestación alimenticia es toda la contraprestación pactada a cambio de la entrega de capital. En el mismo sentido, la SAP Pontevedra de, 4 de octubre de 1.995, hace referencia a la necesidad de distinguir la obligación legal de alimentos entre parientes y el contrato de vitalicio, porque la primera se condiciona a la existencia de una necesidad efectiva, mientras el contrato de vitalicio viene a responder a un deseo de seguridad, protección y cuidado en la vejez.

encuentre, atendiendo siempre a las circunstancias en las que se celebró el contrato. En este sentido la mención realizada por el legislador en el artículo 1.791, “...una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo...”, debe entenderse realizada en terminos meramente enunciativos, dirigida a cualificar el contenido de la prestación alimenticia, pero nunca a cuantificarla, porque tal cuantificación dependerá de las circunstancias personales y familiares del acreedor⁴⁸⁹.

C) La doble aleatoriedad del contrato de alimentos y el carácter continuo de la prestación alimenticia

Las dos últimas diferencias que pueden predicarse entre ambos contratos derivan, de nuevo, del carácter asistencial y variable de la prestación alimenticia propia del contrato de alimentos: su doble aleatoriedad y el carácter continuo de la prestación.

El hecho de que la prestación del deudor del contrato de alimentos sea variable, en atención a las necesidades del acreedor, implica que el contrato de alimentos sea doblemente aleatorio. Esta aleatoriedad reside, en primer lugar, en el carácter incierto de la duración de la vida del alimentista, tal y como ocurre en el contrato de renta vitalicia, pero en el contrato de alimentos existe otro elemento aleatorio: la variabilidad de la prestación⁴⁹⁰. Como nunca pueden saberse con exactitud cuales van a ser las distintas necesidades del alimentista, o si este va a estar sano o enfermo, tampoco puede determinarse de antemano la entidad de las distintas prestaciones del deudor. Por ello puede mantenerse que en el contrato de renta vitalicia el carácter aleatorio reside en la incierta duración del contrato, mientras en el contrato de alimentos radica en la incierta duración del contrato y en la incerteza de la entidad de las prestaciones del deudor. En este contrato, por tanto, todavía resulta más complicado prever cual va a ser el resultado final, quien va a ganar o a perder. Así, aunque el alimentista sea muy anciano y tengamos la certeza de que su final está próximo, existen grandes posibilidades de que caiga enfermo y requiera de una asistencia mucho mayor que la de cualquier

⁴⁸⁹ LLAMAS POMBO, EUGENIO, “La tipificación...”, *cit.*, pág. 210. En sentido contrario parece pronunciarse MILLÁN SALAS, FRANCISCO, “El contrato...”, *cit.*, pág. 840, que, en referencia a lo establecido en el artículo 142 CC y en el artículo 95. 2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, considera que tales preceptos establecen un contenido mínimo de la obligación.

⁴⁹⁰ En este mismo sentido se pronuncian BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 130, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 727. También comparte esta opinión CALVO ANTÓN, MANUELA, “El contrato de alimentos...”, *cit.*, pág. 651, pues considera que el contrato de alimentos es aleatorio por partida doble, por su limitación a la vida del acreedor y por la variabilidad de la prestación. Por ello, la autora afirma que incluso cuando se pacte por un tiempo determinado sigue siendo aleatorio.

persona sana, incrementándose de manera importante la prestación del deudor.

Además, si la prestación alimenticia depende, con carácter general, de las necesidades del alimentista, la prestación será continua. En la renta vitalicia la prestación del deudor es de tracto sucesivo, la prestación se entrega de forma intermitente en lapsos regulares establecidos libremente por las partes. No puede ocurrir así en el contrato de alimentos, porque las necesidades del alimentista se presentan minuto a minuto⁴⁹¹. En el contrato de alimentos las prestaciones son continuas y no pueden preestablecerse de manera fija e inamovible, porque además son aleatorias.

Por otra parte, y a pesar de que es perfectamente posible pactar que el contrato de alimentos sea un contrato temporal, el legislador lo configura como un contrato vitalicio. Este carácter vitalicio, que en principio lo acerca al contrato de renta vitalicia, nos va a permitir diferenciarlo de este último. El carácter vitalicio del contrato de alimentos está exclusivamente circunscrito a la vida del acreedor de los alimentos. Como consecuencia de su carácter asistencial, la vida contemplada sólo puede ser la del alimentista⁴⁹². Así parece deducirse del artículo 1.791 CC, que establece: “*Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda...a una persona durante su vida...*”⁴⁹³. La misma previsión contiene la Ley 4/95 de Derecho civil de Galicia, en su artículo 97, que circunscribe la duración de la obligación de alimentos a la vida del alimentista o alimentistas.

Por el contrario el artículo 1.803 CC, al regular la persona del rentista en el contrato de renta vitalicia, establece que la renta vitalicia puede constituirse “...a favor de aquella u aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas distintas”, dejando abierta la posibilidad de que el beneficiario sea un tercero ajeno por completo a la relación.

Nada impide que el contrato de alimentos se constituya sobre la vida de varias personas, a pesar de que tal previsión no aparezca de manera expresa en su nueva regulación. Así venía ocurriendo antes de la tipificación

⁴⁹¹ Tal es la expresión, claramente descriptiva, de CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 92. En el mismo sentido, DORAL, JOSÉ ANTONIO, “Pactos en materia...”, *cit.*, pág. 384, considera que la obligación de alimentos es de tracto sucesivo.

⁴⁹² Señala esta diferencia, también, GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, págs. 155 y 156.

⁴⁹³ Como se vio, a pesar de la previsión del artículo 1.791 CC, nada clara por otra parte, no parece que exista problema en que las partes pacten una duración inferior del contrato. Tal posibilidad es menos dudosa hoy en día, puesto que se ha privado al contrato del calificativo “vitalicio”. Tal es la acertada opinión de LLAMAS POMBO, EUGENIO, “La tipificación...”, *cit.*, pág. 200.

del contrato en supuestos de matrimonios o de hermanos⁴⁹⁴, y así lo prevé expresamente la Ley de Derecho Civil de Galicia en su artículo 95.1⁴⁹⁵. En este supuesto será la vida del último alimentista fallecido la que suponga la extinción del contrato, salvo que las partes pacten lo contrario⁴⁹⁶.

D) El carácter personalísimo del contrato

De nuevo el carácter asistencial del contrato, y el hecho de que suela pactarse la convivencia de acreedor y deudor, convierten al contrato de alimentos en personalísimo o *intuitu personae*. Tal carácter, desde luego, no concurre en la renta vitalicia, pues al deudor le resultará completamente indiferente quién sea el acreedor, ya que su única obligación es entregarle una determinada cantidad de dinero, o bienes fungibles, con independencia de sus necesidades o de su situación personal.

A pesar de que no existe unanimidad por parte de la doctrina a la hora de determinar tal carácter, y de que la jurisprudencia prácticamente no lo menciona, desde nuestro punto de vista es otra característica de la relación, más o menos acusada según cuales sean los términos del contrato. El carácter *intuitu personae* le viene dado por la especialísima naturaleza de la prestación del deudor, aunque afecta tanto a la persona del deudor como a la del acreedor⁴⁹⁷. Evidentemente, para el deudor de la prestación alimenticia la causa fundamental que le decide a celebrar el contrato es la transmisión de determinados bienes o derechos, pero esto en absoluto quiere decir que le sea indiferente quien sea el acreedor.

No es lo mismo, para el deudor, comprometerse a dar todo tipo de asistencia, e incluso convivir, con una persona que con otra. Es evidente que, dadas las especiales prestaciones del alimentante, resulta fundamental quién sea el acreedor, pues la onerosidad de la prestación será mucho menor cuando se obligue a prestar todo tipo de asistencia a una persona que conoce, que sabe que no es conflictiva, que es limpia, que no está enferma... que cuando tal obligación se contraiga con una persona que no reúna todas esas características. Incluso con mayor motivo, al alimentista tampoco le dará igual

⁴⁹⁴ En este mismo sentido se pronuncia CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, cit., pág. 200, con cita de las SSTs 2 de julio de 1.992, y 3 de noviembre de 1.988, para el caso de matrimonios, y de la SAT de Palma de Mallorca, de 6 de julio de 1987, para el caso de hermanos.

⁴⁹⁵ El artículo 95.1. de la Ley de derecho civil de Galicia establece: “Por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto a otra u otras, a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista”

⁴⁹⁶ Tal y como lo confirma GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, cit., pág. 168.

⁴⁹⁷ Comparten esta opinión RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, cit., pág. 743, CALVO ANTÓN, MANUELA, “El contrato de alimentos...”, cit., pág. 652 y CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, cit., pág. 97.

quién sea la persona que va a hacerse cargo de todas sus necesidades, y con la que puede llegar a convivir⁴⁹⁸. No le será indiferente, sin duda, que el alimentante sea compasivo, cariñoso, o un familiar, a que sea otra persona cualquiera. Dadas las especiales características de la obligación, que depende de las necesidades del acreedor y que de alguna manera incluye prestaciones afectivas o emocionales, consideramos que el contrato es personalísimo desde ambos puntos de vista, el del deudor y el del acreedor.

Este carácter personalísimo del contrato de alimentos es el que nos lleva a mantener el carácter intransmisible, al menos *inter vivos*, del crédito del acreedor⁴⁹⁹. A diferencia de lo que ocurre en la renta vitalicia, la identidad del acreedor en el contrato de alimentos determina de manera fundamental las prestaciones del deudor, pudiendo hacerlas más gravosas desde el punto de vista personal y económico. En el contrato de renta vitalicia la edad y la salud del acreedor, junto con los bienes y derechos transmitidos, determinan la entidad de la renta, pero esta renta permanece inmutable aunque la situación personal del deudor varíe. En el contrato de alimentos la prestación del deudor varía según se modifican las necesidades del acreedor, motivo por el cual no le es indiferente el cambio en la persona del acreedor⁵⁰⁰. Además, debe tenerse en cuenta que las prestaciones del deudor implican una relación personal con el acreedor incluso aunque no se pacte la convivencia, lo que conlleva la importancia de la identidad del alimentista. En el contrato de alimentos se pacta el mantenimiento de una persona concreta, por lo que la posición del acreedor es intransmisible⁵⁰¹.

Tampoco el alimentante podrá, *inter vivos*, ser sustituido unilateralmente por otro en su obligación, puesto que, como ya se ha dicho, las características personales del alimentante son determinantes para el alimentista a la hora de realizar el contrato. No obstante, cuando el contrato no contiene prestaciones asistenciales de hacer y éstas consisten exclusivamente en un dar, aunque sea en atención a las concretas necesidades del alimentista, el carácter personalísimo se difumina y, mediando acuerdo entre las partes, podrá mantenerse la posibilidad de cambio en la persona del deudor⁵⁰².

⁴⁹⁸ En el mismo sentido se pronuncia MILLÁN SALAS, FRANCISCO, “El contrato...”, *cit.*, pág. 837, quien entiende que el cedente alimentista tiene que elegir acertadamente a la persona del cesionario, por razones de tipo personal como las indicadas en el texto, y de tipo patrimonial, puesto que le gustará ver sus bienes en manos de determinadas personas.

⁴⁹⁹ Como también afirma RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 743.

⁵⁰⁰ Comparte esta opinión CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 98.

⁵⁰¹ Así lo defiende, también, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 97.

⁵⁰² Como afirma RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 743.

Mayores problemas plantea mantener la intransmisibilidad *mortis causa* de la posición jurídica del deudor. Respecto del acreedor parece clara la intransmisibilidad de su derecho *mortis causa*, sobre todo cuando el contrato sea vitalicio, pues la muerte del acreedor es la causa por excelencia de extinción del contrato. Si bien, cuando el contrato se haya pactado por tiempo determinado el fallecimiento anticipado del acreedor tampoco dará lugar a la transmisión del derecho a sus herederos, pues es de esencia al contrato el estar fundado en la satisfacción de las necesidades del alimentista, que obviamente terminan con su muerte⁵⁰³. Sólo en el específico supuesto de que las partes prevean, mediante pacto, la continuación de la prestación a favor de alguno de los herederos ésta tendrá lugar. Debe precisarse, que tal eventualidad no implica la transmisión *mortis causa* del derecho, pues los herederos no recibirán la prestación en su calidad de herederos del contratante, sino como propios contratantes o, en su caso, como beneficiarios de una estipulación a favor de tercero contenida en el contrato⁵⁰⁴.

Como se indicaba, la situación no es tan sencilla desde el punto de vista del deudor. A pesar de que al acreedor no le es indiferente quién sea el deudor y, por tanto, quien se haga cargo de sus cuidados, el artículo 1.792 CC parece prever la transmisibilidad *mortis causa* de la posición deudora. En un primer momento esta opción resulta llamativa, dado el carácter personalísimo del contrato y la obligación de hacer que, al menos en parte, conlleva la prestación del alimentante⁵⁰⁵. No obstante la opción es, desde nuestro punto de vista, indudablemente correcta. Aunque la situación ideal es que la identidad del acreedor y del deudor permenezcan inmutables, no cabe duda de que cuando el deudor desaparece las opciones son dos: dejar al alimentista desamparado, sin atenciones ni mantenimiento, a pesar del carácter claramente asistencial del contrato, o considerar transmisible *mortis causa* la posición deudora. Cualquiera de las dos opciones es gravosa para el acreedor, pero indudablemente mucho más gravosa será aquella que le prive de cualquier tipo de asistencia, frustrando el fin del contrato. Por ello, atendiendo a la finalidad del contrato, a los intereses del alimentista y a la propia equidad contractual, pues no debe olvidarse que la contraprestación del acreedor se entrega a cambio de cuidados vitalicios, la transmisibilidad *mortis causa* de la posición deudora es la más adecuada.

⁵⁰³ En este mismo sentido RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 743.

⁵⁰⁴ Así lo precisa, también, RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 743.

⁵⁰⁵ Debe tenerse en cuenta que el artículo 1257 CC establece que los contratos producen efectos entre las partes y sus herederos, salvo que los derechos y obligaciones del contrato sean intransmisibles, por su naturaleza, por pacto, o por disposición de la ley.

Para justificar tal opción parece posible acudir al carácter vitalicio del contrato⁵⁰⁶, a la frustración del fin contractual⁵⁰⁷ y, por supuesto, al hecho de que el legislador expresamente prevea la posibilidad de mutar la prestación del deudor en una prestación de dar, en una renta vitalicia, en aquellos supuestos en los que, por producirse la muerte del obligado o por cualquier otra causa, resulte imposible la pacífica convivencia de las partes⁵⁰⁸. Esta previsión de la ley no es más que la plasmación legal de una cláusula que venía incluyéndose en el contrato vitalicio, cuando era atípico, y que permite solucionar la frustración del fin contractual cuando, en contra de todo pronóstico, es el deudor el que muere antes que el acreedor⁵⁰⁹. Entendemos que es perfectamente posible excluir el contenido del artículo 1.792 CC a través de una determinada cláusula contractual, pues no cabe duda que su sentido y finalidad es proteger al alimentista y que su razón de ser radica, precisamente, en el carácter personalísimo del contrato. Por ello, si voluntariamente las partes deciden excluir la transmisibilidad *mortis causa* de la

⁵⁰⁶ Como lo hace BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 129, quien afirma que la obligación de alimentos subsiste mientras lo haga la vida del alimentista, que es la contemplada para la constitución de la relación; BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 308 y 309, que mantiene que la obligación no cesa sino con la muerte de la persona que haya sido tomada como módulo y CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 215, quien afirma que la razón de la transmisión de la obligación a los herederos del alimentante podría estar en que es la vida del alimentista la tomada en consideración.

⁵⁰⁷ GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, “Consideraciones sobre...”, *cit.*, pág. 160, considera que en este contrato, en muchas ocasiones, su finalidad se cumple si se cubren las obligaciones asistenciales, aunque sea por parte de los herederos del alimentante. En opinión de la autora, para predicar el carácter *intuitu personae* de un contrato no basta con que se hayan tenido en cuenta las cualidades del deudor, o que haya una relación de confianza, sino que debe considerarse la imposibilidad de satisfacción del acreedor mediante el pago de un tercero. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 743, afirma que debe primar la necesidad de no frustrar el fin del contrato, y cumplir lo expresamente pactado, sobre la intransmisibilidad de la obligación y su carácter personalísimo.

⁵⁰⁸ En sentido similar el Código Suizo de las Obligaciones establece la transmisión *ex lege* de las obligaciones del alimentante a sus herederos, salvo pacto en contrario. Si bien, en atención a su carácter personalísimo otorga al alimentista la facultad de resolver el contrato en el plazo de un año desde la muerte del alimentante. En caso de optar por tal posibilidad el alimentista tendrá un crédito equivalente al que le correspondería en caso de quiebra del alimentista, un crédito igual al que sería necesario para constituir una renta vitalicia equiparable al valor de las prestaciones que se le deban, en una institución de reconocido prestigio, (arts. 528 y 529 del Código Suizo de las obligaciones).

⁵⁰⁹ También se pronuncia en este sentido CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 215, si bien, respecto al artículo 97 de la Ley 4/95, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Este precepto establece la transmisibilidad de la obligación de prestar alimentos, hasta la muerte del alimentista, a los herederos o legatarios del obligado a prestarlos, salvo que se haya pactado lo contrario. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio...”, *cit.*, pág. 860, entiende que tal previsión no es más que la transmisión *ex lege* de la obligación sin necesidad de convenio alguno, y que no hace más que reiterar la previsión realizada por el artículo 1.257 CC.

obligación alimenticia, no parece que exista motivo alguno para impedírsele⁵¹⁰.

5.5.4.- Las relaciones jurídicas que implican prestaciones alimenticias no asistenciales

Para terminar conviene detenerse en dos cuestiones que plantean problemas en la delimitación de este contrato y el de renta vitalicia. En primer lugar, determinar la categoría contractual a la que deben adscribirse las relaciones contractuales en las que se pacta una prestación alimenticia que no da lugar a asistencia de todo tipo, sino a una obligación variable de dar *in natura* o en dinero. Por otra parte, determinar la naturaleza de la pensión actualizable que prevé el artículo 1.792 CC para el caso de muerte del obligado o incompatibilidad entre las partes.

A) Naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que implican prestaciones de dar variables a cargo del deudor

Respecto a la primera cuestión, consideramos que ambos tipos contractuales admiten la posibilidad de que la obligación del deudor se concrete en meras prestaciones de dar dinero o bienes fungibles. En el de alimentos porque, como se vio, el contenido contractual es libremente dispuesto por las partes, ya que el artículo 1.791 CC tiene carácter meramente ejemplificativo, no imperativo. Ciertamente es, sin embargo, que la prestación se aparta del carácter asistencial más típico del contrato, ya no consiste en una prestación mixta de dar y hacer, como en los supuestos habituales, sino en una de dar. No obstante, si las cantidades pactadas en el contrato tienen la finalidad de atender a las necesidades del alimentista, y tienen carácter variable, entendemos que nada impide pactar el pago de los alimentos en cantidades de dinero o bienes fungibles, pues lo que caracteriza a la deuda alimenticia, para que pueda ser calificada como tal, es el fin que se pretende, no el carácter alimenticio de los medios que se destinan a conseguir tal finalidad⁵¹¹.

Por otra parte, y aunque han existido debates doctrinales al respecto, nos parece perfectamente posible, como en su momento se verá, pactar la

⁵¹⁰ Así lo afirma, aunque refiriéndose al artículo 97 de la Ley 4/95 de Derecho civil de Galicia, REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS, “El contrato vitalicio...”, *cit.*, pág. 861. Para el autor tal previsión no tiene carácter imperativo, y puede ser excluida por las partes, limitando la obligación a los cesionarios del contrato.

⁵¹¹ En este sentido se pronuncia DORAL, JOSÉ ANTONIO, “Pactos en materia...”, *cit.*, pág. 385. RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 741, afirma, conforme se mantiene en el texto, que no es conceptualmente imposible que la prestación alimenticia consista en una suma de dinero determinada por las necesidades del alimentista.

renta vitalicia de los artículos 1.802 y ss. del Código Civil en cualquier otra cosa fungible distinta del dinero⁵¹².

Para algún autor no parece existir obstáculo, tampoco, en que la obligación del deudor en el contrato de alimentos se divida en entregas sucesivas de cuantía predeterminada⁵¹³. Sin embargo, la cuantía de las distintas prestaciones no puede establecerse de manera fija e inamovible porque, en tal caso, ¿cuál es la diferencia con el contrato de renta vitalicia? No hemos de olvidar que aunque el contrato de renta vitalicia puede responder a distintos fines, nada impide que se pacte con fines alimenticios. En este caso la prestación del contrato de alimentos sería, al igual que en el contrato de renta vitalicia, periódica de dar, y tampoco podríamos considerar como elemento diferenciador la variabilidad si las prestaciones son constantes e inamovibles.

Desde nuestro punto de vista el *quid* de la cuestión se encuentra precisamente aquí, en el carácter variable de la prestación. En el contrato de alimentos la obligación del alimentante es una deuda de valor, variable y determinable en el momento de su cumplimiento, que puede ser revisable cuando resulte insuficiente para satisfacer las necesidades del alimentista. Así, el acreedor de los alimentos puede reclamar el exacto cumplimiento de las atenciones debidas o exigir el aumento de la cuantía dineraria en que se concretó la pensión⁵¹⁴. Aunque la prestación no consista más que en dar determinadas cantidades de dinero o bienes fungibles, y no en contenidos más personales, no deja de dirigirse a satisfacer las necesidades del alimentista, necesidades que por definición son variables, lo que da tal carácter a la prestación⁵¹⁵. No ocurre así en el contrato de renta vitalicia, como se verá, en el que las rentas consisten en cantidades fijas y determinadas, sin perjuicio de que puedan pactarse cláusulas de

⁵¹² Aunque este problema se estudiará en el momento oportuno, resulta necesario adelantar el resultado de tal debate doctrinal para deslindar esta relación jurídica. A simple modo de ejemplo citar, como autores que comparten esta postura, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 126, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 146.

⁵¹³ En este sentido se pronuncian DORAL, JOSÉ ANTONIO, “Pactos en materia...”, *cit.*, págs. 333 y 385, quien, en la pág. 333, considera que la deuda alimenticia puede pactarse en una cantidad concreta, pues la cantidad de dinero estipulada o las cosas señaladas tienen un valor meramente indicativo de las necesidades del alimentista, sólo representan el valor de los alimentos, y NÚÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN, *El contrato de alimentos...*, *cit.*, pág. 150.

⁵¹⁴ Como también lo afirma BONET CORREA, JOSÉ, “Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.976, pág. 1.253.

⁵¹⁵ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La cesión...”, *cit.*, pág. 741, considera que en los supuestos en los la prestación del deudor del contrato de alimentos consista en una cantidad de dinero, siempre y cuando dependa de las necesidades del alimentista, no puede hablarse de renta vitalicia, dado el carácter variable de la misma.

estabilización⁵¹⁶. Tales cláusulas mantienen el poder adquisitivo del rentista, y ciertamente varían la cuantía de la renta, pero no con la finalidad de adaptarse a las necesidades del acreedor. En el contrato de renta vitalicia el *alea* sólo afecta a la duración del contrato, no a la cuantía de las prestaciones, como sin embargo ocurre en el contrato de alimentos.

Por tanto, parece indudable que cuando las partes establezcan una pretendida prestación alimenticia, consistente en pagos periódicos de cantidades de dinero o bienes fungibles determinadas, la verdadera naturaleza de la obligación es un contrato de renta vitalicia, que debe regirse por los artículos 1.802 y ss. CC En este sentido entendemos, con BELTRÁN DE HEREDIA, que la esencia de los alimentos, sean convencionales o legales, es atender a las necesidades del alimentista, que no son, ni pueden ser, constantes e inalteradas⁵¹⁷. Así, cuando se pacte una pensión fija y determinada, sea en dinero o en especie, el contrato es de renta vitalicia. Y ello con independencia del destino que se de a tales rentas, pues, como se dijo en su momento, tal destino pertenece a los motivos internos subjetivos del contrato, que no son elevados por las partes a condición determinante del mismo. Además, nada impide que las rentas del contrato de renta vitalicia puedan cumplir un fin alimenticio, aunque tal carácter no sea esencial al contrato de renta vitalicia.

B) Naturaleza jurídica de la pensión prevista en el artículo 1.792 CC

Muy relacionada con la anterior cuestión se encuentra la segunda: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la pensión establecida en el artículo 1.792 CC para aquellas situaciones en las que existe incompatibilidad entre las partes del contrato de alimentos o muerte del deudor de los mismos? ¿Es esta pensión variable?

El artículo 1.792 CC establece la posibilidad de que cualquiera de las partes, cuando se produce la muerte del deudor alimentante o concurre

⁵¹⁶ Como se ha visto, este es el criterio mantenido por la STS de 16 de diciembre de 1.930, que exige que la cantidad de dinero sea fija y determinada para poder calificar el contrato de renta vitalicia. También lo afirma así BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 131, pues defiende que en el contrato de renta vitalicia lo que hay que entregar son cantidades fijas y determinadas de dinero o productos en especie.

⁵¹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 132 y 133. Ciertamente es, sin embargo, que el autor opina que no puede considerarse contrato de alimentos, tampoco, aquel que consista en una mera prestación de dar. El autor tiene razón en que no es la prestación típica de estos contratos, sin embargo, incluso aunque no lo consideremos auténtico contrato de alimentos, como en virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes pueden pactar una mera prestación de dar variable, en atención a las necesidades de alimentista, el contrato más cercano será el de alimentos y, por tanto, a su régimen jurídico habrá de someterse.

cualquier circunstancia grave que impida su pacífica convivencia, pida que la prestación de alimentos se pague mediante pensión actualizable prevista en el contrato o fijada judicialmente. Este precepto intenta solventar la difícil situación que se presenta, a menudo, cuando las relaciones entre las partes del contrato resultan complicadas o imposibles. El artículo habla de convivencia, aunque del contrato de alimentos no tiene que derivarse, necesariamente, esta convivencia. Como ya vimos, el contenido de la prestación alimenticia puede ser decidido libremente por los contratantes, sin que necesariamente tenga que concurrir la convivencia entre alimentista y alimentante. En este sentido, cuando el legislador hace referencia a cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia entre las partes, parece referirse a cualquier circunstancia que impida el normal desarrollo de la prestación alimenticia: que la relación de las partes empeore, que el alimentante no pueda seguir realizando la prestación por enfermedad grave o incapacidad, que el alimentista se desplace a otro lugar impidiendo el normal cumplimiento...⁵¹⁸

La solución resulta adecuada, si realmente la pensión que sustituye a la originaria prestación de alimentos se adapta a las necesidades del alimentista. Sin embargo, no parece que sea esta la conclusión que deba deducirse de un análisis detenido del artículo 1.792 CC. El artículo citado prevé la posibilidad de que "...la *prestación de alimentos* convenida se pague mediante *pensión actualizable*...". Parece fundamental la falta de mención al carácter alimenticio de la pensión actualizable, de donde podría haberse deducido su variabilidad, de acuerdo con las argumentaciones antes expuestas. El artículo 1.792 CC sólo prevé el pago mediante pensión actualizable fijada en el contrato o judicialmente, previsión que parece indicar, salvo pacto en contrario o resolución judicial en contra, que la pensión tendrá una cantidad fija y determinada⁵¹⁹. El hecho de que el legislador establezca el carácter de actualizable de la pensión también nos lleva a la citada conclusión, pues si la pensión se determinase conforme a las necesidades del alimentista no sería necesaria la actualización⁵²⁰.

La solución prevista por el legislador parece de todo punto injusta y criticable, pues tras la ardua tarea diferenciadora de ambos contratos, que finalmente culmina con la tipificación del contrato de alimentos, el legislador termina por establecer, a falta de acuerdo entre las partes, que los alimentos se satisfarán a través de una verdadera renta vitalicia.

⁵¹⁸ En este sentido se pronuncia, también, GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, "Consideraciones sobre...", *cit.*, pág. 170.

⁵¹⁹ También entiende que de la letra del precepto no se deduce su carácter variable GÓMEZ LAPLAZA, M^a DEL CARMEN, "Consideraciones sobre...", *cit.*, pág. 170.

⁵²⁰ En este sentido, MILLÁN SALAS, FRANCISCO, "El contrato...", *cit.*, pág. 835, afirma que al aumentar o disminuir la pensión alimenticia según aumenten o disminuyan las necesidades del alimentista, no puede revalorizarse. Si bien, el autor considera que también variarán las prestaciones si se modifica la posición económica del cesionario, opinión que, como se ha dicho, en absoluto compartimos.

Como se vio, la fundamental diferencia entre una y otra obligación, cuando la prestación del deudor no es mixta de dar y hacer, es el carácter variable de la pensión de alimentos⁵²¹. Por tanto, si el legislador prevé la sustitución de la pensión de alimentos por una pensión de cuantía fija y determinada debe concluirse, con LLAMAS POMBO, que se produce una auténtica novación del contrato, pues donde existía prestación de alimentos ahora hay renta vitalicia⁵²². La solución no parece justa pues, como a lo largo de los anteriores epígrafes se mantiene, uno y otro contrato son completamente diferentes, no satisfacen las mismas necesidades y su régimen jurídico es bien distinto, entre otras cosas porque el contrato de renta vitalicia no puede resolverse y el de alimentos sí, tal y como prevé el artículo 1.795 CC

El legislador quiso evitar los problemas derivados de la esencial variabilidad de la prestación alimenticia sustituyéndola por una renta vitalicia, obviando que tal solución resulta claramente injusta para el alimentista. Y lo es porque el capital entregado como contraprestación en el contrato de alimentos suele ser superior al que se entrega a cambio de una renta vitalicia, ya que las obligaciones del alimentante son muy superiores. En el contrato de alimentos el acreedor de los alimentos suele desprenderse de prácticamente todo su capital, en la confianza de que sus necesidades van a estar cubiertas el resto de su vida. Sin embargo, cuando se dé cualquiera de las circunstancias previstas por el artículo 1.792 CC y la prestación alimenticia se sustituya por una renta vitalicia esa seguridad desaparecerá, ya que su prestación inicial será sustituida por una cantidad de dinero fija y determinada. Esa renta vitalicia quizás sea suficiente para satisfacer sus necesidades en el momento de la novación, pero en absoluto le asegura la satisfacción de las futuras si por cualquier circunstancia, como una grave enfermedad degenerativa o la mera vejez, le hace necesitar atenciones continuas o grandes desembolsos económicos.

El contrato de alimentos es doblemente aleatorio, es esencial al mismo la variabilidad de la prestación alimenticia y, casi siempre, se opta por celebrar un contrato de estas características, y no el de los artículos 1.802 y ss del Código Civil, en atención a este dato. Si el alimentista hubiese querido celebrar un contrato de renta vitalicia así lo habría hecho, y si no lo hizo fue porque quería tener cubiertas todas sus necesidades hasta su muerte. Por tanto, la solución del artículo 1.792 CC en absoluto va a resultar satisfactoria para el acreedor del contrato de alimentos.

En este sentido, resulta más justa para el alimentista la solución dada por el legislador en los supuestos de incumplimiento de la obligación por

⁵²¹ Prestación que si bien es determinable, en atención a las necesidades del deudor, tiene carácter variable por la inherente variabilidad de tales necesidades, tal y como acertadamente indica DORAL, JOSÉ ANTONIO, "Pactos en materia...", *cit.*, pág. 388.

⁵²² LLAMAS POMBO, EUGENIO, "La tipificación...", *cit.*, pág. 214

parte del alimentante. Este precepto permite al alimentista resolver el contrato con la previsión del artículo 1.796 CC, es decir, teniendo en cuenta que de la resolución del mismo resulte un superavit suficiente para que pueda constituir una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida. Aparte de los numerosos problemas que plantea este precepto, como los derivados de la valoración de las prestaciones del alimentista y del cálculo del capital necesario para constituir una pensión análoga, surge la duda de si la pensión debe ser análoga a la de alimentos que venía disfrutando o a la renta vitalicia prevista en el 1.792 CC⁵²³ Desde nuestro punto de vista, el artículo 1.796 CC pretende que el superavit resultante de la resolución sea equivalente al capital necesario para constituir una pensión análoga a la de alimentos, no una renta vitalicia. De hecho, si no fuere así en este sentido debe interpretarse, pues es la única solución satisfactoria para el alimentista, que celebró un contrato de alimentos y no de renta vitalicia.

La delimitación detallada y detenida, en el clausulado contractual, de las consecuencias derivadas del incumplimiento o de las alteraciones de las circunstancias en las que se realiza la prestación alimenticia es indispensable, pues de lo contrario se corre el riesgo de ver convertido el contrato de alimentos en una renta vitalicia, que como ya se ha visto poco tiene que ver con el contrato de alimentos. Resulta curioso que tras toda la labor doctrinal y jurisprudencial realizada para delimitar ambos contratos, cuando finalmente el legislador se decide a poner término a los conflictos para tipificarlo como contrato autónomo, tienda de nuevo a unificarlos estableciendo una novación del contrato en una auténtica renta vitalicia.

5.6.- DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA Y LA HIPOTECA INVERSA

5.6.1.- Introducción y antecedentes de la figura

Procede ahora distinguir el contrato que nos ocupa de una nueva figura disciplinada *ex novo* por la Disposición adicional 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada normativa tributaria. Sin detenernos a comentar el largísimo título de la ley y la amalgama de contenidos de sus preceptos, nos fijaremos en un curioso producto que regula por primera vez el ordenamiento jurídico español: la hipoteca inversa.

En realidad, la hipoteca inversa ya era ofrecida por distintas entidades financieras de nuestro país, aunque carecía de un régimen jurídico

⁵²³ Tales problemas son apuntados por LLAMAS POMBO, EUGENIO, “La tipificación...”, *cit.*, pág. 214.

específico⁵²⁴. Parece que el origen de esta especial figura hipotecaria está en el Reino Unido, donde comenzó a comercializarse en 1.965. Con posterioridad tuvo lugar su entrada en el mercado de Estados Unidos, a lo largo del año 1.989, donde se formalizaron unas 40.000 hipotecas inversas durante el año 2.005⁵²⁵.

El nombre de la institución, “hipoteca inversa”, procede de la denominación americana de esta clase de hipotecas⁵²⁶. Tal y como pone de manifiesto MURO VILLALÓN, esta denominación emana del derecho Anglosajón, pues deriva de traducir el término “*reverse mortgage*” como contrapuesto al de “*forward mortgage*”, que hace referencia a las hipotecas de amortización⁵²⁷.

Esta hipoteca presenta tres tipos de riesgos para las entidades de crédito: la longevidad del prestatario, el tipo de interés y el riesgo asociado al valor de la propiedad una vez amortizado el préstamo. Como contraposición al libre mercado del Reino Unido, en Estados Unidos se ha implantado un seguro de garantía adicional frente a este último tipo de riesgo, a través de la Federal Housing Administration⁵²⁸. En este sentido, se afirma que el

⁵²⁴ Así Ibercaja, entidad pionera en la comercialización de estos productos, lleva desde 2001 comercializando hipotecas inversas. En septiembre de 2005 comienza la comercialización de la pensión hipotecaria vitalicia de Caixa Terrasa. También Caixa Sabadell comenzó a comercializar la hipoteca inversa en febrero de 2006, y Caja Navarra en abril de 2006. Estos datos los obtenemos de <http://www.elmundo.es/suplementos/suvienda/2006/441/1146175204.html>, en fecha 22 de mayo 2008. Por otra parte, tal y como puede comprobarse en http://www.expansion.com/edicion/exp/empresas/banca_y_cajas/es/desarrollo/1042451.html, lo que parecía ser un terreno exclusivo de las cajas deja de serlo con la adhesión del BBVA al escaso elenco de entidades que ofrecen estos productos.

⁵²⁵ TAFFIN, CLAUDE en “La hipoteca inversa o vitalicia”, traducción del informe publicado en inglés en el Boletín económico de la Federación Hipotecaria Europea, Hipostat, 2004, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/34.pdf?version=1>, consultada el 22 de mayo de 2008, págs. 4 y 8 a 12.

⁵²⁶ En Francia se regula en el año 2006 y recibe la denominación: “Prêt viager hypothécaire”. Así lo confirma MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca inversa”, 2ª ponencia al 3º Congreso de registradores de España, celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2007. En versión PDF en <http://www.congresoderegistradores.org/ficheros/ponencias/ponencia2.pdf>, a 1 de junio de 2008, pág. 4, nota 1.

⁵²⁷ MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, págs. 2 y 3. En su opinión, las primeras se podrían denominar hipotecas de desamortización o endeudamiento.

⁵²⁸ Así lo afirma TAFFIN, CLAUDE en “La hipoteca inversa...”, *cit.*, págs. 1 y 3. ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *El Consultor inmobiliario*, nº 87, febrero de 2008, versión *on line*, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6093359.370.3.1071328500.25416302>, pág. 4, en relación con el riesgo relativo al valor de la propiedad hipotecada afirma que, aunque se haya introducido la posibilidad de ir contra el

lanzamiento de préstamos federales permite la solución de dos problemas importantes en estas hipotecas: su mala reputación y su elevado coste⁵²⁹. En España, ANGUITA RÍOS afirma, en relación con el riesgo que constituye la longevidad del prestatario, que puede minimizarse mediante la contratación de un seguro que atienda a los intereses que genera la deuda, cuyo pago no será exigible hasta que se produzca el fallecimiento⁵³⁰.

Los créditos o préstamos garantizados con hipoteca inversa tienen un tipo de interés más elevado que los convencionales, porque su riesgo también es superior. Aunque el riesgo de impago es muy reducido, debe tenerse en cuenta que la deuda va creciendo con el transcurso del tiempo, que el plazo de duración es incierto, y que la limitación de la deuda al valor de la propiedad resulta muy costosa si no se conocen perfectamente los riesgos⁵³¹. Ello implica que el coste de las hipotecas inversas también sea más elevado que el de las hipotecas ordinarias, no sólo porque los tipos de interés son más elevados sino porque las comisiones también son superiores, como consecuencia del elevado riesgo que implica la duración indeterminada del préstamo. Esta duración indeterminada previsiblemente implicará la asociación de la hipoteca a determinados productos de seguro, que encarecerán el coste para el prestatario y minorarán el riesgo del prestamista⁵³². Junto al elevado coste de la hipoteca inversa se ha señalado, como inconveniente de la misma, que puede dar lugar a un endeudamiento

resto de los bienes de la herencia para hacer efectiva la deuda, lo más habitual es que tales bienes sean escasos, además, no se garantiza la preferencia de cobro sobre los mismos. Por ello la principal garantía radica en la vivienda, debiendo calcularse muy bien su valor y su revalorización transcurrido el plazo de duración de la relación. En el mismo sentido se pronuncia en “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *Diario La Ley*, nº 6875, 4 de febrero de 2008, versión *on line*, <http://diariolaley.laley.es>, pág.4

⁵²⁹ TAFFIN, CLAUDE en “La hipoteca inversa...”, *cit.*, págs. 3 y 4, en relación con su mala reputación afirma que la complejidad del producto y el hecho de que se dirija a personas mayores dio lugar a “prácticas dudosas” por parte de prestamistas, brokers... Por ello se sujeta la concesión de los préstamos, por el Estado Federal, a la evaluación de un experto externo que explique las características del producto y los riesgos asociados. En Reino Unido se ha asumido un Código de buena práctica por los principales prestamistas.

⁵³⁰ ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 4. En el mismo sentido se pronuncia en “La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 83, octubre de 2007, versión *on line*, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6111310.370.3.1071328500.25398351>, pág.4.

⁵³¹ En este sentido se pronuncia TAFFIN, CLAUDE en “La hipoteca inversa...”, *cit.*, pág. 4. También, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 4

⁵³² Comparten estas opiniones LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”, *Diario La Ley* (versión digital), nº 6864, viernes 18 de enero de 2008, pág. 7. Los autores afirman, en relación con la asociación de la figura a seguros, que eso es lo que ha ocurrido en la práctica anglosajona.

“irreflexivo e innecesario”, como consecuencia de que la obligación de pago del préstamo garantizado con la hipoteca se transmite a los herederos, por lo que no se valoran los costes ni se tienen en cuenta otras alternativas⁵³³.

5.6.2.- Concepto de hipoteca inversa. Diferencias con la renta vitalicia

El apartado octavo de la exposición de motivos de la Ley 41/2007 contiene la definición de la hipoteca inversa. Allí se afirma: “*La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito*”.

La terminología legal no es la más adecuada, pues, entre otros muchos defectos, parece confundir el contrato de préstamo con el derecho real de hipoteca. Si bien, otorguémosle el mérito de describir de manera medianamente clara el mecanismo de funcionamiento de la figura⁵³⁴.

La hipoteca inversa permite que el constituyente reciba un préstamo, del que es garantía su propia vivienda, sin tener que renunciar a su uso o titularidad. De esta manera se consigue que las personas que cumplen los requisitos establecidos en la ley puedan recibir una renta que les ayude a hacer

⁵³³ Tal es la opinión de MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 7. El autor señala, en la nota 6, que para reducir tal inconveniente en EEUU se exige el asesoramiento de agentes especializados. No obstante, en la página 8 reconoce que la tendencia general es la contraria: la defensa del patrimonio familiar, que se convierte en un argumento contrario a este tipo de hipotecas, sobre todo, en familias tradicionales como las españolas en las que prevalece la protección futura de los hijos.

⁵³⁴ Critica la confusión del legislador, también, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles sobre la llamada <<hipoteca inversa>>: inquietudes iniciales sobre la cuestión”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 88, marzo, 2008, versión electrónica, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6097256.370.3.1071328500.25412405>, pág. 17. En el mismo sentido se pronuncia RUBIO TORRANO, ENRIQUE, “De la Ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas”, *Aranzadi Civil*, nº 17/2007 (Tribuna), versión *on line*, <http://nuevo.westlaw.es/wles/app/document?docguid=I7284caf0ba6911dc97b2010000000000&sruid=ia744800e0000011a457d53ba651f3805>, consultada el 31 de mayo de 2008, pág 3, quien afirma que, a pesar de la dicción de la Disposición Adicional I de la Ley, la hipoteca inversa no es un préstamo o crédito, sino que se constituye para garantizarlos.

frente a sus propias necesidades, sin suponer una carga para sus hijos o familiares.

Mantiene la doctrina que la filosofía del producto es asistencial, no especulativa, por lo que cuenta con el beneplácito de los poderes públicos⁵³⁵. Desde nuestro punto de vista, y sin dudar que la finalidad del legislador haya sido establecer y favorecer un producto marcadamente asistencial, el hecho de que sea ofertado por entidades de crédito y aseguradoras, sin duda, implicará que la finalidad asistencial pase a un segundo plano. Frente a quienes alegan que las mayores reticencias pueden venir de la mano de los bancos, cajas de ahorros o entidades aseguradoras, por el importante riesgo que implica para la entidad prestamista, nosotros consideramos que el mayor riesgo puede derivar de los abusos y desconfianzas que tales entidades generan⁵³⁶. De hecho, las entidades financieras recomiendan la contratación de un seguro, que habrá de ser abonado por el constituyente, cuya finalidad es cubrir alguno de los riesgos que para la entidad se generan. En este sentido es fundamental no perder de vista que la hipoteca inversa, tal y como está planteada, es un auténtico negocio que en ningún caso se realiza de manera desinteresada o sin la intención de obtener un lucro⁵³⁷.

Por ello llama poderosamente la atención que el legislador haya decidido fomentar y apoyar un producto con clara finalidad asistencial a través de entidades financieras y aseguradoras, cuando tal finalidad podría ser satisfactoriamente cubierta mediante el contrato de renta vitalicia. Simplemente dejando clara la legitimidad del contrato cuando sólo se transmite la nuda propiedad de un inmueble como capital, y permitiendo el disfrute del usufructo de la vivienda por parte del rentista, se habría conseguido la finalidad de que éste gozase de liquidez sin perder el uso y disfrute de la vivienda mientras viva.

A través del fomento de la fiscalidad del producto, y subvencionando los gastos de constitución, se tendría un producto muy similar con muchas más ventajas. En primer lugar porque la propiedad de la vivienda, si tal fuese

⁵³⁵ En este sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 2, para quien ello es así (se intenta normativizar un producto cuya filosofía es asistencial y no especulativa), aunque pueda resultar extraño a las entidades de crédito que la ofertan.

⁵³⁶ Tal es el caso de ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 2, quien considera que el producto implica un importante riesgo para la entidad prestamista, que debe combinar variables como: la vida de la persona, los plazos de reembolso, la evolución de los tipos de interés y el cálculo de la revalorización del inmueble.

⁵³⁷ Acertadísima precisión que realiza HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca inversa y figuras afines”, Madrid, Portal mayores, Informes portal mayores, nº 49. (Fecha de publicación: 21/03/2006)
<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>, pág.15.

el capital, en la mayor parte de los casos se mantiene en manos de familiares, amigos o personas cercanas al pensionista, lo que indudablemente le generará mayor satisfacción. Ello sin perjuicio de que el contrato pueda celebrarse con una persona jurídica de cualquier tipo, si así lo desea el constituyente, o de que el bien entregado para asegurar su mantenimiento sea otro distinto.

El contrato de renta vitalicia, además, elude problemas fundamentales que plantea la hipoteca inversa. Así, tal y como pone de manifiesto MIQUEL SILVESTRE, esta garantía asegura una obligación que deja abierto el importe final de los intereses moratorios adeudados. Además, la Ley 41/2007 asume la posibilidad de que la vivienda hipotecada no sea suficiente para cubrir la deuda, pues permite que el acreedor hipotecario se dirija contra el resto de los bienes hereditarios. Tal hipótesis está en clara contraposición con la legislación hipotecaria clásica, pues no permite que se deje indeterminada la responsabilidad que grave la finca como máximo respecto de terceros⁵³⁸. En el contrato de renta vitalicia la aleatoriedad no plantea estos problemas, pues ambas partes asumen el *alea* derivada del contrato sin que ésta afecte a terceros. Por otra parte, lo máximo que puede ocurrir es que los herederos se queden sin el capital entregado para la constitución de la renta, suponiendo que alguno de ellos no sea el otro contratante, sin que en ningún caso puedan verse afectados los bienes hereditarios. Ello sin necesidad de afrontar costosos intereses, sino un *alea* equilibrada que otorga tantas posibilidades de salir beneficiado como perjudicado del contrato.

5.6.3.- Regulación legal de la hipoteca inversa

Como ya se ha dicho, la regulación dada a la hipoteca inversa se recoge en la DA I de la Ley 41/2007. Sin embargo, la citada regulación no es exclusiva, porque la propia disposición establece que el régimen jurídico que instaura sólo rige para el supuesto de que la hipoteca se constituya sobre la vivienda habitual del deudor hipotecario, y cuando se cumplan determinados requisitos. Ello no excluye que la hipoteca inversa pueda constituirse sobre otros bienes, en cuyo caso el régimen jurídico será el que resulte aplicable, es decir, fundamentalmente: la Ley Hipotecaria y su Reglamento, legislación notarial y fiscal, la normativa general sobre publicidad, la general sobre protección de consumidores y usuarios, y la sectorial de carácter financiero ⁵³⁹

⁵³⁸ MIQUEL SILVESTRE, JOSÉ ANTONIO, “Hipoteca Inversa. Algunas hipótesis de conflicto”, *Diario La Ley*, 14 de abril de 2008, pág. 6.

⁵³⁹ Ponen de manifiesto este detalle de la Ley, también, LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades...”, *cit.*, pág. 8. En el mismo sentido SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico de la hipoteca inversa”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008, pág. 36, hace referencia a que tal hipoteca inversa debe regularse, además de por la legislación hipotecaria y del mercado hipotecario, por la legislación notarial y fiscal, por la legislación reguladora de las operaciones de activo

Respecto de los requisitos que establece la DA I de la Ley 41/2007⁵⁴⁰:

1.- El prestatario y constituyente de la hipoteca debe tener 65 años o más, o estar afectado de dependencia severa o gran dependencia. Los mismos requisitos son exigibles, además, a los beneficiarios designados por éste. Cuando sean varios los solicitantes o beneficiarios del préstamo todos ellos deben tener la edad mínima requerida, de manera que el menor de los solicitantes debe tener al menos 65 años, salvo que este afectado de dependencia severa o gran dependencia⁵⁴¹.

Respecto a la dependencia severa o gran dependencia necesaria para poder acceder a una hipoteca inversa, es evidente que no se refiere a la incapacitación judicial, sino a aquella dependencia a la que hace referencia el Libro Blanco del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales⁵⁴². Por último, concretar que para ser legalmente reconocido como una persona en situación de dependencia es necesario seguir el proceso fijado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y ser declarado dependiente por el órgano evaluador de la Comunidad Autónoma correspondiente en alguno de sus grados (moderada, severa o gran dependencia). La dependencia moderada

de la banca y protección de la clientela, legislación sucesoria y legislación reguladora del régimen económico matrimonial (con su incidencia en la vivienda habitual).

⁵⁴⁰ Estos requisitos vienen enumerados en el número uno de la DA I de la Ley 41/07.

⁵⁴¹ ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 4 y nota 11, comparte esta opinión, y recuerda que la edad se redujo respecto de la inicialmente estimada, en torno a los 70 años. Por otra parte afirma que la opción es diferente de la adoptada por Estados Unidos, que la reduce a 62 años, o por el Reino Unido, que la limita a 60. Señala, además, que la legislación francesa no establece nada en relación con la edad. SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 43, afirma que con la nueva regulación no cabe contratar la hipoteca inversa y suspender la disponibilidad del capital hasta que cumplan 65 años los beneficiarios del capital.

⁵⁴² En Septiembre de 1998 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó una Recomendación relativa a la dependencia (Consejo de Europa, 1998), que la define como «*la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana*», o, de manera más precisa, como «*un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal*». Así se afirma en la pág. 21 del Libro Blanco de Dependencia en España, versión PDF, que puede encontrarse en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/libroblanco.pdf>, en fecha 31 de mayo de 2008. En la pág. 22 del citado libro se incide en que: “*La dependencia puede entenderse, por tanto, como el resultado de un proceso que se inicia con la aparición de un déficit en el funcionamiento corporal como consecuencia de una enfermedad o accidente. Este déficit comporta una limitación en la actividad. Cuando esta limitación no puede compensarse mediante la adaptación del entorno, provoca una restricción en la participación que se concreta en la dependencia de la ayuda de otras personas para realizar las actividades de la vida cotidiana*”. Comparte la opinión de que la referencia lo es a esta dependencia, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 5.

queda excluida, por lo que los dependientes moderados sólo podrán contratar este tipo de hipoteca inversa a partir de los 65 años⁵⁴³.

2.- El beneficiario del capital podrá disponer del crédito mediante disposiciones periódicas o de una sola vez, hasta llegar a un porcentaje que suele venir determinado por el valor del inmueble, tasado en el momento de la constitución⁵⁴⁴.

Existieron numerosas discusiones, durante la tramitación de la Ley en el Congreso, sobre si la denominación del beneficiario del crédito hipotecario debía ser la de deudor o acreedor, como se le llamaba en el proyecto. La denominación se deja en deudor, ya que es éste quien dispone del crédito hipotecario⁵⁴⁵. No obstante, no cabe duda de que también es acreedor de las distintas disposiciones económicas que constituyen el crédito hipotecario.

Respecto a la forma de disponer del crédito, dada la exigua regulación de la Ley, parece evidente que puede producirse mediante entregas vitalicias o temporales. En este último caso las entregas se realizan durante un tiempo previamente determinado en el contrato, que suele calcularse por las expectativas de vida del solicitante en los criterios actuariales⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Comparte la opinión de que debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley 39/2006 y ser declarado dependiente por el órgano evaluador de la Comunidad Autónoma, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 5. Por último nos gustaría señalar que la enmienda 58 del Grupo parlamentario Catalán Convergencia i Unió, proponía: “*extender su ámbito a todas las situaciones de dependencia (moderada, severa o gran dependencia). En su redacción actual sólo afecta a las dos últimas, lo cual es muy restrictivo. Las razones que justifican esta medida afectan a todas las situaciones de dependencia, no sólo a las muy severas. Por otro lado, se extiende la modalidad de hipoteca inversa a las personas con discapacidad*”. Tal y como puede comprobarse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1º Semestre de 2007, 9 de mayo de 2007, Serie A (Proyectos de Ley), 127-7, versión PDF on line, http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_127-07.html, pág. 57. Así lo manifiesta, también, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, págs. 3 y 4. En la pág. 19, el autor considera que habría sido correcto extender la posibilidad de constituir la hipoteca a todo tipo de discapacitados, ya que su discapacidad, aunque no sea de las más graves, justifica la posibilidad de aprovecharse de esta medida prevista para la protección social de colectivos desfavorecidos.

⁵⁴⁴ En tal sentido se pronuncia, también, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 3.

⁵⁴⁵ En este sentido se pronuncia QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 19, quien considera indudable que la denominación más correcta es la de deudor. Por otra parte, afirma que le parece adecuado que la decisión sobre si el capital lo constituye un tanto alzado o cantidades periódicas corresponda a la autonomía de la voluntad.

⁵⁴⁶ En este sentido se pronuncia MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, págs. 12 y 13.

3.- La deuda sólo será exigible, y la garantía ejecutable, cuando el solicitante del crédito haya fallecido, o cuando fallezca el último de los beneficiarios designados por él si así se estableciese en el contrato⁵⁴⁷. De esta manera se consigue evitar los problemas y preocupaciones que la ejecución de la garantía podría conllevar para el solicitante y sus beneficiarios⁵⁴⁸.

La entidad del capital a prestar varía mucho según el valor de la vivienda hipotecada, la edad del prestatario, los tipos de interés y las previsiones sobre el crecimiento del precio de la vivienda⁵⁴⁹. De manera muy similar a como ocurre en el contrato de renta vitalicia, las disposiciones del capital dependerán del valor del inmueble (determinado mediante su tasación inicial), de la edad de quien suscribe la hipoteca (así como de su esperanza de vida), y de si los pagos se establecen durante un determinado período de tiempo o hasta el fallecimiento de quien los recibe⁵⁵⁰. Si bien, en el supuesto de la hipoteca inversa es fundamental, también, la revalorización de la que pueda beneficiarse el inmueble.

Desde nuestro punto de vista, la hipoteca inversa comparte una característica fundamental con el contrato de renta vitalicia: su aleatoriedad. La aleatoriedad de la hipoteca inversa también radica en su carácter vitalicio.

⁵⁴⁷ Para SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 37, la esencia de la hipoteca inversa que grava la vivienda habitual está precisamente en ese hecho, en que no se tengan que devolver el capital y los intereses, al menos, hasta el fallecimiento del solicitante. Además, señala que la posposición de la devolución de la deuda es la nota diferencial de cualquier tipo de hipoteca inversa. En su opinión, manifestada en la pág. 57, cuando la hipoteca inversa recae sobre inmuebles distintos a la vivienda habitual no es elemento definidor de la figura que la deuda no sea exigible hasta el fallecimiento del solicitante, aunque será preciso que se posponga la exigibilidad por lo menos hasta la disposición total del capital. Ello, sin perjuicio de que pueda pactarse la exigibilidad en el momento del fallecimiento.

⁵⁴⁸ Comparte esta opinión, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 19. Si bien es cierto, como afirma MIQUEL SILVESTRE, JOSÉ ANTONIO, “Hipoteca Inversa...”, *cit.*, pág. 6, que el legislador no se para a meditar que en determinados supuestos no va a resultar fácil determinar quienes sean estos herederos. Tal y como afirma el autor, da la impresión de que se refiere a los legitimarios, si bien, éstos no tienen porqué ser necesariamente herederos, pueden convivir con herederos testamentarios...

⁵⁴⁹ En el mismo sentido se pronuncia TAFFIN, CLAUDE en “La hipoteca inversa...”, *cit.*, pág. 4, señalando que la edad media del prestatario se estima en 75 años. El autor, presidente del grupo estadístico de la Federación Hipotecaria Europea y Director de Estudios Económicos y financieros de Union Sociale pour L’Habitat en Francia, afirma que existe un umbral teórico en Estados Unidos de 62 años, mientras que en Reino Unido se sitúa en los 60 años, o incluso en los 55 años. También comparte la opinión manifestada en el texto sobre los factores que intervienen en la determinación del capital a prestar, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 4

⁵⁵⁰ En este sentido se pronuncia, también, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 3, quien además pone de manifiesto que el transcurso del tiempo incrementa la deuda hipotecaria, y no al revés, motivo por el que, en su opinión, se la conoce como hipoteca inversa, “la hipoteca al revés”.

Éste puede venir determinado, como se ha visto, porque el crédito se pague mediante disposiciones de capital periódicas y vitalicias, cuya entidad dependerá de la vida del solicitante o de los beneficiarios. Pero es perfectamente posible que el beneficiario reciba la cuantía del préstamo de una sola vez o mediante disposiciones temporales⁵⁵¹. En estos casos el *alea* radica en el hecho de que el transcurso del plazo sin que se produzca el fallecimiento genera el vencimiento del crédito, pero no su exigibilidad. Ello implica que la deuda sólo sea exigible, y la garantía ejecutable, cuando fallece el solicitante o el último de los beneficiarios del capital, pues es en ese momento cuando la entidad crediticia puede recuperar el crédito con sus intereses. El vencimiento del crédito no impide que éste siga generando intereses, pues los produce hasta el mismo momento del fallecimiento del último de los beneficiarios, por lo que las entidades que ofertan estos productos aconsejen el establecimiento de un seguro que se haga cargo de las rentas o intereses que excedan la cobertura de la garantía inmobiliaria⁵⁵². Precisamente esta es otra de las ventajas que presenta el contrato de renta vitalicia sobre la hipoteca inversa, que no necesita de ningún seguro de cobertura de pago de la renta, puesto que lo más habitual es que su duración coincida con la vida del beneficiario⁵⁵³.

⁵⁵¹ Para SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 38, lo que recibe el constituyente de la hipoteca inversa no son propiamente rentas, sino disposiciones de capital periódicas. El autor precisa que en esta figura, como en cualquier otro supuesto de préstamo o crédito hipotecario, de lo que se dispone es de capital, de una sola vez o en varias, pero no de rentas. Así, afirma que por ser capital se tiene que devolver, lo que no ocurre con las rentas que derivan de un capital previamente entregado o del trabajo, lo que tiene relevancia, también, a los efectos de tributación en el IRPF. Por estas razones aplaude la supresión de la denominación “hipoteca de pensión” que contenía el proyecto de ley presentado a las cortes.

⁵⁵² En este mismo sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 3, quien afirma que el préstamo sólo puede ser amortizado al final del plazo, cuando el propietario haya fallecido, dejando a salvo el supuesto en el que se incumplan las obligaciones asumidas. Por otra parte, indica que no pueden cobrarse comisiones o compensaciones si el prestatario fallece antes o después de la fecha prevista, porque el vencimiento contractual viene determinado por tal eventualidad. En la pág. 8 hace referencia a que las entidades financieras aconsejan la contratación de los seguros manifestados en el texto. En relación con tales seguros afirma, que se satisfacen con una prima inicial que se carga como un gasto más en el crédito concedido. Obviamente, si el fallecimiento se produce antes de que se satisfaga la totalidad de las cantidades calculadas el crédito sólo podrá exigirse por la cuantía recibida. Comparte esta opinión MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 13, pues afirma que si el fallecimiento se produce antes de la fecha máxima hasta la cual estaba previsto realizar disposiciones, el contrato vence antes de la citada fecha, quedando el crédito reducido a la cuantía existente en el momento del fallecimiento. Por el contrario, si el fallecimiento es posterior a la fecha establecida como límite para las disposiciones, la exigibilidad de la deuda se aplaza hasta ese momento, aunque la cantidad entregada seguirá devengando intereses, afectando a estos últimos la aleatoriedad.

⁵⁵³ Así lo manifiesta, también, SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 40.

MURO VILLALÓN afirma que el modelo de renta temporal es el que ofrecen mayoritariamente las entidades de crédito en España, puesto que el riesgo es menor⁵⁵⁴. De nuevo, esta es otra desventaja de la opción del legislador por la hipoteca inversa, pues es evidente que para el solicitante es preferible la obtención de una renta vitalicia que complementa sus ingresos hasta su fallecimiento. El problema radica en que las entidades crediticias son mucho más reacias que los particulares a la formalización de este tipo de contratos, por los riesgos que generan. Los contratos de renta vitalicia, sin embargo, suelen realizarse entre particulares, incluso entre familiares o amigos, por lo que la asunción de un riesgo mayor se compensa con el hecho de asegurar un mayor bienestar en un buen número de supuestos. Es decir, aunque es posible que un particular, por amistad, cariño u otras causas esté dispuesto a perder algo de dinero, tal posibilidad no se dará en el caso de una entidad de crédito o aseguradora, que hará lo que sea necesario para no perder absolutamente nada.

Debe tenerse en cuenta, también, que en virtud de lo establecido en el nº 6 de la DA I de la Ley no es de aplicación lo establecido en el párrafo 2º del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en relación con los intereses devengados durante la vigencia de la hipoteca inversa. Por ello, la restitución del crédito a la entidad comprende la totalidad de las deudas vencidas con todos los intereses que se generen hasta la muerte del último de los beneficiarios, sin que sea de aplicación el límite de cinco años establecido en el artículo 114 de la Ley hipotecaria⁵⁵⁵.

El hecho de que los intereses sigan devengándose hasta el fallecimiento del solicitante puede plantear problemas si el prestatario desaparece, pues no queda claro que ocurrirá con los intereses devengados durante el tiempo que debe transcurrir hasta que se obtenga la declaración de fallecimiento. Es evidente que los herederos no querrán asumirlos, pero parece claro que la entidad tampoco aceptará quedar privada del capital durante ese tiempo si no recibe a cambio ninguna remuneración⁵⁵⁶.

Por otra parte, y para evitar los abusos de las entidades de crédito, compartimos aquella opinión que defiende la conveniencia de fijar un plazo legal mínimo para que los herederos puedan decidir como afrontar la deuda.

⁵⁵⁴ MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 13.

⁵⁵⁵ SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, en la pág. 52, parece reducir la excepción a la aplicabilidad del artículo 114 de la Ley hipotecaria a los supuestos de hipoteca inversa sobre la vivienda habitual. Sin embargo, con posterioridad, en la página 56, afirma que la excepción al precepto es aplicable a cualquier modalidad de hipoteca inversa, puesto que su razón de ser es que los intereses no son exigibles hasta el momento final, junto con el capital. Esta última postura es la que compartimos, dada la identidad de razón existente en ambos supuestos.

⁵⁵⁶ Plantea este problema MIQUEL SILVESTRE, JOSÉ ANTONIO, “Hipoteca Inversa...”, *cit.*, pág. 7.

Así se evita que el acreedor hipotecario pueda fijar plazos excesivamente breves, que no permitan a los herederos vender la casa, solicitar una nueva hipoteca o buscar soluciones adecuadas para hacer frente a la obligación⁵⁵⁷.

4.- La vivienda hipotecada estará tasada y asegurada contra daños conforme establecen los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. La tasación de la vivienda es elemento central de la hipoteca inversa, pues es un factor esencial a la hora de determinar la entidad del préstamo. El valor del inmueble que se toma en consideración es el que tiene en el momento de constituirse la hipoteca, porque las revalorizaciones servirán para atender los aumentos en la deuda hipotecaria derivados de la aleatoriedad del contrato⁵⁵⁸.

Junto a los requisitos anteriores debe mencionarse, que la concesión de estas hipotecas está limitada a las entidades de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, pues así lo establece el n° 2 de la DA I de la Ley 41/2007⁵⁵⁹. La finalidad de tal exigencia, sin duda, radica en reducir al mínimo el peligro de insolvencias, fraudes, intrusismos...⁵⁶⁰ No

⁵⁵⁷ En este sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 10, quien afirma que las propuestas existentes al respecto concretaban el plazo en dos años. En el mismo sentido se pronuncia en, “La hipoteca inversa...”, *cit.*, pág. 8 y en “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *Diario La Ley...*, *cit.*, pág. 10. SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, págs. 52 y 53, se plantea si el plazo concedido por la DA I, n° 5, primer párrafo, por el que no puede considerarse incumplido el contrato, aunque hayan fallecido el solicitante y los beneficiarios, hasta su transcurso, es obligatorio para el acreedor hipotecario. El autor no duda en pronunciarse a favor de la obligatoriedad, dada la imprevisibilidad del acontecimiento que provoca la exigibilidad (la muerte), la imposibilidad de conocer quien sea heredero hasta ese momento, y las exigencias de la buena fe contractual. En este sentido afirma que, al no fijar un plazo mínimo el legislador, ha devenido en cláusula de estilo conceder un plazo de seis meses.

⁵⁵⁸ Tal es la opinión de ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 7. También incide en que la tasación del inmueble es el factor más importante de la hipoteca inversa, MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 14. El autor insiste en que el valor en tasación de la vivienda, junto con la edad del acreditado, determinan la cuantía de las prestaciones a recibir. Por tanto, sigue argumentando, el crédito se calcula en un porcentaje del valor de tasación de la vivienda, y su revalorización actúa como “colchón” frente a los incrementos imprevistos de la deuda hipotecaria, que tienen lugar como consecuencia de su aleatoriedad.

⁵⁵⁹ Este requisito afecta a la hipoteca inversa que recaer sobre la vivienda habitual, y siempre que se quiera gozar de los beneficios que la DA I de la Ley establece. Sin embargo, es perfectamente posible que existan otras modalidades de hipotecas inversas en las que los acreedores puedan ser cualquier tipo de personas físicas o jurídicas, aunque no se gozará de beneficio fiscal, notarial o registral alguno. En el mismo sentido se pronuncia SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, págs. 45 y 46, quien desaconseja tal modalidad de hipoteca inversa, por los riesgos de insolvencia que conlleva celebrarlo con personas que no sean entidades de crédito o aseguradoras.

⁵⁶⁰ Comparte esta opinión, en cuanto a los fraudes e intrusismos, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 19.

obstante, optando por la seguridad se obvia que tales entidades buscan su exclusivo beneficio, y que son siempre la parte más fuerte de la relación, con lo que la finalidad asistencial queda muy limitada.

Por otra parte, se prevé que la transmisión voluntaria del bien hipotecado antes del fallecimiento del deudor hipotecario, si no se constituye garantía suficiente, pueda conllevar el vencimiento anticipado del préstamo⁵⁶¹. El párrafo segundo del nº 5 de la Ley 41/2007 permite al acreedor hipotecario exigir el vencimiento anticipado del préstamo o crédito, cuando el bien hipotecado se transmita voluntariamente por el deudor y no se constituya garantía suficiente. Se limita la facultad de disposición del deudor hipotecario, salvo que se preste garantía suficiente, aunque parece perfectamente posible que las partes deroguen esta prescripción sin que ello conlleve la pérdida de los privilegios que la Ley establece⁵⁶².

Para algunos autores este precepto contiene, “bajo el disfraz de una causa de vencimiento anticipado”, una prohibición de disponer. En este sentido se ha afirmado que la regla, excepcional y anómala, tiene su razón de ser en que los acreedores temen que la vivienda hipotecada no sea suficiente para cubrir la deuda, por lo que sería necesario acudir al resto del patrimonio hereditario⁵⁶³.

⁵⁶¹ En este sentido, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 6, señala que en otros países el abandono de la vivienda es causa de resolución del préstamo, y de devolución de las cantidades recibidas, incluso en el supuesto de traslado a una residencia de ancianos. Para la autora la finalidad de esta especialidad radica en que uno de los factores más importantes de la hipoteca inversa es el valor de la vivienda, para lo que es fundamental su estado de conservación si se quiere conseguir la revalorización adecuada.

⁵⁶² En este sentido, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 10, afirma que la prohibición de disponer puede salvarse por el acuerdo de las partes. Si bien, afirma que tal acuerdo debe acceder al registro de la propiedad, porque altera la concepción de la hipoteca inversa. Para la autora la garantía suficiente a la que hace referencia la Ley puede consistir en un inmueble nuevo, también destinado a vivienda habitual, que permita la aplicación del régimen previsto en la norma. Para SERRANO DE NICOLAS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, págs. 50 y 51, aunque puede pensarse que el precepto permite cualquier tipo de garantía, mobiliaria o inmobiliaria, no se está refiriendo al tipo de garantía, sino al inmueble que sirve como tal. En su opinión, esta solución es coherente con el hecho de que “siendo suficiente” actúe como excepción a la posibilidad de dar por vencido anticipadamente el crédito o préstamo. Afirma, además, que la sustitución del inmueble da lugar a una novación modificativa, contemplada en los números 7 a 9 de la DA I, siempre que el nuevo inmueble sea la nueva vivienda habitual, pues los beneficios excepcionales sólo se conceden por tener el inmueble tal naturaleza, perdiéndose si el nuevo inmueble no fuese vivienda habitual. Opiniones que compartimos.

⁵⁶³ Es el caso de MIQUEL SILVESTRE, JOSÉ ANTONIO, “Hipoteca Inversa...”, *cit.*, pág. 6. El autor afirma que no debe descartarse la posibilidad de que los herederos queden obligados a pagar la deuda hipotecaria con sus propios bienes, además de los hereditarios, puesto que el precepto no hace referencia a que “sólo” responderán con los bienes de la herencia. No obstante, consideramos que tal posibilidad supone forzar mucho la letra de la

El cumplimiento de todos los requisitos vistos se ve recompensado con determinados beneficios, que tratan de reducir el impacto tributario y los aranceles notariales y registrales, dado lo elevados que resultan los costes de constitución de la hipoteca inversa⁵⁶⁴. Con ello se pretende evitar que los elevados costes del producto impidan la consecución de la finalidad supuestamente perseguida: la asistencial⁵⁶⁵.

Como ya se adelantó, tales beneficios no son aplicables cuando la hipoteca inversa se constituye sobre bienes inmuebles distintos a la vivienda habitual del solicitante, pues el nº 10 de la Disposición Adicional Primera establece que a estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de la disposición, entre los que se encuentran los números 7 a 9 que los conceden⁵⁶⁶.

Ley. En opinión de SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 49, no se trata de una prohibición de disponer, puesto que implicaría la nulidad de la venta o transmisión, sino de una *obligación de no disponer*, cuyo incumplimiento lleva aparejada la sanción de que el acreedor pueda exigir el vencimiento anticipado del crédito o préstamo, si así lo desea.

⁵⁶⁴ Así, el nº 7 de la DA I de la Ley 41/2007 establece que las hipotecas inversas: “*estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación*”. El nº 8, por su parte, establece que: “*para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios*”. Por último, el nº 9 dice: “*para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, «Inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento*”. También ponen de manifiesto los beneficios concedidos por la Ley, cuando se cumplen los requisitos que establece, LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades...”, *cit.*, pág. 8.

⁵⁶⁵ Comparte esta opinión, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 8. La autora afirma que la suscripción de seguros debe ser uno de los principales límites para abaratar los costes de constitución y mantenimiento de estas hipotecas. No obstante, parece difícil que tales limitaciones se impongan, dado que las entidades de crédito y aseguradoras no estarán dispuestas a asumir los importantes riesgos que la hipoteca inversa implica.

⁵⁶⁶ Para ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 6, no debería existir la limitación de que el bien inmueble sea la vivienda habitual del solicitante si la finalidad de la constitución de la hipoteca es completar su pensión, pues otros bienes pueden servir para tal finalidad. En opinión de la autora, dada la dicción del nº 10 de la DA I, cuando se trate de otros bienes las hipotecas inversas quedan a merced de lo acordado con la entidad acreedora, dada su exclusión del régimen legal previsto. En sentido similar la enmienda nº 98 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propone: “*suprimir la limitación a que el bien inmueble sea la vivienda habitual del solicitante, por eso proponemos que éste pueda utilizar otros inmuebles de su propiedad sobre los que realizar la misma operación, ya que no vemos el inconveniente que pueda existir para contar con las ventajas ligadas a la constitución de la hipoteca inversa,*

Se convierte en requisito esencial de este concreto tipo de hipoteca inversa, por tanto, el hecho de que se constituya sobre la vivienda habitual del solicitante. Es imprescindible, además, que la vivienda sea propiedad de quien la solicita, por la propia finalidad y filosofía de la garantía, descartándose en esta clase de hipotecas la figura del hipotecante no deudor⁵⁶⁷.

La Ley también establece que el Ministerio de Economía y Hacienda debe desarrollar un régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa. Esto permitirá que los solicitantes de la hipoteca puedan recibir asesoramiento independiente, atendiendo a su situación financiera y a los riesgos económicos que para ellos pueda tener la contratación del producto⁵⁶⁸.

Esta preocupación por el solicitante de la hipoteca inversa se manifiesta en los números 3 y 4 de la DA I de la Ley: nº3.- “*El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda*” y nº4.- “*En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones*”.

El texto inicial establecía que el asesoramiento podía llevarse a cabo a través de los mecanismos que determinase el Ministro de Economía y

siempre y cuando la finalidad del crédito sea completar la pensión con la hipoteca inversa en condiciones ventajosas para el titular y generar así una renta adicional.”. Así puede comprobarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1º Semestre de 2007, 9 de mayo de 2007, Serie A (Proyectos de Ley), 127-7, versión PDF *on line*, http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_127-07.html, pág. 79. Así lo afirma, también, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, en las págs. 4 y 5, pero por motivos opuestos. El autor, en la página 18, considera que la inclusión del nº 10 de la DA I no es adecuado, pues entiende que la figura debería haberse ceñido a la vivienda habitual del solicitante. En su opinión, de lo contrario se desnaturaliza la idea originaria, dado que se acerca más a una inversión inmobiliaria que a la medida con tintes sociales que parece querer configurar la Ley.

⁵⁶⁷ En este sentido se pronuncia, también, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 6. No obstante, SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Régimen jurídico...”, *cit.*, pág. 43, señala que, teniendo en cuenta el concepto fiscal de vivienda habitual es factible la figura del hipotecante no deudor siempre que exista un deudor hipotecario, es decir, cuando el solicitante y el hipotecante no deudor sean copropietarios. La razón es que fiscalmente se admite que la vivienda habitual pertenezca sólo por mitad, u otro porcentaje, a quien la tiene como tal (Consulta vinculante de 23 de noviembre de 2006 de la Dirección General de Tributos).

⁵⁶⁸ Así lo establecen los números 3 y 4 de la DA I de la Ley 41/2007. También ponen de manifiesto este aspecto de la Ley, LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades...”, *cit.*, pág. 8.

Hacienda, o bien, a través del defensor del cliente. La alusión al defensor del cliente generó una importante polémica, porque su independencia es muy cuestionable al estar nombrado y pagado por la propia entidad. Por otra parte, su función no es la de asesoramiento, sino la de resolver reclamaciones de los clientes frente a determinadas entidades, por lo que tal mención desapareció en la versión definitiva⁵⁶⁹. Habrá que esperar, por tanto, al desarrollo de la concreta regulación por parte del Ministro de economía y hacienda para poder conocer y juzgar los mecanismos que se establezcan.

Con el asesoramiento independiente se pretende que el sector al que se dirige el producto, un tanto desvalido, pueda evaluar de manera objetiva la adecuación del mismo a sus propias necesidades. No debe olvidarse que la hipoteca inversa se dirige a personas mayores o dependientes, y que el producto es absolutamente novedoso y ajeno a nuestra mentalidad jurídica⁵⁷⁰. Por este motivo la transparencia de las entidades que lo ofertan, y el asesoramiento, se vuelven fundamentales para que pueda cumplir la finalidad asistencial que pretende garantizar.

Una vez que el deudor hipotecario fallece los herederos tienen dos opciones⁵⁷¹:

1.- Cancelar el préstamo, abonando principal e intereses⁵⁷²

2.- No reembolsar los débitos vencidos, en cuyo caso la entidad sólo puede obtener el recobro ejecutando la garantía: el inmueble hipotecado y los bienes de la herencia.

En el primer supuesto se plantea el problema de que el plazo que establezca la entidad para cancelar el préstamo sea demasiado breve, impidiendo a los herederos buscar una solución para hacer frente al pago de la deuda. Por eso algunas enmiendas al Proyecto de Ley propusieron el

⁵⁶⁹ Apunta la desaparición de la mención al defensor del cliente, también, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 21, para quien la supresión es adecuada, dado que no garantiza el asesoramiento independiente que debe ofrecerse a los potenciales clientes.

⁵⁷⁰ En este mismo sentido se pronuncia QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 19.

⁵⁷¹ Ponen de manifiesto estas posibilidades, también, LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades...”, *cit.*, pág. 8, afirmando que la cancelación del préstamo no implica aplicar compensación alguna. También ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 3.

⁵⁷² Para ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 14, “*Llegado el momento final de la amortización del préstamo los herederos mantendrán la propiedad del bien pagando la deuda acumulada directamente o indirectamente con la suscripción de una nueva hipoteca de amortización. Otra opción sería transmitir la propiedad a través de la venta, liquidando la deuda con el precio recibido y, en su caso, repartiendo el sobrante obtenido entre los herederos*”. Tales posibilidades vienen indicadas, también, por MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 7.

establecimiento de un plazo de dos años, lo que no prosperó. Como ya se ha dicho consideramos negativo que no se estableciese un plazo suficiente, pues las entidades aseguradoras y de crédito son las partes más fuertes de la relación, por lo que son adecuadas todas aquellas medidas que pretendan evitar abusos por su parte. Un ejemplo claro de este tipo de medidas es establecer un periodo de tiempo suficiente para que los herederos, recién fallecido el finado, tomen una decisión⁵⁷³.

Respecto a la segunda posibilidad, el proyecto de la Ley 41/2007 mantenía que la deuda sólo podía satisfacerse mediante el inmueble hipotecado. Sin embargo, la versión definitiva establece que podrá hacerse efectiva, también, sobre el resto de los bienes de la herencia (nº 6 de la DA I de la Ley 41/2007). De esta manera, responderán de la deuda todos los bienes de la herencia, pero no los propios de los herederos, exactamente igual que si se aceptase la herencia a beneficio de inventario⁵⁷⁴.

5.6.4.- Conclusiones

El auge de la hipoteca inversa radica en varias circunstancias que caracterizan nuestra sociedad en la actualidad. En primer lugar el envejecimiento de la población, con los costes que ello implica. Por otra

⁵⁷³ La enmienda nº 103 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso considera que “... Proponemos fijar un plazo mínimo en lugar de lo que se propone, pues podría dar lugar a que la entidad financiera establezca en el clausulado de la hipoteca un plazo excesivamente corto para que reúnan el dinero con el que pagar la deuda pendiente y no perder la casa. Es por lo que creemos que mejora sustancialmente la norma, el hecho de este plazo mínimo para que puedan los herederos, bien vender ellos mismos la casa, bien pedir otra hipoteca o bien buscar otra solución para la devolución de la deuda”. Así se constata en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1º Semestre de 2007, 9 de mayo de 2007, Serie A (Proyectos de Ley), 127-7, versión PDF on line, http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_127-07.html, pág. 81. En el mismo sentido la enmienda nº 123 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) propone el establecimiento de un plazo, de al menos los dos años siguientes al fallecimiento del deudor hipotecario, para que sus herederos puedan cancelar el préstamo, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de las rentas satisfechas con sus intereses. La justificación radica en que la carencia de plazo podría dar lugar a que la entidad financiera estableciese, en el clausulado de la hipoteca, un plazo excesivamente corto para que puedan hacer frente a la deuda y no perder la casa. La citada enmienda puede encontrarse en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1º Semestre de 2007, 9 de mayo de 2007, Serie A (Proyectos de Ley), 127-7, versión PDF on line, http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_127-07.html, pág. 92. Ambas enmiendas, por tanto, inciden en la necesidad de fijar un plazo.

⁵⁷⁴ Como también afirma ANGUIA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, págs. 3 y 4. En este sentido, la autora expone que el proyecto limitaba el reembolso al inmueble hipotecado, convirtiendo en elemento clave y punto de partida su tasación. Sin embargo, la versión definitiva extiende la responsabilidad a la totalidad de la herencia, generando un cambio que, en opinión de la autora, es consecuente con las expectativas de los acreedores sin perjudicar en exceso a los herederos, dado que salvaguarda su patrimonio personal.

parte, el afán por tener una vivienda en propiedad hace que un importante porcentaje de individuos sea dueño del inmueble en el que reside cuando llega a la jubilación. A estas circunstancias debe añadirse el alto valor de la vivienda y la importantísima revalorización que la misma ha sufrido durante los últimos años⁵⁷⁵. Estos datos deben ponerse en relación con la elevada edad del sujeto que contrata la hipoteca inversa.

Junto al hecho de que la mayor parte de las personas mayores de nuestra sociedad posee una vivienda en propiedad a los 65 años de edad, debe tenerse en cuenta la reducción de ingresos que supone la llegada a la jubilación, y que en estas edades los gastos derivados de farmacia y asistencia se incrementan. La posibilidad de hacer líquido el valor de la vivienda contribuye a paliar el problema derivado de la escasez de dinero líquido para satisfacer las necesidades diarias⁵⁷⁶. Por otra parte, es esencial un dato que se deja constatado en la exposición de motivos de la Ley 41/07, que la vivienda “*representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles*”⁵⁷⁷.

En principio, la finalidad de esta nueva figura es permitir que los propietarios de inmuebles de edad avanzada y liquidez reducida puedan acceder a créditos sobre sus propias viviendas, que les permitan afrontar los elevados gastos surgidos en las últimas etapas de la vida como consecuencia de las enfermedades y la merma en la salud. Esta finalidad recuerda mucho a la finalidad asistencial que, según se ha mantenido, puede cumplir el contrato de renta vitalicia. De hecho, algún autor radica el origen de la hipoteca inversa

⁵⁷⁵ En el mismo sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 1. La autora pone de manifiesto que, según el Instituto Nacional de Estadística, el 87,8 % de las personas mayores de 65 años disfrutaban de su vivienda en régimen de propiedad. Por otra parte, afirma que en el año 2050 España será el segundo país del mundo más envejecido, después de Japón, lo que implica que nuestro país presente un gran atractivo para el mercado de la hipoteca inversa, dado el factor edad. HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág. 6, también pone de manifiesto estos datos, matizando que sólo el 5,4% de los propietarios de tales viviendas tienen cargas sobre ellas. Señala, además, que la importantísima revalorización sufrida por la vivienda en nuestro país, entre el 10% y el 18%, ha influido en hacer muy atractivo el mercado español.

⁵⁷⁶ En este sentido se pronuncia, también, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 1, quien indica que 4,7 millones de jubilados cobran una pensión media de 700€ al mes, y que más de 2,1 millones de viudos percibe menos de 500€, de media, de la Seguridad Social. Con esta situación, la exposición de motivos de la Ley 41/07, en su apartado VIII, afirma: “*Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida*”.

⁵⁷⁷ Señala este dato, también, QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, “Apuntes jurídico-civiles...”, *cit.*, pág. 1, para quien la vivienda “*se puede acabar convirtiendo en un seguro a la hora de garantizar una existencia digna..., y con este dato comienzan a jugar sus propietarios*”.

en el censo vitalicio, tal y como hemos afirmado que ocurre con el contrato de renta vitalicia⁵⁷⁸.

No obstante, puede llegar a ocurrir que a medio o largo plazo el producto sea inoperativo, dado que la edad de acceso a las viviendas es cada vez superior y los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios cada vez más largos, para así reducir el importe de la cuota⁵⁷⁹. Desde otro punto de vista, el contexto de desaceleración del sector inmobiliario y la bajada de los precios de los inmuebles no parece que vayan a beneficiar en nada a la figura que nos ocupa. Aunque parece un poco exagerado afirmar que la crisis inmobiliaria vaya a acabar con la hipoteca inversa, no parece descabellado defender que sí puede conllevar la suspensión temporal de la figura, que vio la luz en una situación muy diferente a la actual⁵⁸⁰. Este es otro de los motivos que nos lleva a criticar la opción del legislador español por este producto, en lugar de actualizar e impulsar el contrato de renta vitalicia, muy gravado fiscalmente y de regulación un tanto obsoleta, como se verá. El contrato de renta vitalicia sí beneficia a quienes realmente están necesitados, a quienes requieren de una auténtica renta vitalicia, sin necesidad de que en la otra parte se encuentre una entidad financiera con los cálculos perfectamente fijados. La renta vitalicia permite que el deudor de la renta sea un particular, en muchos casos con una fuerte vinculación al rentista, que también se verá beneficiado con el contrato.

Tampoco ha reparado el legislador en que para las distintas entidades puede suponer un problema que un cierto número de inmuebles pasen a ser de su propiedad, pues implican toda una serie de gastos adicionales para ella⁵⁸¹. Por ello, reiteramos las ventajas de privilegiar el contrato de renta vitalicia frente a la hipoteca inversa, dado que el inmueble nunca será una carga para un particular.

⁵⁷⁸ Es el caso de HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág. 4, para quien el origen de la hipoteca inversa está en el censo vitalicio, además de en otras figuras similares como el “fondo de por vida” y el “fondo muerto”.

⁵⁷⁹ Comparten esta opinión LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN, “Principales novedades...”, *cit.*, pág. 7.

⁵⁸⁰ En este mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ CEPEDA EUGENIO, “La hipoteca inversa pierde atractivo ante la caída del precio de los pisos”, *Cincodias.com*, publicado el 25/05/2008,

http://www.cincodias.com/articulo/economia/hipoteca/inversa/pierde/atractivo/caida/precio/pisos/cdseco/20080525cdscdseco_6/Tes/, consultado el día 31/05/2008.

⁵⁸¹ Pone de manifiesto este inconveniente, también, HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág. 14, aunque afirma que por esta razón, entre otras, tales entidades han empezado a realizar operaciones en las que se transmite la propiedad directamente a un tercero. Este tercero tendrá la nuda propiedad del inmueble, y el antiguo propietario se reserva el uso y disfrute mientras viva.

Lo cierto es que la Ley 41/2007 impulsa la hipoteca inversa. De hecho, compartimos con ANGUITA RÍOS la opinión de que “...la reducción de costes es uno de los principales factores que abanderan esta novedad hipotecaria: los beneficios fiscales justificados por la función social que cumple la hipoteca inversa. En contrapartida se ha relajado la exquisitez doctrinal en la formulación teórica del producto, estableciéndose una regulación incompleta y adoleciendo de toda precisión conceptual”⁵⁸². Precisamente por este motivo reiteramos la idea central de todo este epígrafe relativo a la hipoteca inversa: que habría sido mucho más adecuado impulsar y beneficiar el contrato de renta vitalicia, pues posee una regulación algo más definida y permite satisfacer infinitamente mejor las finalidades asistenciales que tratan de alcanzarse con esta nueva figura.

Por último queremos destacar las palabras de MURO VILLALÓN, quien afirma que debe tratar de conseguirse que “la persona no deje de percibir la prestación mientras viva, siendo deseable que esta prestación vitalicia no tenga otro tipo de costes que los derivados de la constitución de hipoteca inversa, evitando la constitución de seguros de sobrevivencia que encarecen notablemente este instrumento financiero”⁵⁸³. De hecho, para muchos autores el principal inconveniente de la hipoteca inversa es, precisamente, que normalmente no tiene carácter vitalicio, teniendo que contratarse un seguro adicional si se desea obtener tal carácter, lo que implica rentas más bajas y gastos mayores⁵⁸⁴.

Resulta triste que en lugar de tratar de solventar los problemas de nuestras figuras tradicionales, para adaptarlos a las nuevas necesidades sociales a través de la evolución lógica que deberían sufrir, se importen por las propias entidades financieras nuevos tipos de negocio, totalmente ajenos a nuestra tradición jurídica e inspirados en modelos anglosajones⁵⁸⁵.

Es necesario tener en cuenta, además, que a diferencia del contrato de renta vitalicia la hipoteca inversa tiene una serie de restricciones. Se ha puesto de manifiesto que las entidades no celebran hipotecas inversas con cualquier tipo de inmuebles, pues el valor de la vivienda debe ser suficiente para que les resulte rentable el negocio. Por otra parte, se señala que algunas entidades no

⁵⁸² ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, “Regulación relativa...”, *cit.*, pág. 8. En el mismo sentido se pronuncia en “La hipoteca inversa...”, *cit.*, pág. 7 y en “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *Diario La Ley...*, *cit.*, págs. 8 y 9.

⁵⁸³ MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 26. Para el autor una de las soluciones podría ser la contratación de seguros de riesgo colectivos por las entidades de crédito, o asegurados por la Administración, que garanticen la diferencia. De hecho, así ocurre en EEUU en las hipotecas garantizadas.

⁵⁸⁴ En este sentido HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág. 9, quien también señala como inconveniente que las hipotecas inversas no suelen actualizarse con el IPC, aunque pueden pactarse fórmulas con rentas crecientes.

⁵⁸⁵ En sentido similar pone de manifiesto que estas modalidades de negocio inspiradas en modelos anglosajones son importadas por entidades financieras, HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág.5

celebran este tipo de hipotecas si la vivienda no se encuentra en capitales de provincia o en grandes ciudades, bien por motivos organizativos o de negocio, puesto que resulta mucho más sencillo venderla en tales ciudades⁵⁸⁶. De nuevo, esto nos lleva a considerar mucho más adecuado el contrato de renta vitalicia si la finalidad buscada es, verdaderamente, la asistencial. La razón es sencilla, no parece que los propietarios de las viviendas que interesan a las entidades financieras o aseguradoras sean quienes posean las rentas más bajas y, por tanto, los más necesitados de complementarlas⁵⁸⁷.

6.- FUENTES NO CONTRACTUALES DE LA RENTA VITALICIA

Al margen de las figuras vistas, existen otras fuentes generadoras de rentas vitalicias que no son verdaderos contratos de renta vitalicia. Tal y como se anunciaba al estudiar el concepto de contrato de renta vitalicia, a pesar de que el artículo 1.802 CC parece considerar el contrato de renta vitalicia como el único mecanismo capaz de dar lugar a rentas vitalicias, existen otras vías para crearlas, que a pesar de presentar grandes analogías con el contrato en estudio no son verdaderos contratos de renta vitalicia.

Dentro de estas otras fuentes de rentas vitalicias se distinguirán cuatro clases: Las rentas vitalicias que nacen de la ley o de una resolución judicial, las que tienen su origen en una disposición *mortis causa*, y aquellas que nacen de otras fuentes contractuales distintas del contrato regulado en los artículos 1.802 y ss. CC.

De las otras fuentes contractuales de renta vitalicia ya se ha hablado, aunque sin ánimo de exhaustividad⁵⁸⁸. Los ejemplos más claros son el

⁵⁸⁶ Pone de manifiesto estos extremos, HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág.15, quien termina afirmando que “*las hipotecas inversas son un negocio disponible casi exclusivamente para propietarios de inmuebles medianos, en grandes ciudades, o de inmuebles de cierta entidad en ciudades más pequeñas o capitales de provincia*”.

⁵⁸⁷ Comparte esta opinión HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN, “Hipoteca Inversa y figuras...”, *cit.*, pág.15, quien pone en duda que la figura sirva para complementar las rentas más bajas, dado que no suelen ser quienes poseen las viviendas requeridas para formalizar este negocio.

⁵⁸⁸ Dentro de las fuentes contractuales de renta vitalicia también cabría mencionar los planes de pensiones, a los que la doctrina atribuye carácter contractual, puesto que las pensiones programadas provienen de contrato. En los planes de pensiones el beneficiario, tal y como ocurre en el seguro, puede optar entre recibir lo estipulado en forma de capital o de renta. Cuando el beneficiario elige la renta vitalicia surge una relación jurídica muy similar al contrato de renta vitalicia que carece de una regulación jurídica específica, por lo que los artículos 1.802 y ss. del Código Civil pueden resultar de gran utilidad. La Ley 8/97, de 8 de junio, reguladora de los planes de pensiones, se ocupa sobre todo de los mecanismos de control y creación de los planes, sin ocuparse de manera específica del régimen jurídico del concreto contrato, por lo que la normativa reguladora del contrato de renta vitalicia podrá serle aplicada en todo aquello que no vaya contra la propia naturaleza del contrato. En este

contrato de alimentos y el seguro, que ya han sido objeto de estudio y delimitación en epígrafes anteriores. La mayor parte de los autores introducen el contrato gratuito de renta vitalicia entre estas otras fuentes contractuales de renta vitalicia, considerándolo una auténtica donación en la que el *alea* ya no es elemento esencial. Sin embargo, desde nuestro punto de vista no es éste el lugar apropiado para estudiar el contrato gratuito de renta vitalicia, porque es un auténtico contrato de renta vitalicia, eso sí, con las especiales características que la gratuidad atribuye a todo contrato. Como en su momento se verá, tales características en absoluto afectan al *alea* hasta el punto de extinguirla y convertir al contrato en una donación más. El contrato gratuito de renta vitalicia es un contrato aleatorio de renta vitalicia específicamente regulado en el capítulo dedicado a la renta vitalicia, y como contrato de renta vitalicia se estudiará.

Por estos motivos el presente epígrafe se titula “otras fuentes no contractuales de renta vitalicia”, porque las fuentes contractuales de renta vitalicia más importantes se han estudiado ya o se estudiarán en la sede apropiada. En este momento se aludirá, brevemente por salirse del objeto principal del trabajo, a las fuentes no contractuales de renta vitalicia: las generadas por disposiciones *mortis causa*, por la Ley o por Sentencia judicial⁵⁸⁹.

6.1.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA*

Las rentas vitalicias nacidas de una disposición *mortis causa* son rentas vitalicias otorgadas a título gratuito, aunque no por un acto *inter vivos* sino a través de una disposición testamentaria. La renta vitalicia puede establecerse a través de una institución de heredero o legatario de carácter modal, en virtud del artículo 788 CC, aunque la modalidad más habitual es el legado de renta vitalicia, que parece preverse en el artículo 880 CC⁵⁹⁰.

Tal y como se dijo en su momento, el legado de renta vitalicia es una institución hereditaria que da lugar a una obligación de renta vitalicia, sin que tal relación pueda identificarse con el contrato que nos ocupa. No obstante, el régimen jurídico del contrato de renta vitalicia servirá para completar la regulación del legado de renta vitalicia en todo aquello que no esté específicamente previsto por el legislador, siempre que no sea incompatible

sentido se pronuncia, también, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios,...*, *cit.*, págs. 21 y 22.

⁵⁸⁹ Como acertadamente señala ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios,...*, *cit.*, pág. 27, es posible aludir, si bien de forma marginal, a relaciones de renta vitalicia nacidas de juegos de azar, del cual es una clara muestra “el sueldo para toda la vida de Nescafé”.

⁵⁹⁰ En el mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 227.

con el régimen jurídico de los legados en general y del legado de renta vitalicia en particular⁵⁹¹.

El principal problema de esta figura, desde sus orígenes, es conceptualarlo o no como una relación jurídica unitaria. Más arriba hemos explicado cómo en el Derecho Romano, para evitar la prohibición de los legados *ad diem*, el legado de renta vitalicia se configuraba como un legado puro y simple el primer año y sometido a condición en los siguientes. Se conseguía de esta manera evitar la prohibición de los legados temporales y configurar la relación como vitalicia, de acuerdo con la propia voluntad del testador. En la actualidad tal construcción carece de sentido y supondría complicar la relación jurídica sin justificación alguna. Tal y como mantiene BELTRÁN DE HEREDIA, en la actualidad la construcción unitaria se explica fácilmente con la institución de las obligaciones duraderas de ejecución periódica y está perfectamente amparada por el artículo 357 CC, que atribuye a las pensiones de este género el carácter de frutos civiles⁵⁹². Por tal motivo, aunque la dicción del artículo 880 CC parece recordarnos aquella construcción, se puede mantener que el precepto no se refiere a un legado diferente y autónomo en cada vencimiento, sino a la pensión que como parte de un legado único y procedente de una única estipulación corresponde satisfacer en los distintos períodos⁵⁹³.

Por lo demás, pocas especialidades presenta el legado de renta respecto del resto de obligaciones de renta vitalicia, salvo, claro está, aquellas que le imprime su condición de disposición *mortis causa*. Así, evidentemente, el legado de renta vitalicia está sujeto a reducción, si la disposición testamentaria vulnera las legítimas de los herederos forzosos. Además, el testador, que es quien constituye la relación, está sometido a las reglas de capacidad para testar que contienen los artículos 662 y 663 CC. Por su parte el legatario de renta vitalicia, a su vez acreedor o beneficiario de la misma, también está sometido a las reglas generales sobre capacidad e indignidad para suceder establecidas en los artículos 745, 746 y 756 CC, así como a las prohibiciones de los artículos 752, 753 y 754 CC.

Los deudores de la renta vitalicia serán los herederos, en la misma proporción en la que sean herederos, si el testador no gravó a ninguno de ellos en particular con el legado. Si gravó específicamente a uno de los herederos, o a varios de ellos, sólo éstos estarán obligados, tal y como establece el artículo 859 CC Puede ocurrir que el testador grave a un legatario

⁵⁹¹ Comparten tal opinión, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 228, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 190.

⁵⁹² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 230 y 231.

⁵⁹³ Dice el artículo 880 CC que “*Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual, o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos...*”

con un legado de renta; en este caso deberá tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 858 CC, pues sólo responderá del legado de renta hasta el límite de su propio legado.

El legado de renta vitalicia, al igual que el propio contrato, puede estar sometido a condición, término y modo. En este caso se somete a las reglas específicas previstas para las disposiciones *mortis causa*, y en lo no específicamente previsto por ellas a las reglas generales de los contratos. A diferencia de lo que ocurre en el contrato de renta vitalicia, el artículo 880 CC prevé el pago anticipado de la pensión. Por ello, el legatario puede exigir el primer pago desde el momento en el que se produce el fallecimiento del testador, y retener lo cobrado al principio del plazo aunque la vida contemplada desaparezca antes del vencimiento del mismo, de manera análoga a lo previsto en el artículo 1.806 CC. Este es el motivo de la confusa dicción del artículo 880 CC, la intención de establecer el pago anticipado de las distintas rentas desde el primer día, que parece inducirnos a pensar en un legado diferente y autónomo.

6.2.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL

A diferencia de las fuentes de renta vitalicia estudiadas hasta el momento, todas ellas convencionales, esta obligación de renta vitalicia tiene su origen en la ley, es una obligación de renta *ex lege*.

En nuestro ordenamiento jurídico hay multitud de obligaciones legales de renta vitalicia: las que derivan del Derecho sucesorio, las que proceden Derecho del trabajo, las resultantes del Derecho de la circulación (aplicable también a las indemnizaciones consecuencia de lesiones no derivadas del tráfico), y la renta vitalicia en que se transforma la obligación contractual de alimentos cuando deviene imposible o de difícil satisfacción.

El carácter legal de la obligación de renta vitalicia no se pierde cuando se establece como una alternativa para los interesados, ni siquiera aunque sean éstos quienes fijen su cuantía y condiciones, siempre y cuando la necesidad de acudir a la decisión judicial se limite a aquellos supuestos de falta de acuerdo⁵⁹⁴.

En el Derecho sucesorio, el artículo 839 CC permite a los herederos satisfacer la parte de usufructo correspondiente al cónyuge viudo asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo. Tal posibilidad puede hacerse efectiva mediante acuerdo de las partes o, a falta del mismo, a través de mandato judicial. En aquellos

⁵⁹⁴ Tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 240

supuestos en los que se opte por la satisfacción de la cuota usufructuaria en forma de renta vitalicia existirá un supuesto de renta vitalicia *ex lege*, al que le serán aplicables las normas de los artículos 1.802 y ss. CC mientras no resulten incompatibles con su propia naturaleza⁵⁹⁵.

El artículo 839 CC, por tanto, concede a los herederos la facultad de transformar el derecho real de usufructo en un derecho meramente personal, como lo es el de renta vitalicia. No obstante, la merma de garantías que tal transformación supone se ve compensada con la seguridad de tener unos ingresos fijos y determinados, y no variables en función de la productividad de los bienes afectos al usufructo, durante el tiempo que dure la vida del superviviente⁵⁹⁶. Tal seguridad viene reforzada por la STS de 23 de noviembre de 1.962, que permite modificar la pensión, en atención a la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando se produzca un cambio significativo de las circunstancias que dieron lugar al convenio, y por la posibilidad de asegurar la renta mediante hipoteca o cualquier otro tipo de garantía.

Dado el carácter personal de la renta vitalicia, el cónyuge viudo tiene dos opciones para asegurar su derecho⁵⁹⁷: esperar a que se produzca el incumplimiento de la obligación de pago, en cuyo caso, y en virtud del artículo 1.805 CC, podrá reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras. O bien, si no desea arriesgarse a que tal incumplimiento se produzca, podrá convenir con los herederos la constitución de una garantía real, cual es la hipoteca de rentas contemplada en el artículo 157 de la Ley hipotecaria. Con la constitución de la hipoteca de rentas se eliminan las desventajas derivadas del carácter personal del derecho y se consiguen todas las ventajas derivadas del carácter fijo y constante de la renta vitalicia, sin olvidar que los herederos podrán disfrutar de los bienes de la herencia libres de cualquier tipo de carga.

El Derecho laboral es, posiblemente, el campo donde mayores y más importantes muestras de rentas vitalicias *ex lege* se pueden encontrar. El ámbito principal de tales rentas vitalicias radica en los ramos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez y jubilación⁵⁹⁸. Simplemente, a modo de ejemplo, citaremos la previsión contenida en el artículo 139 de la Ley general de la Seguridad Social. El párrafo segundo del citado precepto establece que la prestación correspondiente a la incapacidad permanente total

⁵⁹⁵ En el mismo sentido se pronuncia QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 195.

⁵⁹⁶ Como acertadamente destaca BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 194

⁵⁹⁷ Señala estas dos opciones, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., págs. 257 y 258.

⁵⁹⁸ En el mismo sentido se pronuncia, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 195

consistirá en una pensión vitalicia que sólo excepcionalmente, cuando el beneficiario sea menor de sesenta años, podrá sustituirse por una indemnización a tanto alzado⁵⁹⁹. En idéntico sentido los párrafos tercero y cuarto del citado artículo fijan, como prestación económica para los supuestos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, una pensión vitalicia. La extensión y variedad de tales rentas no puede ser objeto de estudio en el presente trabajo, centrado en el contrato de renta vitalicia, sin embargo no puede dejarse de señalar la idoneidad de la renta vitalicia para satisfacer las pretensiones de este ámbito del derecho, que pretende cubrir las necesidades económicas del beneficiario de la renta cuando ocurre cualquiera de las contingencias previstas en la Ley. Esta pretensión, sin duda, se asegura con los ingresos fijos y constantes que proporciona una renta vitalicia.

En el mismo sentido, y ya dentro del derecho de la circulación, el artículo 1.8 del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, establece que “*En cualquier momento podrá convenirse o acordarse judicialmente la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado*”.

La mayor parte de la doctrina entiende que la sustitución del tanto alzado en que consiste la indemnización por una renta vitalicia procede en aquellos supuestos en los que las lesiones sean graves y los daños elevados⁶⁰⁰. Así, por ejemplo, cuando la persona resulta afectada por lesiones permanentes que le impidan desarrollar las actividades esenciales de la vida por sí solo⁶⁰¹. Tales indemnizaciones en forma de renta carecen de regulación

⁵⁹⁹ Respecto a los requisitos, cautelas y circunstancias de tal transformación, regulados por la Orden de 31 de julio de 1.972, puede consultarse ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, dirigidos por MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS y MORENO VIDA, M^a NIEVES, T. II (arts. 128 a 234), Comares, Granada, 1.999, pág. 1.359; MARTÍN PUEBLA, EDUARDO, *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares, Granada, 2.000, págs. 102 a 104; ROQUETA BUJ, REMEDIOS, *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2.000, págs. 197 a 199; TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL, *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 157 y 158.

⁶⁰⁰ En el caso de lesiones muy graves, como los supuestos de coma irreversible y otros análogos, la renta vitalicia resulta mucho más justa y equitativa que la indemnización a tanto alzado. Ésta da lugar a supuestos de enriquecimiento injusto de los herederos del lesionado, si fallece tempranamente; o de falta de cobertura de todo el daño, si su vida se prolonga

⁶⁰¹ Es el caso de BATALLER GRAU, JUAN “La indemnización del daño corporal mediante pago de una renta en la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor” *Revista Española de Seguros*, nº 93, enero-marzo, 1.998, pág. 43 y SOTO NIETO, FRANCISCO, “El gran invalido. Aspectos jurídico-legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos”, *Diario La Ley*, 1.996, T. 2, pág. 11, considera que donde mayor sentido tiene la aplicación de la norma es en los supuestos de lesiones permanentes, con anejas

expresa, por lo que parece oportuno mantener la posibilidad de aplicar la normativa de los artículos 1.802 y ss del Código Civil, teniendo siempre en cuenta la distinta naturaleza de estas rentas vitalicias *ex lege* ⁶⁰².

La diferente naturaleza de la renta vitalicia prevista en este texto legislativo permite que sea actualizable por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron su fijación, o por la aparición de daños sobrevenidos, tal y como establece el artículo 1.9 del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Esta previsión no sólo hace referencia a las alteraciones monetarias, en aquellos casos en los que no se haya pactado cláusula de estabilización, sino también a todas aquellas circunstancias que influyan en el estado del paciente, como el transcurso del tiempo, resultados de los tratamientos...⁶⁰³ La razón de ser de la diferencia radica en la diferente naturaleza y finalidad de las rentas, pues el carácter reparador e indemnizador de esta renta *ex lege* impone la adecuación a las concretas circunstancias del paciente para poder cumplir su finalidad.

Respecto a las garantías de pago de la pensión, indudablemente estas rentas presentan menos problemas que las rentas vitalicias ordinarias, dadas las garantías de solvencia exigidas a las compañías aseguradoras. Sin embargo, la Sentencia judicial podrá exigir la que considere oportuna, pues es evidente que incluso con las cautelas adoptadas por la Ley al respecto han desaparecido y siguen desapareciendo compañías aseguradoras. De hecho, la propia ley prevé una regulación para los supuestos de disolución, liquidación y procedimientos concursales de las mismas⁶⁰⁴.

Por último, no debe olvidarse la posibilidad, mencionada al hablar del contrato de alimentos, de que la pensión alimenticia sea sustituida por una auténtica renta vitalicia cuando concurren circunstancias que alteren la pacífica convivencia de las partes. En aquel momento hablábamos de que el Código Civil, concretamente el artículo 1.792 CC, concede a los contratantes la facultad de sustituir la obligación de alimentos por una renta vitalicia cuando se den las circunstancias previstas en el precepto. El origen de esta renta vitalicia radica en la ley, pues los contratantes pactaron una pensión de alimentos que se transformará en renta vitalicia por virtud de lo establecido en el artículo 1.792 CC.

incapacidades graves, porque pueden garantizarse unos ingresos regulares y periódicos que supongan un auxilio continuado e indefinido para la víctima o perjudicado. Comparte estas opiniones, también, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 29.

⁶⁰² Parece compartir tal opinión, aunque sin decirlo expresamente, BATALLER GRAU, JUAN “La indemnización...”, *cit.*, pág. 47, pues se remite a lo establecido en el artículo 1.802. CC.

⁶⁰³ Tal y como afirma SOTO NIETO, FRANCISCO, “El gran invalido...”, *cit.*, pág. 12.

⁶⁰⁴ Comparten estas opiniones, BATALLER GRAU, JUAN “La indemnización...”, *cit.*, pág. 49, SOTO NIETO, FRANCISCO, “El gran invalido...”, *cit.*, pág. 12.

6.3.- LA RENTA VITALICIA NACIDA DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL

La Sentencia judicial también puede ser causa de una obligación de renta vitalicia. Sin embargo, no deben confundirse los supuestos en los que la Sentencia judicial es verdadera causa de una renta vitalicia, con aquellos otros en los que la resolución judicial soluciona la falta de acuerdo entre las partes en la constitución o ejecución de una renta vitalicia, cuyo origen está en un contrato o en una disposición legal⁶⁰⁵.

Sí tendrá auténtico carácter judicial aquella renta vitalicia que nazca de una Sentencia judicial dictada con el propósito de crearla, cuando tal creación no venga establecida en la Ley.

En algunos sistemas legislativos se concede al juez la facultad de fijar las indemnizaciones correspondientes a lesionados en rentas vitalicias⁶⁰⁶. En tales supuestos las rentas no pueden considerarse judiciales, sino legales, puesto que su creación viene amparada por la Ley, tal y como ocurre en el Derecho laboral. En nuestro ordenamiento jurídico, hasta la reforma producida en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la disposición adicional 8ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros Privados, que introduce un baremo vinculante para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, no se preveía tal posibilidad. Sin embargo, jueces y tribunales ya venían estableciendo indemnizaciones en forma de renta vitalicia que constituían verdaderas rentas judiciales.

Con la reforma de 1.995 se introduce por primera vez la vía de las indemnizaciones en forma de renta en nuestro país, en el artículo 1.8 del anexo introducido por la Disposición adicional octava de Ley 30/95 de Ordenación de los Seguros Privados en la Ley sobre responsabilidad civil y

⁶⁰⁵ En tal sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 270, mantiene que la decisión judicial no altera la naturaleza que tuviese la renta sometida a Jueces o Tribunales. Tal es el caso de las Sentencias judiciales que resuelven los conflictos que puedan plantearse en la ejecución de una renta contractual, o en la sustitución del usufructo del conyuge viudo por una renta vitalicia, que no modifican el carácter contractual o ex lege, respectivamente, de las rentas sometidas a su conocimiento.

⁶⁰⁶ Tal es el caso del Código Civil alemán, que en su párrafo 843 establece la obligación de entregar una renta vitalicia en dinero a título de resarcimiento del daño derivado de una lesión a la integridad física o a la salud que extinga o disminuya la capacidad de trabajo para el lesionado. También el artículo 2.057 del Código Civil italiano de 1.942 permite al juez establecer la indemnización derivada del daño a las personas con carácter permanente a través de una renta vitalicia.

seguro en la circulación de vehículos a motor⁶⁰⁷. Desde este momento las rentas vitalicias establecidas por jueces y tribunales en el ámbito del Derecho de la circulación dejan de ser rentas judiciales para convertirse en verdaderas rentas legales, como ya se ha visto. Sin embargo, el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación” contenido en el citado anexo, y por tanto el artículo 1.8 que prevé la indemnización en forma de renta, sólo es aplicable a los daños y perjuicios producidos a personas en accidentes de circulación. No obstante, es bien sabido que el denominado “baremo” suele aplicarse analógicamente y de manera orientativa para la valoración de daños y perjuicios no derivados de accidentes de circulación, por lo que queda plantearse si tal práctica es correcta y si en los supuestos no específicamente amparados por la ley las indemnizaciones en forma de renta pueden considerarse auténticas rentas vitalicias de creación judicial.

Como en su momento mantenía DE ANGEL YAGÜEZ⁶⁰⁸, la obligación de reparar el daño causado que establece el artículo 1.902 CC otorga a jueces y tribunales una amplia discrecionalidad a la hora de fijar la forma del resarcimiento, dada la amplitud del término “reparar”. Parece indudable, por tanto, la posibilidad de decretar una indemnización en forma de renta en ámbitos distintos al propio del derecho de la circulación. En cualquier tipo ilícito, sea este civil o penal, cabe la reparación del daño causado a través de una renta vitalicia, si bien, los supuestos idóneos para la utilización de este mecanismo indemnizatorio parecen ser, tal y como se indicaba en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, aquellos en los que las lesiones dejen secuelas graves, generalmente invalidantes, que supongan la pérdida de la capacidad adquisitiva de la víctima o le impidan desarrollar las actividades más esenciales de la vida de manera independiente⁶⁰⁹. También resultan adecuadas cuando la expectativa de vida sea reducida o particularmente incierta a causa de la lesión, pues se evita que sean los herederos de la víctima los que se beneficien de la indemnización o que ésta sea insuficiente cuando su vida se prolongue más de lo esperado⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ La citada disposición adicional octava modifica la Ley de uso y circulación de vehículos de Motor, que cambia de denominación, pasando a titularse Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Además, el mencionado anexo introduce el famoso “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”. La Disposición adicional octava se deroga por la letra c) de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que es la que incorpora el denominado “baremo” en la actualidad.

⁶⁰⁸ DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO, “La experiencia española en materia de valoración del daño corporal”, *Rivista di Diritto Civile*, 1.990/3, pág. 119.

⁶⁰⁹ Tal es la opinión de LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 492.

⁶¹⁰ BATALLER GRAU, JUAN “La indemnización...”, *cit.*, pág. 44.

La legislación y la doctrina italiana exigen que las lesiones tengan carácter permanente para que la indemnización en forma de renta sea viable, porque sólo un daño de tal naturaleza dura toda la vida y, por tanto, es susceptible de ser correctamente indemnizado con una renta vitalicia⁶¹¹. Aunque tal exigencia no aparece en el artículo 1.8 del “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, parece bastante coherente defender que la renta vitalicia es el mecanismo idóneo de indemnización en los supuestos de lesiones permanentes, que dejarán secuelas de por vida, o en aquellos en los que la expectativa de vida sea reducida o particularmente incierta a causa de la lesión.

Una vez justificada la posibilidad de fijar una indemnización en forma de renta vitalicia en ámbitos distintos al de la circulación de vehículos a motor, y los supuestos en los que tal indemnización resulta más adecuada, sólo queda plantearse si tal renta vitalicia posee el carácter de renta vitalicia judicial que ahora nos ocupa.

El problema, a la hora de determinar si tales indemnizaciones pueden incluirse dentro de las rentas vitalicias judiciales, es que Jueces y Tribunales aplican analógicamente el denominado baremo para resarcir todo tipo de daños corporales, sean estos derivados, o no, de un accidente de circulación. Dada la aplicación analógica del baremo legal podría considerarse que estas rentas vitalicias son legales. Sin embargo, puesto que la citada norma deja claro en su propio título que el ámbito de aplicación son los daños y perjuicios causados en los accidentes de circulación, parece más correcto afirmar que todo el resto de rentas vitalicias indemnizatorias no expresamente contempladas en la ley son auténticas rentas vitalicias judiciales.

En los supuestos de rentas vitalicias judiciales es la Sentencia judicial, en su condición de título constitutivo de la relación, la que determina la estructura, extensión, cuantía y periodos de pago de la pensión⁶¹². Sin embargo, ello no impide que le sean aplicables las reglas de los artículos 1.802 y ss. del Código Civil en todo aquello no previsto por la Sentencia, siempre que no vaya en contra de su propia naturaleza.

Por último, sólo mencionar que las rentas vitalicias judiciales, como ya se dijo con ocasión de aquellas propias del Derecho de la circulación, pueden ser aseguradas para que no resulten ilusorias. Los mecanismos de garantía son

⁶¹¹ Así lo establece el artículo 2.057 del CC italiano de 1.942 y lo confirma, entre otros muchos autores, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 217.

⁶¹² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 274.

los mismos que para cualquier otra renta vitalicia, que más adelante se estudian⁶¹³.

⁶¹³ Confirma esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 273, quien señala la posibilidad de garantizarla, por ejemplo, realizando conciertos con compañías de seguros, o mediante cualquier procedimiento real de aseguramiento, como la hipoteca de rentas...

CAPÍTULO II:

CARACTERES Y NATURALEZA JURÍDICA

1.- ESTUDIO DEL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

El carácter aleatorio del contrato de renta vitalicia es su rasgo más característico, pero también el más controvertido, pues el artículo 1.790 CC no logra definirlo con acierto. Son muy numerosas las disquisiciones doctrinales sobre la verdadera naturaleza de los contratos aleatorios, y sobre las características que debe tener un contrato para poder considerarse como tal. Qué es el *alea*, en qué se diferencia del riesgo habitual propio de cualquier contrato, son cuestiones previas que deben dilucidarse antes de estudiar el *alea* característica del contrato que nos ocupa.

Para ello, realizaremos un breve *excursus* sobre la evolución del contrato aleatorio hasta llegar a la definición contenida en el artículo 1.790 CC. Después centraremos el estudio en esa definición pues, como veremos, contiene una breve descripción de la estructura del contrato aleatorio sin mencionar su elemento más característico: el riesgo. Esta es la principal crítica a realizar a la definición contenida en el artículo 1.970 CC, la ausencia de mención al riesgo característico de estos contratos, que impide unificar las distintas figuras pertenecientes a la categoría. Precisamente por este motivo, tras realizar la oportuna crítica al precepto, nos centraremos en el estudio del riesgo característico del contrato aleatorio, de las diferentes teorías que han tratado de identificar sus rasgos esenciales, para posteriormente centrarnos en el *alea* propia del contrato de renta vitalicia y en los criterios que suelen utilizarse para determinar su existencia.

1.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO ALEATORIO

En línea de primera aproximación, y a partir de que a los presentes efectos el concepto de *alea* importa para entender el *alea* informadora del contrato de renta vitalicia, es importante precisar que, tradicionalmente, la

aleatoriedad de los contratos suele venir ligada a la incierta duración de la vida humana⁶¹⁴.

No está claro cuál es el origen de la palabra *alea*. Algún autor considera que se utilizaba para indicar el juego, especialmente el de dados⁶¹⁵. Para otros su origen es más antiguo y deriva, según narra ISIDORO, del nombre de un soldado griego, un tal *Alea*, que durante la guerra de Troya inventa el juego de dados (*alearum ludus*)⁶¹⁶.

Aunque el Derecho Romano clásico ya conocía la figura de la *emptio spei*, de fundamental importancia en el desarrollo de la categoría de los contratos aleatorios, no puede hablarse de la existencia de tal categoría contractual. El Derecho Romano no llega a formular la categoría contractual de los contratos aleatorios, sólo encontramos ciertas indicaciones sobre estos contratos en la Ley VIII, Título I, Libro XVIII del Digesto⁶¹⁷.

El Derecho Romano repudia las abstracciones privadas de directa utilidad para la solución de problemas concretos. Además, la *Sponsio*, capaz de garantizar la validez y la posibilidad de accionar reclamando una obligación de pago de una suma de dinero al verificarse un evento incierto, excluían la utilidad científica de la categoría⁶¹⁸.

Como ya se ha visto, es en el Derecho común cuando la categoría del contrato aleatorio empieza a desarrollarse. A ello contribuyen la introducción de la idea de la equidad en el Derecho y la prohibición de la usura, que llevan a concentrar la atención sobre el riesgo como valor económico susceptible de conformar objeto de cambio. Por esta vía, y con la finalidad de valorar la existencia de una justa proporción entre prestación y contraprestación, se llega a la elaboración de un juicio sobre la entidad del *periculum*, que se

⁶¹⁴ Tal y como afirma DEPREZ, JEAN “La lésion dans les contrats aléatoires”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1.955, pág.2,

⁶¹⁵ Para KAHN, RAYMOND, *L'aléa dans les contrats*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1924, pág. 5, el *alea* se utilizaba para indicar el juego. BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, CEDAM, Padova, 2000, pág. 3, considera que se empleaba para hacer referencia al juego, especialmente al juego de dados.

⁶¹⁶ CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”, *Nuovo Digesto Italiano*, dirigido por MARIANO D'AMELIO con la colaboración de ANTONIO AZARA, Tomo. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.937, pág. 307. Apunta esta tesis, también, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 4.

⁶¹⁷ Como pone de manifiesto SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 20. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el Derecho Romano no formula la categoría contractual de los contratos aleatorios ni ninguna otra. De hecho, ni siquiera existe una verdadera categoría de “contrato”.

⁶¹⁸ En este sentido se pronuncia BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 7.

convierte en un auténtico valor de cambio, atrayendo al contrato que presenta este elemento al esquema de la compraventa⁶¹⁹.

En la época inmediatamente anterior a la codificación se produce la desvinculación del contrato aleatorio de otros contratos a los que se encontraba indisolublemente unido, como la compraventa, que garantizaba su validez al apartarlo de las sospechas de usura⁶²⁰.

La categoría de los contratos aleatorios encuentra una completa elaboración, bajo el perfil sistemático, con la obra de POTHIER, en el ámbito de la clasificación de contratos elaborada por él⁶²¹. POTHIER los considera una subcategoría de los contratos onerosos y los contrapone a los conmutativos, definiéndolos como aquellos en los que una parte sin dar nada recibe algo de la otra, no por liberalidad, sino como precio del riesgo que ha corrido⁶²².

En el siglo XIX, con el Código de Napoleón, aparece por primera vez, en el título XIII del libro III (diferentes modos de adquirir la propiedad), la rubrica: “de los contratos aleatorios”⁶²³. El *Code* recoge la categoría de los contratos aleatorios y los configura como categoría autónoma⁶²⁴. No obstante, la doctrina, siguiendo las enseñanzas de POTHIER, continúa considerándolos una subdivisión de los contratos a título oneroso⁶²⁵.

⁶¹⁹ Así lo afirma, también, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 14.

⁶²⁰ Como ya se ha explicado y recuerda BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 15.

⁶²¹ Comparte esta opinión BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 16.

⁶²² POTHIER, ROBERT, JOSEPH “Traité des obligations”, *Oeuvres complètes de Pothier*, T. I, P. J. Langlois Libraire/ A. Durand libraire, París, 1.844, pág. 90. En el mismo sentido, para PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 368, n° 666, es evidente que el contrato aleatorio no es más que una subdivisión del contrato a título oneroso. El citado autor en la pág. 284, n° 573, define el contrato aleatorio por contraposición al conmutativo. Así, mientras en el contrato conmutativo una de las partes da, o cree dar, el equivalente de lo que recibe, en el aleatorio el objeto de la obligación de una de las partes, o de ambas, es incierto, sometido al devenir de ciertos eventos fortuitos.

⁶²³ Así lo pone de manifiesto MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 9.

⁶²⁴ En este mismo sentido, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 19.

⁶²⁵ Así lo afirman, entre otros, DE RUGGIERO, ROBERTO, *Instituzioni di Diritto civile*, vol. II (Diritti di obbligazione, diritti di famiglia, diritto ereditario), 3ª ed. riveduta e ampliata, Lorenzo Albano, Napoli, 1.923, pág. 234, BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed. Aumentada, vol. II (Le fonti), A. Giuffrè, Milano, 1.948, pág. 289, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 5, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 8, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos aleatorios”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.958, pág. 607, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 717, y 718. Es precisamente éste, para muchos autores, el punto de partida en el estudio de estos contratos. BOSELLI, ALDO “Rischio, *alea* ed *alea* normale del contratto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1.948-2, págs. 771 y 772, parte en su

artículo, como único punto firme no sometido a discusión, de la consideración del *alea* como una cualidad o categoría propia de los contratos onerosos. Sostiene este autor, que el ordenamiento reconoce eficacia y validez al acuerdo de las partes contenido en un contrato aleatorio, en cuanto éste satisfaga una causa onerosa. En el mismo sentido, algún sector doctrinal opina que la propia esencia de los contratos aleatorios excluye la posibilidad de constituirlos a título gratuito. Así, JOSSERAND, LOUIS, *Derecho...*, *cit.*, pág. 290, considera que el hecho, propio de estos contratos, de que ambas partes o una de ellas haya querido correr un riesgo, probar suerte, obliga a concluir que todo contrato aleatorio es a título oneroso. Para estos autores, las obligaciones asumidas en los contratos aleatorios son recíprocas y sinalagmáticas, y cada una tiene por causa la obligación asumida o ya cumplida por la otra parte. En tal sentido se pronuncian GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, 1ª ed. reimpr., Tecnos, Madrid, 1.972, pág. 363, y LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil*, T. III (Contratos), 10ª ed. revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid- Barcelona-Buenos Aires, 2.007, pág. 418. Así, los contratantes no hacen frente a la prestación por espíritu de liberalidad, sino a cambio de una contraprestación, o más genéricamente, de la ventaja que puedan obtener, como afirma BUTTARO, LUCA, “Del giuoco e della scommessa”, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Libro IV (Delle obbligazioni), arts. 1.933-1.935, 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna-Roma, 1.959, pág. 68. Con la finalidad de mantener el carácter siempre oneroso de los contratos aleatorios se llega a sostener que en estos contratos, incluso cuando una parte no debe cumplir, existe onerosidad. Tal afirmación es una consecuencia de la teoría tradicional del cambio de riesgos o de la soportación del riesgo. Esta tesis mantiene que el objeto de las prestaciones de los contratantes, en los contratos aleatorios, es el riesgo respectivamente corrido por las partes. Defienden esta teoría, BOSELLI, ALDO, “Rischio, alea...”, *cit.*, pág. 780 y FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, “Il giuoco e la scommessa”, *Trattato di Diritto civile italiano*, sotto la direzione di F. VASALLI, T. II, vol. IX, 2ª ed. revisada y completada, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1.956, pág. 56. De esta manera, se afirma que en aquellos contratos aleatorios en los que una parte está exenta de contraprestación, la prestación patrimonial realizada es el correlativo del riesgo corrido por la contraparte. BUTTARO, LUCA, “Del giuoco e della...”, *cit.*, págs. 68 y ss., sostiene esta postura en el supuesto de una apuesta 10 contra 0, en la que una de las partes cumple mientras el cumplimiento y la entidad de la contraprestación dependerá del advenimiento del evento incierto. Sin embargo, critica esta misma teoría en el supuesto de una apuesta 10 contra 10, en la que las prestaciones de ambos contratantes son inciertas, dependen del evento incierto. El autor, en este último supuesto, califica a la teoría de la asunción del riesgo como un “mero juego de palabras carente de sentido”. Es evidente que el riesgo, en uno u otro caso, no puede constituir objeto de cambio en sentido técnico, y así ha quedado demostrado con el reconocimiento implícito de tal imposibilidad por el propio autor, defensor de la teoría criticada en el supuesto de cambio de riesgos equivalentes. En este sentido de crítica a la teoría del cambio de riesgos, y en la afirmación de su implícita negación por BUTTARO, se pronuncia, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, A. Giuffrè, Milano, 1964, pág. 66. En nuestra doctrina, ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1.972, págs. 354 y 355, en relación a la *emptio spei*, también critica la idea de que sea el *alea* o azar el objeto del contrato. En este sentido defiende que “*realmente se compran objetos futuros, totalmente in fieri, cuya existencialidad pende del azar*”. Nuestro Código Civil, al definir el contrato aleatorio, defiende la onerosidad de esta categoría contractual, pues el artículo 1.790 del citado cuerpo legal define estos contratos, en palabras de DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971 (reimpresión de la edición de 1.967), pág. 273, como contratos “*más típicamente onerosos que los mismos contratos onerosos*”, al decir, “*que una de las partes o ambas se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la*

Posteriormente, el Código portugués recoge un apartado genérico dedicado a estos contratos, en el capítulo VII, del título II (contratos en particular), del libro II, artículo 1.537, que se ocupa de los derechos que se adquieren por hecho y voluntad propia y de otro conjuntamente⁶²⁶.

En la actualidad el Código Civil portugués prescinde del antiguo artículo 1.537, que definía con carácter general los contratos aleatorios, y que influyó en la elaboración de la regulación de estos contratos contenida en nuestro actual Código Civil.

Al igual que el portugués, numerosos Códigos modernos prescinden de la elaboración de una categoría contractual autónoma para los contratos aleatorios. Son claros ejemplos los Códigos alemán, suizo, o el italiano de 1.942, que regulan algunos de estos contratos pero no determinan, ni por vía de definición ni de ninguna otra forma, el concepto jurídico del contrato aleatorio⁶²⁷. Nuestro Código Civil, al igual que los restantes códigos latinos, sigue el criterio del Derecho histórico y regula la categoría general del contrato aleatorio⁶²⁸.

En nuestro Derecho, la primera vez que el contrato aleatorio aparece recogido como categoría general autónoma es en el Proyecto de Código Civil de 1.851, en su artículo 1.695, siguiendo los precedentes del Derecho francés, concretamente del artículo 1.964 del *Code*. Antes, la Ley XI, Título V de la Partida V hace alguna referencia a estos contratos, pero sin configurarlos como categoría autónoma⁶²⁹. El artículo 1.965 del citado proyecto, en relación con el artículo 1.537 del Código portugués, es el origen del precepto que genéricamente se referirá a los contratos aleatorios en el anteproyecto de 1.882-84⁶³⁰. La definición plasmada en nuestro Código Civil no será exactamente la contenida en el citado anteproyecto, pues el artículo 1.790 CC

otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado”.

⁶²⁶ Lo afirma, también, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 9.

⁶²⁷ En el mismo sentido, pone de manifiesto este hecho, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 320

⁶²⁸ Así, de la misma manera, LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 417.

⁶²⁹ Como precisa SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 20. Dice la citada Ley: “*Otrosí dezimos que podría ome comprar la cosa que non fuesse aun cierta, esto sería como si algun ome pescasse o cazasse o dixesse otro alguno: darte he tanto precio por la primera cosa que pescares o cazares, ca si el otro gelo otorga, como quier que non sabe que es aquello que vende, valdra la vendida. Otrosí dezimos que si el comprador dixere que quiere atender a su ventura, si sacasse alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiessse o matasse el pescador alguna cosa fasta ora cierta del día o en todo el día, estonce maguer non prenda ninguna cosa, tenuto es el comprador de darle el precio quel prometió.*”.

⁶³⁰ Lo confirma, GETE ALONSO Y CALERA, M^a DEL CARMEN, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona 1.979, págs. 545 y ss.

prescinde de la referencia al artículo 1.268 del Código austriaco, que sanciona la imposibilidad de la rescisión por lesión en los contratos aleatorios⁶³¹.

Nuestro actual Código Civil recoge, en el libro IV, título XXII, la regulación de los contratos aleatorios. El Código, hasta este título XXII, hace una monografía de cada uno de los contratos del libro IV, y dedica a cada contrato un título. Al llegar al título XXII, sin embargo, abarca todo un género, toda la categoría de los contratos aleatorios, en un solo título⁶³². En este caso el legislador ha decidido dedicar un capítulo a la regulación de cada contrato aleatorio en particular y sólo un artículo al contrato aleatorio en general, el artículo 1.970 CC.

Este precepto, el primero de los artículos del título, contiene la definición del contrato aleatorio, aunque recogida sin mucha fortuna. Se trata de una única disposición general, y en teoría comprensiva de la totalidad de los contratos aleatorios posteriormente regulados. Dice el artículo 1.790: “*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer una 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.*”

1.2.- CRÍTICAS A LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ALEATORIO CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1.790. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE DELIMITAR EL CONCEPTO DE ALEA

1.2.1.- Introducción

No se puede comenzar la crítica a este precepto sin hacer mención al ya conocido problema de la introducción, por los códigos y leyes, de definiciones que habrían dejarse a la labor doctrinal. En buena lógica jurídica debería ser la doctrina quien, una vez reguladas las exigencias y prescripciones legales de la figura, se ocupara de dar esta definición. Los legisladores, más preocupados de regular las diferentes instituciones, no son conscientes de la importancia de dar una correcta definición de cada figura legal.

La elaboración de una definición completa, exhaustiva, atenta a cada matiz de la regulación, necesita de una enorme labor de reciclaje y estudio de Derecho histórico, comparado... y esta labor es mucho más acorde con la preparación de los estudiosos del Derecho que de quienes se dedican a la política legislativa. Decía gráficamente SÁNCHEZ ROMÁN, “*...es más propio del arte legislativo y menos ocasionado a complicaciones y peligros en la aplicación de un cuerpo legal, que los principios y caracteres doctrinales de las instituciones que reglamenta se*

⁶³¹ Acertadamente apunta este dato, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 320.

⁶³² Así lo hace notar MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 9.

*deduzcan y comprueben por la armonía de todas sus reglas, producto de un sistema virtual, pero no expreso y anticipado, que las inspire, dejando al estudio de la Ciencia del Derecho Positivo, que en sus manifestaciones, por medio de tratados doctrinales trabajos exegéticos o decisiones de la Jurisprudencia, recoja y formule las verdades del concepto en que su articulado se funde”*⁶³³.

Los códigos y las leyes son meras regulaciones legales de diferentes instituciones, que deben ser meditadas y nunca carentes de una justificación lógica basada en la justicia y en la seguridad jurídica, pero no son el lugar adecuado para la plasmación de disquisiciones jurídicas. Si bien, esto no supone prescindir de la meditación, la lógica o la ética en la elaboración de los preceptos legales, que debe en todo caso informarlos⁶³⁴. En cualquier caso, es una realidad que las leyes y códigos contemplan definiciones y conceptos de carácter doctrinal, de manera más o menos correcta, que nos obligan a su estudio y análisis para discernir hasta que punto se acoplan a la realidad de los conceptos.

1.2.2.- El carácter descriptivo de la definición

El artículo 1.790 CC más que una definición prescriptiva del contrato aleatorio es una descripción, y así lo opinan la mayor parte de los autores que se han parado a estudiarla⁶³⁵. Este artículo se limita a describir el doble mecanismo por el que se estructuran los contratos aleatorios. A partir de esta descripción suele establecerse una clasificación que divide estos contratos en dos tipos. Aquellos en los que las prestaciones de las partes se hacen depender de un acontecimiento incierto en su existencia y en el momento en que acontecerá, y aquellos otros en los que se hacen depender de un acontecimiento incierto sólo en el momento en el que devendrá.

Para algunos autores la definición, a pesar de sus defectos, acota perfectamente los dos tipos de especies aleatorias que, atendiendo a su estructura, se pueden establecer: las que dependen de un acontecimiento

⁶³³ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 810.

⁶³⁴ En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 13, haciendo suya la idea, plasmada en *Las Leyes* de PLATÓN, de que el mejor modelo de legislador es aquel que razona sus mandatos.

⁶³⁵ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 12, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, cit., pág. 615, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, cit., pág. 720, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., págs. 323 y ss., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual), 7ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid 1.995, pág. 482. Tal afirmación ya no se realiza, sin embargo, en la 9ª ed. de la obra.

incierto en el *an* y aquellas otras que dependen de un acontecimiento cierto pero que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (incierto en el *quando*)⁶³⁶.

Otros autores opinan que la descripción ni siquiera se cumple en todos los casos, que sólo se adecúa a la estructura de alguno de los contratos tipificados en el Código Civil. Para DIEZ-PICAZO, por ejemplo, sólo los contratos de apuesta y de seguro se acomodan a la definición dada. La primera parte del artículo 1.790 CC describiría el contrato de seguro, pues una de las partes cumple con la prestación desde el momento de la perfección del contrato, mientras la otra realiza la prestación sólo si se cumple el evento incierto. La segunda parte de la definición describiría la estructura del contrato de apuesta, ya que en él una o ambas partes se obligan a realizar una prestación, dependiendo del resultado del evento incierto que necesariamente acontecerá⁶³⁷.

En opinión de GULLÓN BALLESTEROS, sólo el contrato de apuesta se amolda a la estructura del artículo 1.790 CC Este autor considera que el contrato de seguro no se adapta a la definición, porque el asegurado no paga la prima como contraprestación a lo que el asegurador ha de indemnizarle cuando ocurra el evento temido y asegurado, sino que obtiene una utilidad desde la celebración del contrato: el desplazamiento del riesgo al patrimonio del asegurador⁶³⁸.

Aunque pueda dudarse si el contrato de seguro se ajusta a la estructura consignada en la definición, no cabe duda de que no la cumple el contrato de renta vitalicia. A pesar de que este contrato se incardina en aquella especie de contratos aleatorios en los que la prestación depende de un evento que necesariamente acontecerá, pero incierto en el momento en el que se producirá, no se amolda a la definición. No se adapta a la definición, porque ninguna de las partes ha de dar o hacer nada en el momento en el que se verifica el evento incierto. En este contrato el evento incierto no marca el inicio de las prestaciones de una o ambas partes, como perfila el artículo 1.790 CC, sino que, por el contrario, determina el fin de una de ellas.

⁶³⁶ Así lo opinan MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 12, PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol.II (Contratos en particular), 2ª ed. revisada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1.982, pág. 552 y CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, pág. 720.

⁶³⁷ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO., *Sistema de Derecho...*, *cit.*, pág. 482. En el mismo sentido se pronuncia en la 9ª ed. de la obra, pág. 429.

⁶³⁸ GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 362. En el mismo sentido se pronuncia LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 417, al sostener que la definición contempla esencialmente el juego y la apuesta, ignorando los demás supuestos contractuales.

Por este motivo puede afirmarse que el artículo 1.790 CC contiene una descripción de los contratos aleatorios, en la que ni siquiera se consignan sus elementos esenciales, que no consigue amoldarse a los contratos tipificados y regulados en los artículos inmediatamente posteriores, sin entrar en consideraciones sobre si la cumplen o no los no tipificados. Y es que, como ya se dijo, existen demasiadas especies aleatorias para poder establecer una descripción que, atendiendo a la mera estructura de los contratos, logre abarcar la totalidad de figuras que esta categoría comprende.

El precepto no logra el fin buscado, reflejar la estructura de los distintos contratos aleatorios, y además incurre en errores en su descripción. No es exacto decir que la obligación u obligaciones se establezcan para el caso de un acontecimiento que ha de ocurrir en un tiempo indeterminado. Como ya señalaba SÁNCHEZ ROMÁN, *“Tal indeterminación en el tiempo no es nota precisa que forzosamente haya de originar un contrato aleatorio, sino más bien al contrario, cualquier contrato aleatorio, tiene por de pronto, una base cierta de tiempo, que es la duración, implícita o explícita por el objeto y fin del contrato, de la relación contractual y sólo el supuesto de su celebración, que tenga lugar dentro de este periodo será el que esté dentro del contenido del contrato y al que únicamente alcancen sus efectos”*⁶³⁹ Esta nota de la indeterminación temporal no es propia del contrato aleatorio, sino del sometido a condición, y es que el artículo 1.790 tampoco logra separar ambas categorías contractuales.

1.2.3.- La heterogeneidad de la definición: ausencia de mención del riesgo

Dar una definición general, comprensiva de la totalidad de los contratos aleatorios, no es una tarea fácil. Esta categoría contractual está compuesta por un gran número de figuras muy diversas. Precisamente por este motivo, por la gran diversidad de figuras que se incardinan en la categoría, es realmente complicado dar una definición general que abarque las características de la totalidad de estos contratos⁶⁴⁰. Para algunos autores, como GULLÓN BALLESTEROS, éste es el motivo de la inadecuada definición que nos da el Código, intentar abarcar los supuestos más típicos regulados en él sin tener en cuenta sus particularidades propias⁶⁴¹.

El reproche fundamental a la definición del Código Civil es, precisamente, la carencia de un criterio integrador, común a todas estas figuras, que proporcione las pautas necesarias para unificarlas. En palabras de ÁLVAREZ VIGARAY, el artículo 1.790 CC no consigue dar una definición comprensiva de estos contratos, no consigue reducirlos a la unidad, pues falta

⁶³⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 811.

⁶⁴⁰ Comparte esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, cit., págs. 719 y ss.

⁶⁴¹ GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, cit., pág. 362.

la homogeneidad de contenido propia de una definición esencial⁶⁴² Parece evidente, dada la abundancia y diversidad de contratos aleatorios existentes, la necesidad de fijar la atención en los elementos comunes, con el fin de elaborar una definición que abarque la totalidad de supuestos encajables en la categoría. El legislador debería haberse fijado en los elementos esenciales de estos contratos, para confeccionar una definición homogénea.

Este primer defecto de la definición es consecuencia de uno de los errores más criticados, la ausencia de mención al riesgo característico de los contratos aleatorios.

GUILARTE ZAPATERO considera que los contratos aleatorios se asientan en tres elementos esenciales: la indeterminación del resultado, la dependencia del mismo de circunstancias aleatorias y la voluntad de los interesados en asumir ese riesgo⁶⁴³. Estos tres elementos se resumen en uno: el riesgo típico de estos contratos que, como veremos, debe ser esencial, inherente al contrato y causa de la indeterminación de resultados. Prescindir de este elemento en la definición general del contrato aleatorio es un gran error. Sin embargo, y en palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, ésta ni por casualidad apunta la vulgarísima idea del riesgo, ni mucho menos lo que tenemos por su concepto esencial⁶⁴⁴.

Ciertamente la definición no hace mención a ninguna clase de riesgo, y no sólo debería mencionarlo, tendría que definir y perfilar el *alea* típica de este contrato, por ser diferente del riesgo que afecta al resto de convenciones contractuales. Este *alea* necesita una regulación clara y específica en el Código, para evitar las innumerables confusiones existentes con el *alea* normal, con la condición, o con todas aquellas modificaciones en las prestaciones que no constituyen *alea*.

Si se quiere definir el contrato aleatorio, y se quiere definir bien, es esencial tener en cuenta el elemento aleatorio, pues es lo que caracteriza estos contratos y su presencia es indispensable en todos ellos⁶⁴⁵. De hecho, de haberse subsanado este garrafal error, de haber configurado el riesgo típico del contrato aleatorio, se habría conseguido la definición homogénea y realmente integradora que buscaba el legislador, evitando los numerosos problemas y confusiones que provocan estos contratos.

⁶⁴² ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 615.

⁶⁴³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág.322.

⁶⁴⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 812.

⁶⁴⁵ Comparte esta opinión, GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 362.

Por ello, antes de centrarnos en el estudio concreto del *alea* en el contrato de renta vitalicia, nos detendremos a estudiar el riesgo típico del contrato aleatorio.

1.3.- CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO

Como ya se ha señalado, son muy numerosos los intentos doctrinales, e incluso jurisprudenciales, por definir o aclarar la noción de contrato aleatorio. Tales tentativas se dirigen no sólo a dar una definición adecuada y correcta, sino también a despejar las dudas acerca de cuáles son sus elementos esenciales. La razón es evidente, estos elementos son necesarios para deslindar esta categoría contractual de otras instituciones del Derecho, que en multitud de ocasiones aparecen confundidas y mezcladas con ellos. A lo largo de los diferentes epígrafes de la presente exposición intentaremos dejar claro qué son los contratos aleatorios y cuáles son sus elementos caracterizadores y diferenciadores del resto de figuras con las que habitualmente se confunden.

Para empezar, examinaremos los dos criterios que se han considerado básicos para intuir cuándo nos encontramos ante un contrato aleatorio. Estos criterios surgen a partir de dos tesis que tratan de determinar cuál es el verdadero elemento identificador de estos contratos. Empezaremos examinando la primera de ellas.

1.3.1.- Tesis tradicional: la indeterminación del resultado en los contratos aleatorios

Es la tesis más tradicional, la más antigua, cuyo origen se remonta al S. XIX o principios del S.XX y se desarrolla sobre la huella de la codificación napoleónica⁶⁴⁶. Los defensores de esta teoría consideran que la característica esencial del contrato aleatorio es la imposibilidad de determinar, en el momento de su celebración, las prestaciones que van a realizar los contratantes, las ventajas o desventajas que van a derivar del contrato. Privilegia esta tesis el perfil funcional de la categoría, y atiende fundamentalmente al resultado final de la contraposición de intereses que existe entre los contratantes⁶⁴⁷.

Desde esta tesis se intenta definir el contrato aleatorio oponiéndolo al conmutativo. En este último, los contratantes tienen claro desde el principio cuáles van a ser los resultados del contrato y realizan su prestación en espera

⁶⁴⁶ Tal y como pone de manifiesto SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e alea nei contratti*, Instituto Editorial Cisalpino, Milano-Varese, 1.960, pág.113.

⁶⁴⁷ En este sentido, también, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e l'alea*, Studium Urbis, Padova-Cedam, 1.987, pág. 60.

de una contraprestación perfectamente determinada y conocida, que satisface sus necesidades o deseos. No ocurre lo mismo, y en eso se centra esta teoría, cuando las partes deciden alcanzar sus deseos a través de un contrato aleatorio. En estos contratos no son los contratantes los que determinan las prestaciones que derivan del mismo, sino el *alea* causada por un evento incierto que los caracteriza⁶⁴⁸.

Son muy numerosos e importantes los autores que defienden esta teoría clásica. Así, NAVARRO AMANDI⁶⁴⁹, SÁNCHEZ ROMÁN⁶⁵⁰, CLEMENTE DE DIEGO⁶⁵¹, MANRESA⁶⁵², BARASSI⁶⁵³, SCAEVOLA⁶⁵⁴,

⁶⁴⁸ Así, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág.83.

⁶⁴⁹ NAVARRO AMANDI, MARIO, *Código Civil de España*, Tomo II, Juan Vidal, Madrid, 1.880, pág. 373, define los contratos aleatorios, en esta línea, como todas aquellas convenciones cuyos efectos dependen, en cuanto a las pérdidas y ganancias, de un hecho incierto.

⁶⁵⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 395, también define los contratos aleatorios en esta línea diciendo: “Son *aleatorios o de suerte*, todos aquellos en que cada una de las partes tiene también en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pero no bien determinado en el momento del contrato, y sí dependiente de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o de pérdida”.

⁶⁵¹ CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, Tomo V, (Derecho de obligaciones), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1.920, pág. 166. Para el autor, lo esencial y característico de los contratos aleatorios es que teniendo las partes un interés pecuniario en el contrato no está bien determinado en el momento de su perfección y celebración.

⁶⁵² MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 8, participa claramente del pensamiento común a esta teoría. El autor dentro del grupo de los contratos onerosos distingue los contratos conmutativos y los aleatorios, y diferencia estas dos categorías con base, precisamente, en la idea de la indeterminación del resultado: “*porque a las veces el equivalente pecuniario de la contratación está bien determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato, al paso que otras no lo están, dependiendo su determinación de un acontecimiento venidero.*”

⁶⁵³ BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale...*, *cit.*, pág. 289, define los contratos conmutativos como aquellos en los que en el momento de la estipulación del contrato, si no es condicional, está cuantitativamente determinada y es cierta la ventaja que deriva para cada una de las partes contratantes. Por el contrario, considera aleatorio aquel contrato en el que es incierto el alcance económico para una de las partes o para ambas, en cuanto la determinación de las ventajas está subordinada al advenimiento de un evento futuro e incierto.

⁶⁵⁴ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, págs. 8 y ss., recoge diversos exponentes de esta teoría, y define los contratos aleatorios como “*aquellos contratos en los que las partes acuerdan someter sus mutuas prestaciones, absolutas o condicionadas, en torno al resultado de algún hecho incierto en su realización, desenvolvimiento o fecha*”. El *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escribano*, también citado por SCAEVOLA, defiende este concepto tradicional de contrato aleatorio y lo define como “*aquella convención recíproca, cuyos efectos en cuanto a las pérdidas y ganancias para cualquiera de las partes o para todas ellas dependen precisamente de un acontecimiento incierto*”. También cita SCAEVOLA, entre otros muchos autores, a MAYNZ, que en su obra *Curso de Derecho Romano* dice “*que son aleatorias aquellas convenciones que tienen por objeto exponer a las partes a mutuos azares de ganancia o pérdida*”.

MESSINEO⁶⁵⁵, MAZEAUD⁶⁵⁶ son claros exponentes de esta tesis, como analizaremos.

Según esta teoría, 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 la ganancia o pérdida. Existe, por tanto, una incertidumbre acerca del resultado final del contrato.

En esta categoría contractual la determinación de las prestaciones no se produce hasta el advenimiento de un evento incierto, que pone fin a la situación de aleatoriedad y determina las obligaciones de cada contratante⁶⁵⁷. En los contratos conmutativos, por el contrario, el contenido del contrato es claro desde su estipulación, las partes pactan sus concretas prestaciones y ningún acontecimiento habrá de intervenir en la determinación del contenido del contrato. Esta es la diferencia que, desde tal punto de vista, se señala como fundamental para la caracterización y diferenciación de este contrato con el conmutativo⁶⁵⁸.

Ciertamente, en los contratos aleatorios la determinación de las prestaciones se produce con la realización del evento incierto característico de esta categoría contractual. De esta manera, el alcance de las prestaciones, el resultado final del contrato, es desconocido hasta el advenimiento del citado

⁶⁵⁵ MESSINEO, FRANCESCO, *Derecho civil y comercial*, T. IV (Derecho de las obligaciones: parte general), Traducido por S. SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.955, pág. 475, en la tarea de realizar un agrupamiento de los distintos contratos, mantiene la postura característica de los autores citados: “*Es contrato aleatorio (o de suerte) aquel en que la importancia del sacrificio, puesta en relación con la importancia de la ventaja (o sea con la importancia del riesgo) al que cada parte se expone al contratar, no es conocida, ni valorable, en el acto de perfeccionamiento del contrato. Aquella importancia se aclarará más adelante, según el curso de los acontecimientos.*”

⁶⁵⁶ MAZEAUD, HENRI, *Lecciones de Derecho civil*, Parte III, Tomo IV (Los principales contratos: continuación), traducido por LUÍS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1.962, pág. 513, define el contrato aleatorio con base, también, en la indeterminación de resultados: “*...aquel en el cual la ventaja que las partes obtienen del mismo, no es apreciable con motivo de su formación, por depender esa ventaja de un acontecimiento incierto al que los contratantes han querido subordinar sus probabilidades de ganar o perder.*”

⁶⁵⁷ GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág. 83, en este mismo sentido, sostiene que con la verificación del evento incierto se determina el resultado económico final del contrato.

⁶⁵⁸ Punto de vista aceptado por el Tribunal Supremo pues, en la conocida STS de 14 de noviembre de 1.911, establece la diferencia entre un contrato aleatorio y uno conmutativo con base, precisamente, en esta teoría. Para la Sentencia, en los contratos aleatorios el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado. Sin embargo, en los contratos conmutativos lo está desde el momento de su celebración. Parece clara, por tanto, la aceptación de estas ideas por nuestro Tribunal Supremo.

evento. Pero no es menos cierto que esta indeterminación inicial no es una característica exclusiva de los contratos aleatorios. La indeterminación de resultados se presenta también en contratos conmutativos en los que, en ocasiones, tampoco puede determinarse exactamente su resultado final. Este es el punto de partida de la crítica realizada a esta teoría.

A) Estudio crítico de la tesis tradicional

La crítica fundamental realizada a esta postura doctrinal radica en que la inexistencia de una exacta determinación de los resultados derivados del contrato no es característica exclusiva de los contratos aleatorios⁶⁵⁹. Es perfectamente posible encontrar contratos conmutativos en los que las prestaciones no están exactamente determinadas desde el principio. Por este motivo la aplicación de esta teoría, sin más concreciones, conduce a resultados indiscriminados y excesivos al considerar aleatorios contratos que no lo son⁶⁶⁰.

Es muy claro el ejemplo de una compraventa de valores mobiliarios, o de mercancías, cuyo precio se determinará por la cotización que alcancen un día concreto en una bolsa o mercado⁶⁶¹. Esta estipulación es perfectamente válida en nuestra legislación. Aunque el artículo 1.445 CC exige que el precio de la compraventa sea un precio cierto, se considera cierto, en virtud de los artículos 1.447 y 1.448 del mismo cuerpo legal, aquel precio señalado con relación a una cosa determinada, o al precio que tendrá en un concreto día, bolsa o mercado.

Estamos ante un contrato de compraventa con unas estipulaciones admitidas por nuestro derecho, en el que en el momento de su conclusión no aparece exactamente determinada la cuantía de las prestaciones. Esto no

⁶⁵⁹ En este mismo sentido se pronuncia GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Notarial*, 1.960-4 (julio-diciembre), pág. 312. Para el autor no basta con decir que en el contrato aleatorio “...*existe un riesgo de pérdida o de ganancia, o que las prestaciones no están en él determinadas desde su principio, o equipararlas a los contratos condicionales, porque estas circunstancias o son inexactas o no bastan para caracterizarles por ser comunes a otras especies contractuales.*”

⁶⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 61, pues considera que la teoría finalista conduce a una generalización inaceptable. Para el autor esta tesis no discrimina la procedencia de la incertidumbre, y conducirá a considerar aleatorio cualquier negocio conmutativo de duración prolongada donde se deban asumir las repercusiones de eventos extrínsecos al contrato. También GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 58.

⁶⁶¹ BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale...*, *cit.*, pág. 290. Con este ejemplo el autor, aunque defensor de la teoría tradicional, admite que en estos casos la indeterminación de prestaciones no implica la aleatoriedad del contrato. BARASSI, para justificar la existencia de contratos con prestaciones indeterminadas no aleatorios, realiza una clasificación de riesgos en la que excluye expresamente, como riesgo determinante de la aleatoriedad, el derivado de las oscilaciones de bolsas o mercados.

puede llevarnos a considerar, sin más, que el contrato es aleatorio. De hecho, aunque no aparece el valor exacto de la contraprestación debida es determinable en atención a factores objetivos, y no depende del azar. Es imposible calificar como aleatorio un contrato de estas características, porque la fijación de las concretas prestaciones no depende del azar, y éste es el elemento que determina el contenido del contrato aleatorio.

No se puede aceptar que todo contrato en el que el contenido final varíe, respecto de las iniciales previsiones de los contratantes, sea siempre aleatorio. No es aleatorio, por ejemplo, el contrato en el que la modificación de resultados respecto a lo inicialmente previsto es consecuencia del actuar de elementos extraños a la propia relación. Así, en ningún caso pertenece a esta categoría de contratos aquella estipulación contractual en la que la desviación del resultado previsto es consecuencia de contingencias normales de la vida sobre las que no se ha pactado, como acontecimientos políticos y económicos que se desarrollan en un determinado momento y lugar⁶⁶².

Es necesario algo más para que podamos integrar este contrato entre los aleatorios, porque todo contrato, en cuanto “programa o proyecto prestacional”, entraña siempre un cierto grado de riesgo para las partes.

En el contrato aleatorio la incertidumbre no es el factor más o menos común de la vida, sino lo característico del contrato mismo, un elemento destacado para la causa de todos ellos⁶⁶³. Esto impide que sean considerados aleatorios aquellos contratos que sólo se ven afectados por el azar de manera incidental, aunque se modifique el valor de las iniciales prestaciones pactadas. No pueden considerarse aleatorios por faltarles el elemento básico, el *alea* típica de estos contratos.

Como vemos, la incertidumbre del resultado económico contractual, de las ventajas o pérdidas que para las partes derivan del contrato, no es el criterio más adecuado para discriminar los contratos aleatorios. Este criterio, por su excesiva generalidad, nos llevaría a confundir y a unificar como aleatorios todos los contratos de ejecución diferida, y aquellos en los que no

⁶⁶² LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho Civil*. T. II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (Contratos y cuasicontratos), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1.986, pág. 450, afirma que en todo contrato se corre el riesgo de que las prestaciones finales no sean las esperadas. El autor pone claros ejemplos de estos riesgos, que corremos también en la realización de contratos conmutativos: el riesgo de que la cosa adquirida en un contrato de compraventa se quede anticuada por aparecer un modelo más perfecto o que valga mucho más de lo que pensaba el vendedor, arrendador o comodante; que la prestación del servicio o la obra tenga para el prestador un coste de tiempo y/o dinero muy superior al calculado... Tal afirmación, sin embargo, ya no la realiza en ediciones posteriores, como en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.002, o en *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol.2º, 2.005.

⁶⁶³ Como pone de manifiesto SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 6.

estuviesen perfectamente determinadas las recíprocas pérdidas o ganancias para las partes⁶⁶⁴.

La indeterminación de resultados, sin más aclaraciones, no basta por sí sola para configurar y deslindar los contratos aleatorios del resto de contratos, pues nos llevaría a considerar aleatorios contratos que no lo son⁶⁶⁵. Hace falta algo más que complete este primer rasgo característico. Esto no quiere decir que la presente doctrina esté equivocada al considerar la indeterminación de resultados finales, en los contratos aleatorios, como el rasgo esencial para su configuración y deslinde de otras figuras. Sin embargo, este rasgo característico debe completarse con la delimitación de las causas de tal indeterminación.

B) Defensa y concreción de la tesis tradicional

A raíz de estas críticas, realizadas fundamentalmente por autores italianos como SCALFI, GAMBINO O GIOVANNI DI GIANDOMENICO, empieza a completarse la tesis clásica⁶⁶⁶. El principal problema de la citada doctrina es la escasa rigurosidad con la que había sido desarrollada. No se concretan las causas de la indeterminación de resultados, ni sus diferencias con la indeterminación en el resto de contratos, lo que trata de ser solucionado, *a posteriori*, en la defensa de la citada postura.

SÁNCHEZ ROMÁN, defensor de la tesis tradicional, se anticipa a las críticas que dan lugar a la segunda corriente doctrinal. El autor afirma que la valoración, sin más, de la indeterminación de resultados lleva a considerar aleatorios la mayoría de los contratos, pues en todos pueden existir acontecimientos modificadores del resultado final. Sin embargo, continúa argumentando, estas críticas pierden su validez cuando se precisa algo esencial: *“Nada tienen que ver los resultados de un riesgo o caso fortuito, posterior a la perfección del contrato, respecto de las cosas o prestaciones que fueron objeto de él y ya se estiman cumplidas influyendo en el patrimonio de aquel contratante pero no en el contrato mismo, con el riesgo cuando es su propia materia, produciendo indeterminación o incertidumbre para apreciar con exactitud el interés del contrato, respecto de cada uno de los contratantes al tiempo de su celebración”*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Así lo afirma, también, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., pág. 80.

⁶⁶⁵ En el mismo sentido, SCALFI, GIANGUIDO, “Considerazioni sui contratti aleatori”, *Rivista di Diritto Civile*, VI-I, 1.960, pág. 153. El autor entiende que no es exacto definir el contrato aleatorio con base en la incertidumbre del resultado para las partes, pues esta característica es propia, también, de los supuestos de extensión del *alea* normal en contratos con prestaciones ciertas y determinadas.

⁶⁶⁶ Ver, *supra*, el estudio crítico de la tesis tradicional, donde aparecen las críticas de estos autores.

⁶⁶⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, págs. 395 y 396.

GUILARTE ZAPATERO, en sus comentarios al artículo 1.790 del Código Civil, sale en defensa de esta teoría y mantiene que la objeción a la tesis tradicional, “no se ajusta a la idea central y básica de aquellas definiciones o conceptos en los que, evidentemente, late con un carácter más o menos explícito, que la inicial indeterminación de las prestaciones y la incertidumbre respecto a la definitiva pérdida o ganancia, están en función de una circunstancia aleatoria, ajena a la voluntad de las partes y sin embargo querida por ellas como causa eficiente del resultado”⁶⁶⁸.

En el contrato conmutativo las partes realizan sus estipulaciones con unas expectativas, con unas previsiones de cuáles van a ser los resultados del contrato. Puede ocurrir, puesto que en todo contrato se corre un riesgo, que las previsiones de las partes no hayan sido las adecuadas, por no haber tenido en cuenta un determinado aspecto o por la intervención de un acontecimiento inesperado. En estos supuestos las previsiones iniciales no serán las realmente acontecidas, pero esto no convierte en aleatoria la convención.

Estos contratos no son aleatorios porque en ellos es perfectamente posible determinar desde el principio las prestaciones que derivarán para las partes, aunque finalmente puedan variar por incidencias extrañas a la relación. Las variaciones de estas previsiones iniciales son consecuencia de la injerencia de elementos ajenos al contrato, de la afección de un riesgo externo a la previsión contractual que no ha sido querida ni pactada por las partes. Por tanto, los elementos externos no afectan a los contratos en sí, pues ya se han realizado y su contenido ya ha quedado fijado, sino a los patrimonios de los contratantes. En los contratos conmutativos en los que se producen modificaciones en las iniciales prestaciones el riesgo es externo y no ha sido previsto por las partes, y ésto será lo que nos permita diferenciarlos de los contratos aleatorios.

En los contratos aleatorios la indeterminación de resultados se produce por la afección de un evento incierto que genera un riesgo inherente al contrato, un riesgo sobre el que las partes pactan y que aceptan como determinante de los resultados. El evento incierto generador del *alea* es inherente al contrato, es elemento esencial y determina los resultados finales de la relación contractual⁶⁶⁹. El *alea* propia del contrato aleatorio es, además,

⁶⁶⁸ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 321.

⁶⁶⁹ En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”, *Novissimo Digesto Italiano*, dirigido por A. AZARA y E. EULA, Tomo I, 3ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1957, pág.472, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 613, SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 123, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 325, y DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 220, quien afirma que la referencia al evento incierto en el contrato aleatorio es esencial, porque representa el punto de unión con la suerte. Ésta determina la existencia o la entidad de las prestaciones, y en consecuencia las ganancias o las pérdidas de las partes.

elemento exclusivo de esta categoría de contratos. La incidencia de elementos externos en los contratos conmutativos, por el contrario, no es algo exclusivo de tal categoría contractual. Son acontecimientos de la vida real, que sin remedio van a influir en las estipulaciones jurídicas de todo orden.

Se ha ido incidiendo, como vemos, en las diferencias que existen entre la indeterminación de resultados del resto de contratos y la típica del contrato aleatorio. En el primero de los casos la indeterminación es algo ajeno a la estipulación, no buscado por las partes, que acontece como consecuencia de riesgos extraños sin afectar al contrato mismo, sino al patrimonio de los contratantes. En el contrato aleatorio el riesgo es parte del contrato, es esencial a su estructura, porque el evento incierto del que deriva determina el contenido del contrato, y es conocido y aceptado por los contratantes.

Aclarados estos aspectos de la indeterminación de resultados, puede defenderse que la influencia de determinados riesgos en el resto de contratos, afectando en mayor o menor medida a los resultados finales, no es óbice para objetar tal indeterminación como rasgo característico de los contratos aleatorios. Realmente no es un concepto erróneo, ya que efectivamente la indeterminación es esencial a estos contratos, pero es necesario completarlo⁶⁷⁰. Deben tenerse en cuenta las características que, según hemos visto, ha de presentar tal indeterminación: venir provocada por un elemento interno, que será el encargado de concretar las prestaciones de las partes y la estructura del contrato. Sólo así entendida, la indeterminación puede servirnos como criterio identificador de los contratos aleatorios.

1.3.2.- Criterios actuales: el *alea* en los contratos aleatorios y en los contratos conmutativos

A) Introducción

Frente a la línea doctrinal expuesta surge otra, como ya se indicó, consecuencia de las críticas realizadas a la primera. Esta segunda tesis, posterior en el tiempo, caracteriza los contratos aleatorios por la incidencia de un evento incierto que determina la existencia o la extensión de sus prestaciones, y por estar sometidos a un riesgo específico diferente del que afecta al resto de contratos⁶⁷¹. El problema, ahora, se centra en determinar el riesgo típico del contrato aleatorio y sus características.

⁶⁷⁰ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., pág. 80, a pesar de ser detractor de la tesis tradicional, reconoce que la indeterminación de resultados es una característica esencial de los contratos aleatorios, si bien, considera que por sí sola es demasiado genérica para ser el criterio de discriminación de estas convenciones.

⁶⁷¹ En este sentido, también, SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, cit., pág. 114.

Como se comprobará ambas tesis, muy lejos de contradecirse, se complementan. El riesgo típico del contrato aleatorio, en cuyas características nos centraremos, es la causa de la indeterminación de resultados en la que, inexorablemente, deriva también esta doctrina⁶⁷². Las dos posturas, por tanto, son las dos partes de una misma realidad: la causa y el efecto⁶⁷³. La tesis tradicional, como vimos, se fija en la indeterminación del resultado como característica esencial de los contratos aleatorios, y principal elemento diferenciador con los conmutativos. La teoría que pasamos a examinar se fija en la causa de esa indeterminación, en el *alea* propia de estos contratos, como su elemento esencial, y termina definiendo el contrato como aquel en el que la existencia o determinación de las prestaciones depende de un evento incierto⁶⁷⁴.

Es en la doctrina italiana contemporánea donde surge esta teoría. A diferencia de lo que veíamos en el anterior epígrafe, como se anticipó, aquí se trata de caracterizar y diferenciar el contrato aleatorio a partir de su elemento básico, el que le da nombre, el *alea*.

Esta tesis tiene su fundamento legal en el Código Civil italiano de 1.942, concretamente en su artículo 1.467, que dice: “*la rescisión del contrato no puede pedirse si ésta entra dentro del alea normal del contrato*”. El precepto, al hablar de *alea* normal del contrato indica que si existe un *alea* normal, “*sensu contrario*”, debe existir un *alea* anormal, con características diferentes que es necesario investigar⁶⁷⁵. Este es el punto de partida para los defensores de esta teoría, que definirán y aclararán la idea de *alea* estableciendo las diferencias entre el *alea* normal que incide sobre todos los contratos y la que constituye el elemento esencial de los aleatorios.

⁶⁷² Comparte esta opinión ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, págs. 613 y ss. El autor se pronuncia a favor de la complementariedad de las dos tesis diciendo: “*No existe oposición sustancial entre el concepto de los contratos aleatorios basado en la imposibilidad en que una o ambas partes se encuentren al tiempo de su celebración de evaluar la contrapartida que recibieran, por depender su valor del azar, y el concepto que parte de la delimitación del alea propia de los contratos aleatorios frente al alea normal de los contratos, como lo prueba el que los autores que siguen esta última orientación terminan caracterizando a los contratos aleatorios por la incidencia de un evento incierto sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación*”.

⁶⁷³ CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, *Curso elemental de Derecho...*, *cit.*, págs. 166 y ss., en el mismo sentido, opina que el *alea* es la causa de esta inicial indeterminación: “*...un acontecimiento incierto pesa sobre el contrato, no sobre su perfección sino sobre su ejecución; y en consecuencia, la prestación de una de las partes o de las dos no puede ser justamente valuada hasta que se realice*”.

⁶⁷⁴ SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 143, nos muestra claramente la complementariedad de ambas tesis, al considerar típica del contrato aleatorio la indeterminación sobre el resultado económico que depende de la incertidumbre sobre la ejecución o sobre la determinación de las prestaciones.

⁶⁷⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 612, con idéntico criterio, considera que este artículo insinúa la distinción entre un *alea* normal y un *alea* que excede de lo normal.

Para poder apreciar la importante labor realizada por estos autores en la delimitación y caracterización del contrato aleatorio es preciso entender la importancia del *alea* en el contrato, que es mucha⁶⁷⁶. Es un elemento inherente a la propia configuración contractual, esencial a su supuesto de hecho, y determinante en la producción de sus efectos⁶⁷⁷. El *alea* es el factor determinante de una o ambas prestaciones en los contratos aleatorios, influye en su nacimiento, extensión o extinción, y es considerada por gran parte de la doctrina la causa misma de estos contratos⁶⁷⁸. Por todo esto, por la importancia del *alea* como elemento esencial, característico de estos contratos, y porque el sólo criterio de la indeterminación de los resultados dejaría coja la caracterización y diferenciación de los contratos aleatorios y los conmutativos, parece necesario y útil desarrollar esta segunda teoría.

B) El concepto de riesgo. Crítica a su consideración como el objeto del contrato aleatorio

La expresión riesgo traduce el término *periculum* de las fuentes romanas, cuyo significado, lleno de matizaciones, hace referencia a la idea de destrucción, desaparición o pérdida que experimenta un determinado

⁶⁷⁶ Son claros exponentes de esta tesis: CARAVELLI, CASIMIRO; BOSSELLI, ALDO; NICOLÒ, ROSARIO; SCALFI, GIANGUIDO; GAMBINO, AGOSTINO, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI... en las obras ya citadas, cuyas ideas han sido fundamentales para aclarar el concepto de *alea* típica de los contratos aleatorios y diferenciarlo del de *alea* normal. Estos autores han aportado importantísimas ideas en la caracterización del contrato aleatorio.

⁶⁷⁷ En este mismo sentido ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 613.

⁶⁷⁸ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, pág. 784, considera que el *alea* es la causa típica de contratos aleatorios como el juego o la apuesta; SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 6, afirma “...en los contratos aleatorios el *alea* no es el factor más o menos común de la vida, sino lo característico del contrato mismo, un elemento destacado para la causa de todos ellos.”; BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.973, págs 39 y 40, también defiende que el *alea* es la causa de las convenciones aleatorias, aunque considera necesario, para su licitud, un motivo útil y razonable; MESSINEO, FRANCESCO, *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 477 y 478, afirma que en el contrato aleatorio el riesgo deviene elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa; GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág 325, entiende que el riesgo derivado del evento incierto tiene carácter de elemento o requisito causal del contrato aleatorio; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, pág. 232, sostiene que, “...es un supuesto de falta de causa, y no se tendrá por negocio aleatorio, aquel en el que falte el azar.”; MAIORCA, SERGIO, *Il contratto: profili della disciplina generale*, G. Giapichelli editore, Torino, 1.981, riestampa 1.984, pág. 88, afirma que cuando no exista un verdadero y propio *alea*, y estemos ante un contrato aleatorio, tal ausencia acarrea la nulidad del contrato por falta de causa; DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 228, sostiene que los contratos aleatorios son aquellos que tienen en la causa concreta el *alea* negocial; CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, págs. 7 y 8, considera, también, que el *alea* forma parte de la causa de estos contratos.

patrimonio⁶⁷⁹. Este concepto en ocasiones se conecta a las circunstancias etiológicas que ocasionan un perjuicio económico (a los eventos fortuitos que afectan a la cosa, sea su procedencia extrínseca o intrínseca), o se traslada a las consecuencias acaecidas por hechos invencibles⁶⁸⁰. De esta manera el riesgo se define, por los más diversos autores, haciendo referencia a diferentes aspectos del mismo⁶⁸¹.

En el periodo anterior a la codificación francesa, ROCCUS, STRACCHA o EMERIGON entienden el riesgo como la expresión de una disminución o una pérdida que, en un determinado patrimonio, puede derivarse de la verificación, o no, de uno o varios eventos futuros⁶⁸². Así entendido, el riesgo será perfectamente susceptible de medida, atendiendo a la cantidad patrimonial expuesta y a la mayor o menor probabilidad de que el evento del cual depende la pérdida definitiva se verifique⁶⁸³.

Esta concepción de riesgo viene determinada por la intención de apreciarlo como una verdadera entidad real, tanto como las nociones de bien o daño, para poder considerarlo el objeto del contrato aleatorio⁶⁸⁴. Tales posturas, defendidas por antiguos estudiosos del seguro, configuran este contrato a través de la transmisión simultánea de dos situaciones patrimoniales, una de valor negativo (el riesgo extracontractual que se asegura) y otra de valor positivo, como ocurre en el contrato de compra-

⁶⁷⁹ Como impecablemente afirma, ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, *cit.*, págs. 91 y ss.

⁶⁸⁰ De nuevo, según ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, *cit.*, pág. 95.

⁶⁸¹ El riesgo se ha considerado la imputación de un daño derivado del ejercicio de una actividad profesional. Se ha utilizado para indicar el concepto de riesgo contractual, o para designar el riesgo invencible inherente a la pérdida del *commodum obligationis* por la imposibilidad no imputable y sobrevenida de la actuación. También se identifica el término riesgo con la responsabilidad objetiva... CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 308, mantiene que: “*riesgo será, cualquier responsabilidad que una persona, por fuerza de una norma legislativa o de una convención, asume por cualquier daño que una cosa dada puede sufrir.*”

⁶⁸² TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 6, pág. 226, cita 1. De hecho, el propio autor considera el riesgo como cantidad negativa de un determinado patrimonio. Concebido el riesgo como la disminución de un determinado patrimonio, no tiene sentido pensar en la cualidad de ese riesgo. Lo verdaderamente importante es la amplitud del mismo, la disminución patrimonial que provocará, pues entre unos riesgos y otros no existirá más que una distinción meramente cuantitativa y no cualitativa. Si bien es cierto, como dice BOSELLI, ALDO, “*Rischio, alea...*”, *cit.*, pág. 779, que se habla, sobre todo en los contratos de seguro, de riesgo de muerte, riesgo de incendios..., pero esto no hace referencia a una diferencia cualitativa del riesgo, sino mas bien, al carácter de los eventos de los cuáles, en cada caso, puede derivar la pérdida patrimonial temida que constituye el riesgo.

⁶⁸³ En este sentido afirma BOSELLI, ALDO, “*Rischio, alea...*”, *cit.*, págs. 778 y ss.: “...obviamente, una probabilidad de perder una cantidad x constituye un riesgo inferior a aquel representado por 10 probabilidades de perder la misma cantidad x ; así como una probabilidad de perder una cantidad x , constituye un riesgo inferior a aquel representado por la probabilidad de perder una cantidad $10x$ ”.

⁶⁸⁴ En este sentido se pronuncia BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 61 y 62

venta⁶⁸⁵. BOSELLI, en este sentido, considera que el *alea* está constituida por una función de cambio entre riesgos, en la que el riesgo (cantidad negativa de un determinado patrimonio) es el objeto del contrato aleatorio⁶⁸⁶.

Para algún autor, tales argumentaciones suponen el recurso a una “perífrasis” para decir que las prestaciones de las partes no están determinadas desde el origen, y que no siempre deben ser cumplidas⁶⁸⁷. Por otra parte, son la consecuencia de tomar como punto de partida, en la configuración del contrato aleatorio, su pertenencia a los contratos onerosos. La incardinación del contrato aleatorio entre los onerosos requiere, para conseguir explicar la específica modalidad de actuación del cambio, concebirlo como un contrato que articula un cambio de riesgos equivalentes, lo que lleva a identificar el riesgo con el objeto de la obligación⁶⁸⁸. Sin embargo, el objeto del contrato aleatorio no es diferente del de cualquier otro contrato, consiste en bienes económicos que comportan utilidad para los contratantes, por lo que no puede considerarse su objeto la mera posibilidad de aquellos⁶⁸⁹.

El concepto de riesgo que sirve de base a estas teorías, daño en estado potencial, evoca sugerencias medievales donde, para salvaguardar las sospechas de usura de un contrato que presentaba elementos de incertidumbre, se acudía a una operación artificiosa que transformaba el riesgo en el bien vendido, reconduciendo el contrato a la compraventa⁶⁹⁰.

Tal concepción del riesgo está hoy abandonada y se critica sobre la base de las leyes de la causalidad natural, que implican la existencia de una sucesión constante y necesaria entre los distintos fenómenos de la naturaleza, por lo que no existen ni riesgos, ni peligros, sino fenómenos que siguen a

⁶⁸⁵ Es el caso de SALANDRA, VITTORIO, “Dell’assicurazione”, in *Commentario del Codice Civile a cura di ANTONIO SCIALOJA y GIUSEPPE BRANCA*, Libro IV: Delle obbligazioni: Assicurazioni (art. 1.882), 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna-Roma, 1.959, pág.169. ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, cit., pág.95, en relación a la compra-venta, hace referencia a la idea de riesgo “que reviste el carácter de acontecimiento dañoso que amenaza, concretándose en la posibilidad de que en un determinado periodo de tiempo aumenten o disminuyan las utilidades derivadas de la cosa vendida, o sea, que tenga lugar un evento favorable o desfavorable”.

⁶⁸⁶ BOSELLI, ALDO, “Rischio, alea...”, cit., págs. 780 y ss. Frente a aquellas posiciones doctrinales que defienden que en el contrato aleatorio una de las partes asume un riesgo y la contraprestación de la otra paga el precio de tal asunción, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004, pág. 80, entiende que en este tipo de contratos, del que es clara muestra el seguro, no se asume un riesgo extracontractual, sino el deber jurídico de llevar a cabo un determinado comportamiento al acontecer determinadas circunstancias externas necesarias para que surja el deber de cumplimiento.

⁶⁸⁷ Es el caso de BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, cit., pág. 63.

⁶⁸⁸ Así lo afirma, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, cit., págs. 61.

⁶⁸⁹ Tal es la opinión, también, de DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, cit., pág. 153.

⁶⁹⁰ Como afirma BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, cit., pág. 64.

otros fenómenos⁶⁹¹. Por esta razón los conceptos de probabilidad y posibilidad sólo son concebibles en la mente humana, de manera que el riesgo no es una entidad perceptible en la realidad, sino el resultado de un juicio del que se deduce la posibilidad o probabilidad derivada de verificarse un determinado evento⁶⁹².

Surgirán a raíz de estas críticas nuevos conceptos de riesgo que, “...estiman, con acierto, que es la posibilidad de que un daño o desventaja incida sobre la persona o sobre el patrimonio de un titular jurídico...”, “...que apuntan a la idea de evento o acontecer dañoso que sufran las cosas sobre las que ostentamos un poder jurídico o que son objeto de una prestación”⁶⁹³.

GIOVANNI DE GIANDOMENICO compila algunas de las críticas realizadas al concepto de riesgo anteriormente expuesto, y sostiene que el riesgo no es un daño en estado potencial, ni cantidad negativa de un determinado patrimonio⁶⁹⁴. Para este autor, y otros como GAMBINO, riesgo es la posibilidad o probabilidad de un daño y no una cualidad objetiva de la cosa⁶⁹⁵.

No obstante, el autor citado en primer lugar afirma que ambos conceptos de riesgo no son más que dos aspectos diferentes de una misma realidad⁶⁹⁶. En su opinión, considerar el riesgo como daño en estado potencial, como cantidad negativa de un determinado patrimonio, también es considerar el riesgo como posibilidad o probabilidad de un evento favorable o desfavorable, como un juicio. No estamos más que ante dos maneras de ver una misma realidad. Si riesgo es toda situación peligrosa, será toda aquella

⁶⁹¹ En este sentido se pronuncia GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág. 69, citando a BIAMONTI, L., “Giudizio di probabilità e dottrine giuridiche”, *Rivista italiana sociologia*, 1.912, pág. 4.

⁶⁹² BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, cit., págs. 65 y 66. Para este autor la crítica se centra en la noción de daño como realidad que existe incluso si hace referencia a fenómenos todavía no verificados, en un estado de potencialidad y no de efectividad.

⁶⁹³ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, cit., pág.96.

⁶⁹⁴ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., págs. 54 y ss.

⁶⁹⁵ GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág. 68, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., págs. 54 y 55. Para estos autores, además, el riesgo sí tiene una distinción cualitativa en atención a los intereses a los que afecta. Puesto que los intereses sobre los que incide el riesgo no son sólo económicos, sino también psicológicos, morales, o sociales, el riesgo sí tiene una distinción cualitativa. El error de quienes opinan que el riesgo no puede tener una distinción cualitativa está, para GIOVANNI DI GIANDOMENICO, en la afirmación de que el evento incierto incide en todo caso sobre intereses económicos. La monetarización de las lesiones, o de la satisfacción de un interés cualquiera, representa la unidad de medida común a través de la cual se cuantifica el daño. Esto en ningún caso esto puede llevarnos a pensar que el riesgo sólo afecta a intereses económicos, ni, por tanto, a mantener que sólo sea susceptible de variaciones cuantitativas y no cualitativas.

⁶⁹⁶ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., pág. 89.

situación en la que una persona, o un objeto, se encuentran en una determinada posición en atención a unos parámetros de referencia. Así entendido, el riesgo también es objeto de un juicio, puesto que es necesario un juicio para determinar si la situación cumple o no los parámetros de referencia. De esta manera, el autor no hace más que reconducir el concepto de riesgo como daño en estado potencial, como cantidad negativa de un determinado patrimonio, al concepto de riesgo como juicio, que es el más extendido en nuestros días⁶⁹⁷.

C) El concepto de *alea* y su identificación con el riesgo y el evento incierto

La primera dificultad con la que nos encontramos en el estudio de los conceptos de riesgo y *alea*, es determinar si ambos términos hacen referencia a una misma realidad o si son dos nociones diferentes. *Alea* y riesgo son expresiones utilizadas de manera indistinta en numerosas ocasiones, sobre todo en la actualidad, pero algunos autores defienden que son dos conceptos diferentes, incluso con distintas funciones en el esquema típico del contrato aleatorio.

Es el caso de CARAVELLI, a quien se adjudica el mérito de haber completado un paso ciertamente decisivo en la diferenciación de riesgo y *alea*⁶⁹⁸. Para este autor el *alea*, en sentido estricto, es la probabilidad de una ventaja con la inherente posibilidad de una pérdida. El riesgo, por el contrario, hace referencia sólo al aspecto negativo del *alea*, a la posibilidad de que sobrevenga un mal. Así se define el riesgo, como se ha visto, como la pura probabilidad de un daño, sin la eventualidad de un lucro, de una ganancia correlativa⁶⁹⁹.

El *alea*, en su opinión, es una entidad más compleja. Está compuesta de dos elementos: posibilidad de un daño y probabilidad de una ganancia, con un necesario nexo de inherencia entre ambos⁷⁰⁰. Esta inherencia entre riesgo y probabilidad de éxito se traduce, para los autores que comparten este concepto de *alea*, en la necesidad de que en el contrato aleatorio las ganancias sean para cada contratante intrínsecas al riesgo respectivamente corrido de

⁶⁹⁷ En el mismo sentido se pronuncia BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 67, para quien no puede ser de otra manera, puesto que la situación de riesgo, en cuanto hace referencia al futuro, carece de efectividad, no se percibe en el mundo fenomenológico, sino sólo en la mente humana.

⁶⁹⁸ Le otorga tal mérito, BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, págs. 779 y 780.

⁶⁹⁹ CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 308.

⁷⁰⁰ Así lo afirma CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 308.

sufrir pérdidas⁷⁰¹. La probabilidad de ganancia, por tanto, debe extenderse y acompañar al riesgo en toda su extensión y amplitud⁷⁰².

Frente a esta postura, otros autores consideran que la distinción entre riesgo y *alea* es una cuestión meramente terminológica⁷⁰³. Para ellos, los distintos significados atribuidos a estos conceptos no tienen ningún fundamento, ni en el aspecto léxico de la palabra, ni en la tradición dogmática de la doctrina ni, sobre todo, en el lenguaje legislativo, que en concretas disposiciones excluye el poder atribuir al término riesgo el sentido restrictivo expuesto.

En la actualidad suelen emplearse ambos términos en sentido indiferente. Sólo en materia de contrato de seguro se utiliza la palabra riesgo en el sentido negativo de producción de un daño para el asegurado. En el resto de contratos aleatorios el término riesgo se considera equivalente al *alea*⁷⁰⁴.

No tiene demasiado sentido, por tanto, continuar manteniendo que los términos riesgo y *alea* designan, en los contratos aleatorios, conceptos diferentes. Esto no significa la desaparición de la distinción existente, por ejemplo en el contrato de seguro, entre el riesgo económico extracontractual, a causa del cual el contrato de seguro se estipula, y el riesgo contractual (*alea*), que representa la incertidumbre sobre los resultados finales del contrato⁷⁰⁵. La doctrina ha debatido mucho sobre la diferencia entre *alea* y riesgo en el contrato de seguro, y hoy es pacífica la idea de que el riesgo asegurado es un

⁷⁰¹ Como en su momento se verá, este concepto de *alea*, que implica la necesidad de recíprocas posibilidades de ganancia o pérdida para las partes contratantes, lleva a negar la existencia de contratos aleatorios gratuitos.

⁷⁰² Tal es la opinión de BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, pág. 780.

⁷⁰³ Claros ejemplos de esta opinión son: NICOLÒ, ROSARIO, “Voce: *alea*”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. I, Giuffrè Editore, Milán, 1.958, pág. 1.025, nota 4; GAMBINO, AGOSTINO, *L’assicurazione...*, *cit.*, pág.76, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 56, MONTÉS, PENADES, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, pág. 177 y BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 68 y 69.

⁷⁰⁴ Tal y como afirma ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 621 y ss., para quien el *alea* conserva su doble significado positivo y negativo: la probabilidad en que se encuentra cada uno de los contratantes de experimentar, en virtud del contrato, una ganancia o una pérdida. Como se verá, dado que defendemos la posibilidad de constituir verdaderos contratos aleatorios gratuitos, nuestro concepto de *alea* no coincide exactamente con el del autor.

⁷⁰⁵ Como constatan GAMBINO, AGOSTINO, *L’assicurazione...*, *cit.*, pág.75, y DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 91.

prius cuya existencia es independiente del contrato, mientras el *alea* surge en virtud del mismo⁷⁰⁶.

A la vista de esta distinción parece más lógico, si quieren distinguirse ambos términos, referir el riesgo a aquella incertidumbre extracontractual que incide sobre todos los contratos, y el *alea* a aquel riesgo inherente al contrato aleatorio que determina las prestaciones de las partes. Sin embargo, ésta tampoco es una distinción siempre respetada por los autores o textos legislativos, puesto que, como veremos, se habla de *alea* normal en referencia a un determinado riesgo extracontractual que afecta a todos los contratos.

Por todo esto parece conveniente desterrar la distinción entre ambos conceptos y mantener que el riesgo, como el *alea*, puede identificarse con el juicio sobre la posibilidad de que un evento favorable o desfavorable incida sobre un interés subjetivo⁷⁰⁷. De hecho, aunque es cierto que el término riesgo la mayor parte de las veces se considera como posibilidad de un evento desfavorable, tal consideración sólo es prevalente y no exclusiva⁷⁰⁸.

Como veremos, tras analizar las características del riesgo propio de los contratos aleatorios, éste puede considerarse como la posibilidad de sufrir una pérdida por una de las partes contratantes, correlativa a la ganancia que beneficiará a la otra. Además, tal pérdida forma parte del contenido contractual, ha sido prevista y aceptada por las partes. Por ello, DÍAZ GÓMEZ afirma que, aunque tradicionalmente se utilice el término riesgo para referirse al efecto negativo que genera en un sujeto, en el contrato aleatorio tal efecto negativo conlleva un efecto positivo en la contraparte⁷⁰⁹. Da igual que denominemos riesgo o *alea* al elemento característico de los contratos aleatorios; lo importante es saber que ese riesgo es inherente al contrato, que determina las pérdidas o ganancias de las partes contratantes, y que depende de un evento incierto.

Muy relacionada con la distinción entre *alea* y riesgo se encuentra la delimitación del evento incierto del que depende la concreción de las prestaciones en el contrato aleatorio, pues también se ha considerado

⁷⁰⁶ En este sentido, también, CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio e alea*, Università degli studi di Roma La Sapienza, publicación del Dipartimento di Diritto Privato e Comunitario a cura di BENEDETTI, GIUSEPPE, Giuffrè editore, Milano, 2004, pág. 150.

⁷⁰⁷ Así lo mantienen GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág.78, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág 56, y BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 68, con cita de ambos autores.

⁷⁰⁸ Tal y como afirma BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 69.

⁷⁰⁹ Para DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 111, el riesgo supone “*la proyección por las partes contratantes de un resultado susceptible de producirse en el que se experimenta una pérdida por alguna de ellas*”. El autor no hace referencia alguna a la distinción entre riesgo y *alea*, se limita a delimitar las características del riesgo en el contrato aleatorio, lo que supone una clara confirmación de la equiparación práctica de ambos términos.

equivalente a estos conceptos⁷¹⁰. Es evidente que si entendemos que el *alea* o el riesgo se definen como la posibilidad de que un evento favorable o desfavorable incida sobre un interés subjetivo, la relación entre ambas nociones es muy estrecha, sino se identifican. El evento es la causa del *alea* en los contratos aleatorios, y permite la determinación de sus prestaciones, por eso pueden llegar a identificarse. ÁLVAREZ VIGARAY, en este sentido, define el evento incierto como: “*aquel suceso o acontecimiento posible, pero incierto al menos en cuanto al momento de su producción, que determina la incidencia del riesgo, al incidir sobre el nacimiento o extinción de una o ambas obligaciones de las partes, o bien sobre la cuantía de las respectivas prestaciones*”⁷¹¹.

Por estos motivos, DI GIANDOMENICO afirma que el riesgo tiene una tercera acepción, impropia pero muy difundida en el lenguaje jurídico y normativo corriente, que coincide con el mismo evento del que se hace depender la pérdida o la ganancia⁷¹². Esta legitimación de un uso alternativo del término riesgo, sin explicar como puede articularse sin llevar a malentendidos, lleva a algunos autores a afirmar que tal posibilidad equivale a renunciar al concepto de riesgo en el análisis reconstructivo de la categoría contractual del contrato aleatorio, pues es necesaria una noción cierta a la que referirse desde el momento inicial de la indagación⁷¹³. Sin embargo, la posibilidad de identificar el término riesgo con los conceptos expuestos, con el evento incierto y con el término *alea*, no implica renunciar al carácter esencial del riesgo en el contrato aleatorio. Lo único que implica tal identificación es la confirmación de que el concepto riesgo abarca realidades muy diversas, no sólo relacionadas con el contrato aleatorio, por lo que es preciso delimitar cuidadosamente cual es el riesgo propio del mismo⁷¹⁴.

⁷¹⁰ Algunos autores identifican, también, el *alea* y el evento incierto del que depende la determinación de las prestaciones en los contratos aleatorios. Es el caso de SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 137, que define el *alea* como “*evento incierto que puede influir sobre la economía contractual*”; GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 325, pues considera que los tres conceptos hacen referencia a una misma idea: “... *que los contratantes, en el momento de concluir el acuerdo, desconocen si éste tendrá unas consecuencias beneficiosas o perjudiciales o en que momento se concretarán éstas, porque el nacimiento de la obligación, su alcance patrimonial o su extinción dependen de un hecho de producción más o menos probable que, según acontezca en uno u otro momento o no tenga lugar, originará resultados distintos para los interesados*”; o GAMBINO, AGOSTINO, *L’assicurazione...*, *cit.*, pág. 75.

⁷¹¹ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 622.

⁷¹² DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 90.

⁷¹³ Es el caso de BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 66 y 67, nota 34.

⁷¹⁴ BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 66 y 67, nota 34, afirma que, si debe mantenerse el concepto riesgo como esencial para la indagación, puede resultar que su incapacidad para proporcionar elementos ciertos para la construcción de la categoría no derive de la falta de idoneidad del concepto en sí, o de la noción suministrada, sino de su insuficiencia. Para el autor, tal insuficiencia implica la necesidad de un estudio específico del mecanismo de incidencia del riesgo sobre el contrato para calificarlo de aleatorio. Lo que en

Lo verdaderamente importante, por tanto, es discernir cuál es el riesgo o *alea* propia de estos contratos, pues éste es el elemento típico en torno al cual la categoría se forma y adquiere autónoma relevancia⁷¹⁵. 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?

D) La búsqueda del riesgo que determina la aleatoriedad: riesgo interno y riesgo externo

Son numerosos, fundamentalmente entre la doctrina italiana, los autores que han tratado de determinar cuáles son las características del riesgo típico del contrato aleatorio. Estos autores estudian los diferentes riesgos que afectan a los contratos, para discriminar aquellos que inciden en todo tipo de contratos y que, por tanto, no pueden ser propios del aleatorio. Una vez discriminado este riesgo genérico, se buscan las diferencias con el riesgo propio de los contratos aleatorios y se establecen sus características.

BARASSI, en su búsqueda del riesgo propio de la aleatoriedad, diferencia entre un riesgo que provoca la divergencia entre las prestaciones, el riesgo que provoca la dificultad misma de la prestación, y el que genera fluctuaciones del valor propio de las cosas y servicios que conforman las prestaciones del contrato⁷¹⁶. Para el autor sólo el primero puede identificarse con el riesgo propio de la aleatoriedad. El segundo determina una mera dificultad en el contrato, que se traduce en una mayor onerosidad para uno de

realidad equivale a nuestra afirmación de concretar el riesgo típico del contrato aleatorio, pues, sin duda, esta concreción determinará su mecanismo de actuación.

⁷¹⁵ Comparte esta opinión, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág.60. En sentido contrario se pronuncia CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, cit., págs. 186 a 189 y 275. Para la autora, según explica en la pág. 275, el *alea* en sentido técnico, que es como denomina al *alea* propia de los contratos aleatorios, no atribuye por sí misma ningún rol relevante a la categoría aleatoria. En su opinión, la locución “*alea* en sentido técnico” constituye simplemente la síntesis de dos perfiles, estos sí relevantes, que informan la categoría. Tales perfiles son: el estructural, de dependencia de la prestación en el *an* o en el *quantum* a un evento futuro o incierto, relevante en el plano del acto. Y el funcional, connotado por una finalidad de gestión y transferencia del riesgo. Por estos motivos, en la pág.189 defiende que no es el *alea* la que asume el rol de elemento esencial del contrato, sino el elemento estructural y el elemento funcional. Así, deberá verificarse la existencia de estos dos elementos, y de un interés merecedor de tutela, para que exista contrato aleatorio, aunque el juicio no pueda formularse *a priori* porque reclama el control de la causa concreta.

⁷¹⁶ BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale...*, cit., pág.290.

los contratantes, pero no es identificable con el riesgo propio del contrato aleatorio. El tercer riesgo descrito tampoco conlleva aleatoriedad alguna, pues las oscilaciones de precio de las cosas objeto de contrato no son suficientes para considerar aleatorio un contrato⁷¹⁷.

Debe compartirse con el autor citado la opinión de que no existe contrato aleatorio cuando las oscilaciones propias del mercado hagan variar las prestaciones respecto de las iniciales previsiones. Se trata de supuestos en los que el riesgo no influye en la determinación de las prestaciones, sino que una vez determinadas modifica su valor. El riesgo no influirá, por tanto, en el contrato, sino en los patrimonios de los contratantes, como ya se vio⁷¹⁸. También es acertada la postura del autor al no considerar aleatorio el contrato en el que una de las partes decide incrementar su responsabilidad haciéndolo más oneroso. Esta circunstancia concurre en muchos contratos de carácter conmutativo y no determina nunca la aleatoriedad, pues es consecuencia de cláusulas adheridas al concreto pacto prestacional, donde una de las partes incrementa su nivel de responsabilidad⁷¹⁹.

Sin embargo, esta clasificación de riesgos no es adecuada para determinar cuándo nos encontramos ante un contrato aleatorio, pues no todo riesgo que provoque una divergencia entre las prestaciones puede considerarse el propio de la aleatoriedad. El criterio de la indeterminación de las prestaciones, por sí sólo, no es el adecuado para clasificar esta categoría contractual, ni al riesgo que la caracteriza, pues no es exclusivo de este tipo de contratos.

Es necesario distinguir entre aquellos supuestos en los que un *alea* externa al contrato afecta a su resultado económico, y el riesgo que,

⁷¹⁷ En este sentido, ASCARELLI, TULLIO, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1.958-1, pág. 441 considera que el contrato aleatorio se caracteriza por el particular criterio adoptado para la medida cuantitativa de la prestación, que no debe confundirse con una incidencia sobre su contenido, con el *alea* de la medida de la prestación o con su ignorancia. Comparte esta opinión, CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 150.

⁷¹⁸ *Supra*, al estudiar la defensa y concreción de la teoría tradicional, se deja constancia de cómo SÁNCHEZ ROMÁN, anticipándose a las críticas que esta teoría recibirá, establece que los riesgos posteriores a la perfección del contrato, que inciden sobre las prestaciones de las partes ya cumplidas, no afectan al contrato sino a su patrimonio. Por otra parte, como se verá, para que el contrato sea aleatorio es necesario que las partes quieran y acepten el *alea*.

⁷¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 45 y 46, para quien las partes pueden repartir convencionalmente los riesgos, pero la simple concurrencia de un pacto de asunción de riesgo no implica sostener la aleatoriedad del negocio conmutativo al que el pacto afecta. Para la autora en estos supuestos se produce una extensión del *alea* normal.

influyendo sobre una o ambas de sus prestaciones, lo configuran como aleatorio⁷²⁰.

BOSELLI alega, en contra de la clasificación de BARASSI, que puede existir *alea* contractual sin que previamente exista riesgo extracontractual⁷²¹. Es posible que el evento incierto determinante de las ventajas o las pérdidas para los contratantes no sea capaz por sí solo de producir daño alguno, pero que tras el acuerdo de voluntades en que se concreta el contrato reporte beneficios o pérdidas para las partes⁷²². Este autor considera fundamental, a la hora de determinar el riesgo típico del contrato aleatorio, diferenciar entre el riesgo inherente al propio contrato y aquel que es extracontractual, que proviene del exterior, aquel sobre el que las partes no han contratado. El autor, en este caso, considera que solo es *alea* aquel riesgo que provoca la aleatoriedad en el contrato, es decir, que lo realmente relevante en la constitución de esta aleatoriedad es la posición del riesgo en la relación contractual⁷²³.

Los riesgos, atendiendo a la posición que asumen en el contrato, se clasifican en riesgos externos y riesgos internos. Por riesgo externo al contrato entendemos aquel que es ajeno a los cambios operados por las partes, el que es totalmente extrínseco a la estructura contractual. Los riesgos externos son riesgos de hecho, dependen de factores ajenos al contrato y sólo estadísticamente pueden ser vinculados al mismo⁷²⁴. El riesgo interno, por el contrario, es aquel que participa de las estipulaciones pactadas por los contratantes, penetrando en la estructura misma del contrato.

Este es el criterio que mejor nos permite discriminar los riesgos determinantes de la aleatoriedad del contrato, pues no es posible considerar aleatorio un contrato en el que sólo existe un riesgo externo. No es suficiente la simple incidencia del riesgo sobre la situación externa e inicial del contrato

⁷²⁰ Tal y como afirma NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”,..., *cit.*, pág. 1.025, cuya posición es compartida por BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 96.

⁷²¹ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, pág. 779, el autor también critica la clasificación con base en su teoría de la inexistencia de diferencias cualitativas entre los riesgos.

⁷²² Es claro, en este sentido, el ejemplo de la apuesta: que el ganador de un determinado partido sea el equipo A o el equipo B no supone un riesgo en sí mismo, no es un evento susceptible de causar un daño. Sí lo será, sin embargo, para quienes han celebrado un contrato de apuesta acerca de cuál sea el equipo vencedor, pues del resultado del partido derivan ganancias o pérdidas para las partes.

⁷²³ BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 471, parece cambiar aquí su concepto de *alea*, entendida como cambio de riesgos, y considerar que sólo aquel riesgo que provoca la aleatoriedad del contrato puede rellenar este concepto. Desde nuestro punto de vista, en realidad, está haciendo referencia al riesgo que determina el *alea* propia del contrato aleatorio, que, efectivamente, ha de ser inherente al contrato.

⁷²⁴ Así define el riesgo externo al contrato, NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”,..., *cit.*, pág.1.025.

para conformar el contrato aleatorio. Es necesario, además, que las partes contraten dando su consentimiento sobre el *alea*, que la conozcan y la acepten, de manera que entre a formar parte del contenido del contrato como un elemento intrínseco a él.

Junto a esta clasificación de riesgos aparece otra, actualmente identificada con la anterior, en la que se diferencia entre riesgo o *alea* jurídica y riesgo o *alea* económico⁷²⁵. El riesgo económico hace referencia a las consecuencias, positivas o negativas, de la actividad del sujeto sobre su patrimonio, y sólo indirectamente incide sobre el plano formal⁷²⁶. Este riesgo puede generar divergencias en el resultado final del contrato, pero no forma parte del mismo, porque las partes no han pactado sobre él⁷²⁷. El riesgo jurídico, por el contrario, es consecuencia de una actividad material o jurídica⁷²⁸. Para NICOLÒ y DI GIANDOMENICO, el riesgo jurídico puede darse en dos situaciones distintas. La primera de ellas, cuando la actividad de un determinado sujeto provoca su propia responsabilidad por las consecuencias de su actuar, dentro de su propia esfera jurídica o en relación con terceros afectados. La segunda hace referencia a los supuestos en los que, en virtud de la ley o de un acto de autonomía privada, las consecuencias dañosas de un determinado evento incierto vengan, *a priori*, referidas a la esfera jurídica de un concreto sujeto titular de una situación jurídica activa o pasiva, por ejemplo en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Se crea en este último caso una situación aleatoria muy similar a la de los contratos aleatorios, pero no pueden identificarse. Esta situación aleatoria se refiere a un momento estático del contrato, mientras que el *alea* que buscamos esta referida a un momento dinámico y esencial⁷²⁹. De manera específica, con relación al contrato aleatorio, se identifica el riesgo jurídico con la incidencia del evento incierto sobre el *an* o el *quantum* de una o ambas prestaciones⁷³⁰.

⁷²⁵ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 58, defiende la equivalencia e identificación de estas dos clasificaciones del riesgo.

⁷²⁶ Tal es la definición dada por NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”,..., *cit.*, pág. 1.024, y DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 57.

⁷²⁷ CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 225, afirma que este riesgo conlleva incertidumbre en el resultado final del contrato, pero no afecta a la causa de la obligación.

⁷²⁸ BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 58.

⁷²⁹ NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”,..., *cit.*, pág. 1.025, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 57.

⁷³⁰ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, págs. 58 y ss. Para CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 225, este riesgo afecta a la existencia del objeto de una de las obligaciones, y justifica un desequilibrio de las prestaciones al origen de la convención. Definición que se identifica plenamente con el riesgo propio del contrato aleatorio.

Desde esta perspectiva, algunos autores consideran que el contrato es aleatorio cuando el *alea* incide sobre criterios físicos de determinación de la prestación: existencia, número, peso y medida; y no sobre criterios económicos que condicionan sólo su valor, manteniendo fija la prestación⁷³¹. Para BALESTRA los confines del *alea* económica y el *alea* jurídica se delimitan, individualizando el *alea* jurídica en la circunstancia de que la medida física de la prestación se determine o sea determinable, pudiendo coincidir en este caso con el cero, por obra de un evento incierto⁷³².

Estas dos clasificaciones se confunden y se sobreponen, el riesgo económico es equivalente al externo al contrato, y el jurídico coincide con el riesgo interno. Este último es el que ahora nos interesa, pues va a ser el que, penetrando en la estructura del contrato, de lugar a la aleatoriedad propia del contrato aleatorio. El riesgo externo será el que determine el *alea* normal que afecta al resto de contratos.

E) La inherencia del riesgo que determina la aleatoriedad

El riesgo propio del contrato aleatorio es un riesgo inherente al contrato, forma parte del mismo y es elemento esencial en su formación⁷³³. La inherencia de este riesgo es clara, como ya anunciamos, al comprobar que es perfectamente posible, en los contratos aleatorios, la existencia de *alea* contractual sin un previo riesgo extracontractual, es decir, sin que el evento incierto del que dependen las prestaciones de las partes pueda producir un daño por sí mismo. El evento inocuo de por sí, sin embargo, tras las estipulaciones de las partes será el determinante de las pérdidas o ganancias que se irroguen a los contratantes. MOSCO afirma que en estos casos el evento es artificialmente puesto por las partes, con el único fin de determinar una incidencia en la situación patrimonial⁷³⁴.

Precisamente por ser un riesgo inherente al contrato ha de ser un riesgo conocido y aceptado por las partes. En los contratos aleatorios no tipificados son los contratantes quienes modulan la cantidad o intensidad de riesgo que desean introducir en la relación. No es suficiente el conocimiento del riesgo por ambos contratantes, pues se requiere su conocimiento y su asunción. En este sentido argumenta BOSELLI: *“En el caso de una venta de una cosa futura, precisamente el caso de la venta de la futura cosecha de un campo, la situación*

⁷³¹ DALMARTELLO, ARTURO, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, CEDAM, 1.958, págs. 328 y 329, nota 173 bis.

⁷³² Tal es la opinión de BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 98 y 99.

⁷³³ CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, págs. 7 y 8, considera que el *alea* en estos contratos es elemento esencial, consustancial a la estructura contractual del tipo o incorporado por la voluntad de los contratantes, por lo que es intrínseco al contrato.

⁷³⁴ MOSCO, LUIGI, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici: con particolare riguardo ai contratti*, Francesco Vallardi, Milano, 1.942.

comporta si bien no necesariamente, un riesgo que consiste en la eventualidad de que el suelo no produzca o produzca menos, y se trata de un riesgo que es perfectamente conocido por ambos contratantes, sin embargo si nada han dicho las partes el contrato no sería un contrato aleatorio, sino un simple contrato de compra-venta y la obligación del contratante se vera subordinada a que el producto tenga existencia porque la ley así explícitamente lo dice en el Art.1.472 del Código Civil Italiano”⁷³⁵.

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 introducirlo⁷³⁶. 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.

No obstante, la mera inserción de una cláusula de riesgo no es suficiente para constituir un contrato aleatorio. El riesgo contractual es más amplio que el típico del contrato aleatorio. Aquel puede consistir en circunstancias ajenas al *alea* del contrato aleatorio, como las cláusulas que hagan incómoda o impidan la ejecución del contrato, o las que transfieren al otro contratante, o al “exterior”, el riesgo mismo, pues sólo en el riesgo contractual entran los problemas de distribución del riesgo y de identificación de las técnicas de reparto⁷³⁷. Por este motivo puede afirmarse que es correcta la distinción entre evento incierto tenido en cuenta por las partes y evento imprevisto por ellas, aunque la mera previsión no sea suficiente para que el contrato devenga aleatorio⁷³⁸.

F) El *alea* y el evento incierto en los contratos aleatorios

El *alea* es el elemento esencial del contrato aleatorio, y su ausencia provoca la imposibilidad de introducir el contrato en esta categoría.

⁷³⁵ BOSSELLI, ALDO, “voce: *alea...cit.*, pág. 471. Comparte esta opinión ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, *cit.*, pág. 357, quien, en referencia a este específico contrato, establece que dado su notable grado de aleatoriedad se regirá en primer término por lo que las partes acuerden. Si no hay una específica declaración de voluntad en contra, el contrato será un contrato de compraventa perfecto en el que, si la cosa no adquiere existencia, el vendedor no puede cumplir su obligación de entrega, pero habrá cumplido todo el resto de obligaciones, con lo que el contrato cumple todas las condiciones necesarias para poder imputar el riesgo al comprador.

⁷³⁶ BOSSELLI, ALDO, “voce *alea...*”, *cit.*, pág. 471.

⁷³⁷ En tal sentido se pronuncia BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 59 y 60.

⁷³⁸ BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 60.

MAZEAUD, como otros muchos autores que radican en el *alea* la causa típica de estos contratos, considera que su ausencia irremediamente conlleva la inexistencia del contrato⁷³⁹. En otros supuestos esta ausencia de *alea* puede transformar el contrato en una estafa, así ocurre cuando uno de los contratantes se beneficia dolosamente de la ignorancia del otro o de un estado de necesidad⁷⁴⁰. Sin embargo, en muchos casos el contrato supuestamente aleatorio, pero sin *alea*, no constituye una estipulación de esta categoría, pero puede convertirse en una estipulación conmutativa.

El *alea* generada por un evento incierto es la determinante del contenido del contrato, de las prestaciones que las partes finalmente han de realizar⁷⁴¹. Por este motivo puede considerarse el riesgo del contrato aleatorio como aquel propio del particular criterio adoptado para determinar la medida cuantitativa de la prestación⁷⁴². Siempre teniendo claro, como ya se ha defendido, la imposibilidad de identificar este riesgo con las incidencias que sobre el contenido de la prestación puede generar la alternatividad de la misma, su ejecución diferida o su condicionalidad.

Tampoco puede identificarse este *alea* con el *alea* de la medida, que viene referida sólo a la unidad de medida del mundo físico⁷⁴³. Las afecciones sobre el valor de las prestaciones, generadas por los distintos riesgos externos al contrato, no pueden considerarse en ningún caso *alea* propia del contrato aleatorio, pues inciden sobre las prestaciones ya determinadas y no afectan al contrato mismo, sino a los patrimonios de los contratantes.

El *alea* propia del contrato aleatorio, por tanto, es aquella generada por un evento incierto, por un acontecimiento externo al contrato e incierto, de cuyo acaecimiento se hacen depender las prestaciones de las partes. En realidad, como señala DIAZ GOMEZ, el evento incierto no es el criterio de determinación de la prestación, sino de su efectividad, pues la conducta de las partes, en orden a la satisfacción de sus respectivos intereses, está perfectamente planificada. El evento incierto viene a concretar tal conducta: la necesidad o no de ejecutar la prestación, el momento de iniciar la prestación o de dejar de prestar, e incluso la persona del deudor, pero siempre conforme a los criterios establecidos por las partes. Precisamente por

⁷³⁹ MAZEAUD, HENRI, *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pág. 514, se pronuncia en el mismo sentido, “...la necesidad de un azar, querido por las partes, tiene por consecuencia la nulidad del contrato cuando no haya albur que correr”.

⁷⁴⁰ En un contrato de seguro, si la formalización del contrato se produce cuando el asegurado ya ha sufrido el siniestro. También será el supuesto del contrato de renta vitalicia en el que el rentista, conocedor de su enfermedad mortal, contrata ocultándolo.

⁷⁴¹ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 613, y SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 138, entre otros, establecen que el *alea*, en los contratos aleatorios, determina la existencia y entidad de las prestaciones.

⁷⁴² DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 62.

⁷⁴³ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 62.

esta razón, tal y como afirma el autor citado, no puede pretenderse la nulidad de la misma por falta de determinación⁷⁴⁴. La prestación está indeterminada, pero es perfectamente determinable con los criterios establecidos por las partes y el resultado del evento incierto. Por ello, más que de indeterminación de la prestación debe hablarse de indeterminación del resultado, que incluso puede concretarse en la no ejecución de prestación alguna, si así lo han pactado las partes.

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 contrato⁷⁴⁵. 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 gratuito⁷⁴⁶.

La esencialidad del *alea* en estos contratos genera la esencialidad del evento incierto que la determina, pues si no hay evento incierto no hay *alea* y si no hay *alea* no estamos ante un contrato aleatorio. Como consecuencia de esta esencialidad del *alea*, y del evento que la causa, deriva la necesaria realización del acontecimiento incierto en que el evento consiste⁷⁴⁷. Es fundamental la verificación del evento incierto. Éste 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 contrato⁷⁴⁸. Por ello es fundamental la correcta delimitación del evento incierto.

⁷⁴⁴ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 48 y 49.

⁷⁴⁵ Así lo afirma, también, SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 152.

⁷⁴⁶ Comparte esta opinión, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 62.

⁷⁴⁷ NICOLÒ, ROSARIO, en "Voce: alea",..., *cit.*, pág. 1.028, SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 142.

⁷⁴⁸ Así lo afirma, también, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 147. Sin embargo, para el autor no hay contrato aleatorio porque, si por cualquier circunstancia la posibilidad de pérdida o ganancia no existe con relación a uno o ambos sujetos, es imposible hablar de pérdida para cada uno de los contratantes, y con ello de riesgo recíproco y de contrato aleatorio. Nuestra postura no coincide con la del autor, porque entendemos que es perfectamente posible hablar de contrato aleatorio cuando es segura la pérdida para uno de los contratantes. En nuestra opinión, existe riesgo recíproco, y contrato

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 siempre⁷⁴⁹. 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 confunde⁷⁵⁰.

Por tanto, como afirma DÍAZ GÓMEZ, el evento incierto debe estar lo suficientemente delimitado para poder concretar la prestación, para operar como criterio de determinación de la misma⁷⁵¹.

El evento causante del *alea* debe ser externo al contrato, en el sentido de que no puede identificarse ni formar parte de los derechos y deberes contenidos en la reglamentación contractual, ni quedar al arbitrio de uno de los contratantes⁷⁵². Por otra parte, como se ha repetido en numerosas ocasiones, ha de existir certeza en cuanto a su acaecimiento pero tener resultado incierto, pues de lo contrario no producirá la indeterminación de prestaciones típica de estos contratos⁷⁵³. Es decir, debe ser incierto hasta el momento de su acaecimiento, teniendo en cuenta que tal acaecimiento ha de

aleatorio, cuando la pérdida es segura para uno de los contratantes, siempre que tal pérdida sea incierta y recíproca a la ganancia de la otra parte.

⁷⁴⁹ BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 476.

⁷⁵⁰ Comparte esta opinión, respecto a ser un rasgo diferenciador entre el *alea* del contrato aleatorio y el *alea* normal, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 97 y 98. Para el autor el evento incierto es esencial en el contrato aleatorio, a diferencia de lo que ocurre en el *alea* normal, porque es necesario que se verifique para determinar la prestación. La verificación de los eventos que integran el *alea* normal del contrato es simplemente posible, mientras la verificación del evento que determina las prestaciones del contrato aleatorio es siempre necesaria. Ocurre lo mismo en el contrato condicional, la verificación del evento incierto es simplemente posible, mientras en el contrato aleatorio es necesaria. Ello al margen de que en el contrato aleatorio el evento y el *alea* son esenciales al contrato, mientras la condición es un mero elemento accidental.

⁷⁵¹ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 54. No obstante, el autor afirma que no se requiere una perfecta determinación de la situación o acontecimiento, pues basta con que sea posible su posterior determinación conforme a los criterios establecidos por las partes. El autor, en la nota 21 de la citada página, explica tal afirmación. Su finalidad es poder incluir entre los contratos aleatorios los denominados “juegos de bolsa”, cuya calificación como verdaderos contratos aleatorios es muy discutida, sobre todo entre la doctrina italiana.

⁷⁵² En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 55.

⁷⁵³ En palabras de SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 8, “...el hecho debe ser incierto, porque si fuese cierto no existiría en buena norma jurídica contrato aleatorio alguno, pues faltaría la incertidumbre.”

producirse, y poder ser conocido por las partes, en un tiempo razonable para el normal desarrollo de la relación contractual prevista⁷⁵⁴.

La incertidumbre debe ser real, es esencial que la verificación del evento no tenga un grado de probabilidad tan elevada, o tan baja, que pueda llegar a generar una certeza acerca del sentido de su acaecimiento. Si uno de los contratantes, o ambos, conociese con un alto grado de probabilidad cual será el resultado del evento no estaremos ante un verdadero contrato aleatorio, pues no concurrirá un elemento esencial del contrato, el *alea*⁷⁵⁵. Para que exista *alea* ambas partes deben estar en igualdad de condiciones respecto a la incertidumbre, deben tener los mismos elementos de juicio para valorar su situación contractual⁷⁵⁶.

Tradicionalmente se han exigido dos cualidades para poder caracterizar de incierto el evento: su carácter futuro y su independencia de los comportamientos de los contratantes. Estos dos requisitos deben matizarse, pues no siempre es necesario su estricto cumplimiento para poder generar el *alea* de los contratos aleatorios.

En relación con el primer requisito, la necesidad de que el evento sea futuro, no siempre es exigible, pues en ocasiones basta el mero desconocimiento de las partes acerca de su realización. 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 mismas⁷⁵⁷. Por estos motivos en determinados contratos aleatorios, por ejemplo la apuesta en la que ambos contratantes desconocen el resultado, se admite la

⁷⁵⁴ Postura que parece compartir DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 56 y 57.

⁷⁵⁵ En el mismo sentido se pronuncia MAIORCA, SERGIO, *Il contratto: profili...*, *cit.*, pág. 88.

⁷⁵⁶ Como pone de manifiesto BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, 1.973, págs 40 y 41, para quien es un regla de moral contractual, una exigencia de la buena fe, pues no es posible que la parte informada se aproveche de la ignorancia de la otra. En su opinión, si para uno de los contratantes el evento no es incierto el contrato carece de causa, pues radica en el *alea* la causa del contrato que, a diferencia de la causa de la obligación, debe ser común para ambas partes contratantes. De hecho, en las págs 42 y 43, afirma que no sólo existe defecto de causa sino que, cuando ambas partes no tengan el mismo conocimiento sobre la incertidumbre, también existe vicio del consentimiento. Así, si la incertidumbre no es igual para las dos partes, si una tiene mayor conocimiento sobre el evento incierto y se lo oculta a la otra, existe vicio del consentimiento para la parte mal informada.

⁷⁵⁷ Así lo afirman DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 222, y GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 240 y 241.

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 consideración⁷⁵⁸.

Si bien, como en el momento oportuno se verá, parece que el artículo 1.804 CC exige la existencia de una incertidumbre objetiva en el contrato de renta vitalicia, pues considera nula la renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona enferma que fallezca en los veinte días siguientes a la formalización, o que ya esté muerta. No obstante, en este último caso consideramos que tal sanción no tiene su justificación (o no sólo) en el hecho de que el evento sea objetivamente cierto, sino en la circunstancia de que si la vida contemplada ya ha fallecido el evento incierto no puede determinar las prestaciones de las partes. En este sentido defendemos, con BÉNABENT, que pueden encontrarse excepciones a la subjetividad de la incertidumbre en los códigos, aunque deben considerarse excepciones y no la regla general, porque es lo más acorde con la libertad contractual y porque la incertidumbre entra en el ámbito jurídico a través de la voluntad de las partes, que es donde debe juzgarse⁷⁵⁹.

Así, consideramos que la regla general es la exigencia de que el evento sea subjetivamente incierto para las partes contratantes, sin perjuicio de que existan determinadas excepciones en los Códigos. La situación es diferente cuando uno de los contratantes tiene conocimiento cierto sobre el evento incierto y se lo oculta a la otra parte. Desde nuestro punto de vista en estos casos el contrato aleatorio es nulo por carecer de un elemento esencial, el *alea*, aunque además existe vicio en el consentimiento contractual.

Para DIAZ GOMEZ cuando el acontecimiento incierto sea objetivamente cierto la ocultación maliciosa o la conducta insidiosa de la parte con conocimiento cierto de los sucesos podrá alegarse como vicio de la voluntad, permitiendo a la contraparte la anulación del contrato⁷⁶⁰. En su opinión, a estos supuestos resultan aplicables las reglas propias de la teoría de los vicios de la voluntad, siempre y cuando no se haya cumplido con los oportunos deberes de información y la equivocación de la contraparte haya sido decisiva para la celebración del contrato. Desde nuestro punto de vista serán reconducibles a los vicios de la voluntad, al error o al dolo, y a la anulabilidad contractual, aquellas cuestiones relativas a la equivocación sobre las circunstancias que influyen en la resolución de la incertidumbre, pero no

⁷⁵⁸ Tal es la opinión, también, de BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, pág.44.

⁷⁵⁹ BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, pág.45. Para el autor la existencia de estas excepciones es reveladora, en realidad, de una exigencia de legitimidad de la causa.

⁷⁶⁰ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 148 y 149.

aquellos supuestos que impliquen un conocimiento cierto sobre la resolución del evento. Los motivos son evidentes, cuando se tiene un conocimiento cierto sobre la resolución del evento no existe incertidumbre sobre los resultados del contrato, por lo que no existe *alea* ni contrato aleatorio. Sin embargo, cuando existe equivocación sobre las circunstancias que influyen en la resolución del evento se impide al sujeto medir con exactitud las posibilidades de cada resultado final en la conformación del equilibrio contractual, viciando su apreciación sobre la realidad⁷⁶¹. Cuando no se haya cumplido con los oportunos deberes de información y se oculten determinados datos relativos al evento incierto a la contraparte, pero exista incertidumbre respecto al resultado final del contrato, sigue existiendo *alea*. En estos casos no hay nulidad por defecto de un elemento esencial, sino anulabilidad por la existencia de un vicio del consentimiento que ha impedido la correcta valoración de las circunstancias del contrato. Lógicamente, siempre que tal vicio haya sido decisivo para la celebración del contrato.

El segundo requisito para considerar incierto el evento, que el comportamiento de los contratantes sea extraño a su realización, tampoco debe entenderse en sentido absoluto⁷⁶². Esta exigencia hace referencia a la ilegitimidad de todas aquellas actuaciones dirigidas, directamente, a provocar o impedir el acaecimiento del evento⁷⁶³. No existe ningún motivo para que las partes, siempre de acuerdo con la buena fe contractual, realicen actividades tendentes a influir sobre el advenimiento del evento, siempre y cuando no se trate de actuaciones decisivas en el mismo⁷⁶⁴.

Supongamos un contrato de renta vitalicia constituido sobre la vida del perceptor de la renta, ¿sería lícito prohibirle la realización de todos aquellos actos tendentes a conservar su salud y por tanto su vida? Lo mismo ocurre en un contrato de apuesta referente al resultado de un partido de fútbol en el que una de las partes es jugador, ¿no podrá poner lo mejor de sí mismo para jugar bien y ganar?. No puede entenderse en términos tan restrictivos esta prohibición, bastará con restringir a los contratantes la realización de toda aquella actuación dirigida, directamente, a impedir o provocar el advenimiento del evento.

⁷⁶¹ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 149, también considera aplicable la teoría de los vicios de la voluntad a este supuesto.

⁷⁶² Exige la independencia del comportamiento de las partes en la verificación del evento incierto, también, ASCARELLI, TULLIO, *Aleatorietà e...*, *cit.*, págs. 440 y 441.

⁷⁶³ En este sentido BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, pág. 41, afirma que si evento debe ser incierto para ambas partes no puede estar a disposición de una de ellas, y debe sancionarse a la parte que voluntariamente provoca su acaecimiento. El ejemplo es evidente, en el contrato de seguro el asegurador no deberá indemnización alguna cuando el siniestro es causado por el propio asegurado.

⁷⁶⁴ En el mismo sentido se pronuncia GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 240 y 241.

G) El carácter esencial de la situación de incertidumbre

En el contrato aleatorio la incertidumbre se configura como función económica esencial del contrato en la ordenación de los globales intereses contractuales, pues las partes buscan el *alea* derivada del mismo⁷⁶⁵. En este sentido, no debe confundirse el *alea* propia de la categoría contractual que nos ocupa con aquella que deriva de las previsiones de las partes para compensar el resultado de riesgos extracontractuales, pues en los contratos aleatorios los resultados del evento se utilizan para generar riesgo⁷⁶⁶.

En el contrato aleatorio debe valorarse, por tanto, el carácter esencial de la situación de incertidumbre en la relación contractual establecida por las partes. Para ello es imprescindible que la incertidumbre sea directamente buscada por ellas, y que afecte a la prestación o prestaciones principales, como ya se ha mantenido⁷⁶⁷. Además, suele exigirse que la incertidumbre genere posibilidades de pérdida o ganancia contrapuesta y complementaria para los contratantes⁷⁶⁸. No obstante, desde nuestro punto de vista tal exigencia sólo es válida para los contratos aleatorios onerosos, siendo suficiente, en los gratuitos, que la pérdida y la ganancia sean complementarias.

En el contrato aleatorio oneroso cabe hablar de un contratante económicamente perjudicado por el resultado final de la relación contractual, pero no puede hablarse de desequilibrio en la situación inicial del contrato. En tal momento las posibilidades de ganancia o pérdida están equilibradas para ambas partes contratantes, pues las posibilidades de pérdida de cada una de ellas se compensan con la complementaria posibilidad de que el evento incierto se resuelva a su favor y, por tanto, sean titulares de una ganancia. Por ello se afirma que en los contratos aleatorios onerosos el riesgo de sufrir ganancias o pérdidas ha de ser recíproco. Es decir, que al inicio del contrato ambas partes tienen posibilidades de salir beneficiadas o perjudicadas con el resultado final del contrato.

⁷⁶⁵ En este sentido se pronuncia, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 98, considerando que función sólo significa que las finalidades perseguidas por los contratantes con el contrato radican en la creación de un riesgo recíproco entre ellas.

⁷⁶⁶ Comparte esta opinión, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 102, para quien existen dificultades en la distinción de las circunstancias incorporadas al contenido contractual para conjurar los efectos perjudiciales del azar, de aquellas introducidas por la mera conveniencia de hacer depender del azar resultados económicamente desequilibrados para los contratantes.

⁷⁶⁷ En este sentido, DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 66, afirma que detectar el carácter esencial de la prestación afectada por la incertidumbre implica investigar los intereses que pretenden satisfacerse con ella, averiguando su importancia en los fines globales del contrato.

⁷⁶⁸ Es el caso de DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 109, para quien las posibilidades de pérdida o ganancia contrapuesta se manifiestan a través del establecimiento de diversos resultados finales que supongan un desequilibrio económico aceptado por los sujetos con la ejecución de las prestaciones programadas.

En el contrato aleatorio gratuito, como en su momento se verá, no puede hablarse de que existan posibilidades de ganancia o pérdida equilibradas para ambas partes contratantes, pues no estaríamos ante un contrato gratuito. Sin embargo, cabe hablar de contrato aleatorio gratuito cuando la prestación principal del contrato está sometida a la situación de incertidumbre que estamos definiendo. Si la prestación principal del contrato se ve afectada por el resultado final del evento incierto, afectando a la entidad de las ganancias o pérdidas de las partes contratantes, el contrato es aleatorio. En estos casos el incremento de la ganancia de una de las partes es inversamente proporcional a la pérdida que sufre el otro contratante. Por ello, aunque no pueda hablarse de que el deudor de la prestación gratuita pueda gozar, en sentido estricto, de una ganancia, puede mantenerse que no le resultará indiferente el resultado del evento, pues éste afectará a que sus pérdidas sean mayores o menores, de manera inversamente proporcional a la reducción o el incremento de las ganancias de la otra parte.

De esta manera, y en sentido relativo, cabe hablar de que el citado deudor sufre una pérdida cuando la entidad de la prestación es superior a la inicialmente esperada. Por el contrario, podrá considerarse que hay ganancia cuando la prestación es inferior. De la misma forma, el acreedor de la prestación gratuita será beneficiario de una ganancia cuando obtenga una prestación superior a la esperada, y sufrirá una pérdida cuando ésta sea inferior. También aquí cabe hablar de que las ganancias y las pérdidas de ambas partes son recíprocas, pues en aquellos supuestos en los que la prestación sea superior a la esperada, la pérdida del deudor supone la recíproca ganancia, en sentido relativo, del acreedor.

Se cumplen los requisitos vistos para poder hablar de esencialidad del *alea*, pues el riesgo ha de ser idéntico al del contrato aleatorio oneroso, y no cabe duda de que la voluntaria configuración de la situación de incertidumbre en la relación contractual obedece a la intención de los contratantes de someter la entidad de la prestación al resultado de un evento incierto.

Una vez configurada el *alea* propia del contrato aleatorio como aquella incertidumbre esencial, inherente al contrato y voluntariamente aceptada por los contratantes, que deriva de un evento incierto y determina las prestaciones principales de las partes generando un resultado contractual incierto, resulta mucho más sencillo deslindarla de otras situaciones de riesgo que no constituyen *alea* propia de esta categoría contractual.

Así, por ejemplo, las obligaciones duraderas de ejecución continuada están sometidas a la posibilidad de continuas alteraciones por el mero transcurso del tiempo, que pueden generar perjuicios a las partes. Tales posibilidades de perjuicios generan un riesgo para ellas, sin embargo, no reúne las características propias del riesgo de los contratos aleatorios. En primer lugar, porque se trata de consecuencias derivadas del natural devenir

de los acontecimientos en la vida diaria, de riesgos externos que nada tienen que ver con la voluntad de los contratantes. Afectan, por tanto, a todo tipo de contratos, incluidos los aleatorios, como cualquier otro riesgo externo al contrato.

Nada obsta a que las partes establezcan una concreta regulación para paliar la posibilidad de tales acontecimientos. Sin embargo, en este caso tampoco cabe hablar de contrato aleatorio, porque su finalidad es acabar con la incertidumbre del resultado final, no introducirla. Ciertamente es que con esta reglamentación se introduce incertidumbre sobre la prestación que finalmente se habrá de realizar, y que forma parte del contenido del contrato por voluntad de las partes, pero no busca satisfacer las finalidades principalmente queridas por las partes con la celebración del contrato. Por el contrario, esta reglamentación alternativa busca conservar las pretensiones principalmente queridas por ellas, convirtiéndose en una reglamentación de carácter accesorio. Esta accesoriedad, como se ha visto, excluye la posibilidad de que el contrato sea aleatorio. En este sentido, puede mantenerse que se trata de una reglamentación accesoriamente vinculante para el caso de que llegue el acontecimiento previsto, de una distribución del riesgo que supone la posibilidad de alterar la relación. Tales características también excluyen la esencialidad del *alea*, pues en estos supuestos es perfectamente posible que el acontecimiento previsto no llegue nunca, mientras en el contrato aleatorio debe producirse siempre, en sentido positivo o negativo, pero debe acontecer⁷⁶⁹.

1.4. - EL *ALEA* NORMAL DEL CONTRATO

Vistas las características típicas del riesgo propio de los contratos aleatorios, para finalizar y dejar claro este concepto, debe distinguirse la aleatoriedad inherente a estos contratos de lo que se denomina por la doctrina italiana *alea* normal. El *alea* normal hace referencia a la posibilidad, inherente a todos los contratos de ejecución diferida, de que el valor de las recíprocas prestaciones oscile como consecuencia de las normales fluctuaciones del mercado⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Tal y como afirma DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 117 y 119. En el mismo sentido se pronuncia CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 46, para quien el riesgo puede afectar al objeto del contrato, incidiendo sobre la entidad o la existencia de las prestaciones, sin que esto sea suficiente para constituir un negocio aleatorio, pues para que el contrato sea aleatorio el *alea* no puede tener un rol meramente eventual, sino necesariamente esencial.

⁷⁷⁰ Así lo afirma DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 76, para quien ésta es la genérica *alea* económica determinante de la ventaja patrimonial finalmente obtenida por las partes, que debe ser evaluada específicamente en relación con el singular tipo contractual. También considera incluidas las normales fluctuaciones económicas del

En un primer momento este concepto, de reciente aparición en el panorama jurídico, trató de configurarse como un “*tertium genus*” entre el riesgo interno y el externo a los contratos⁷⁷¹. Como consecuencia de estas afirmaciones se llegó a hablar de un tipo de negocio causalmente autónomo, una vía en el medio de los contratos conmutativos puros y los aleatorios. De este modo se intentaba hacer corresponder a cada tipo de *alea* un tipo contractual específico. Esto no es posible y no ha sido aceptado. Ya BOSELLI argumentaba la imposibilidad de considerar el *alea* normal como una tercera categoría de riesgo distinta diciendo: “..si no existe más clasificación del riesgos que la de ser interno o externo al contrato⁷⁷², y puesto que no es concebible tampoco, un riesgo que sea al mismo tiempo ajeno y comprendido en los cambios operados por las partes, no es concebible un riesgo que constituya un “*tertium genus*” entre los dos primeros”⁷⁷³.

En nuestros días no puede defenderse la creación de un tipo de contrato específico, a medio camino entre los aleatorios y los conmutativos, al que hacer corresponder el *alea* normal como categoría distinta de riesgo. Descartada la consideración del *alea* normal como una tercera categoría, se intenta localizar en cuál de las dos existentes deba insertarse el *alea* normal del contrato, e investigar qué se trata de designar con este nuevo concepto.

Para algunos autores italianos, como BOSELLI, la clave para delinear este concepto radica en la incidencia del riesgo en la causa de los contratos. El artículo 1.469.2 del Código Civil italiano establece un límite a la resolución del contrato por excesiva onerosidad, ésta no afecta a los contratos aleatorios. Por tal motivo, este sector doctrinal defiende que el tratamiento jurídico del riesgo depende de su diversa incidencia en la concreta causa del contrato, y en su grado de afección⁷⁷⁴.

La alteración de la causa, y la reacción del ordenamiento, no se producen siempre e inmediatamente por la mera incidencia del riesgo en los contratos. BOSELLI entiende que tal alteración sólo se produce cuando la

valor de las cosas dentro del *alea* normal, SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 149.

⁷⁷¹ MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, traducido por, R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO, M. VOLTERRA, notas de derecho argentino por V. NEPPI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, en el Tomo I, pág. 425, sostiene que el *alea* normal hace referencia sólo a los contratos conmutativos con elementos aleatorios. En momentos posteriores de su obra, Tomo II, pág. 386, sin embargo, reconoce que tal posibilidad es inherente a todos los contratos conmutativos, desapareciendo la necesidad y utilidad de esta figura intermedia.

⁷⁷² Sin que deje de tener validez lo que otros autores denominan riesgo económico o jurídico, noción equivalente a lo que aquí denominamos riesgo externo e interno respectivamente.

⁷⁷³ BOSELLI, A., “*voce: alea...*”, *cit.*, pág. 476, y “*Rischio alea ed alea ...*”, *cit.*, pág.793.

⁷⁷⁴ BOSELLI, ALDO, “*Voz: alea...*”, *cit.*, pág. 475.

divergencia entre las prestaciones provocada por el riesgo es de tal entidad, que supera un cierto límite variable en los distintos tipos contractuales⁷⁷⁵.

Si el riesgo externo al contrato es el idóneo para producir alteraciones en la causa y provocar la reacción del ordenamiento jurídico, el *alea* normal debe estar conformada por riesgos externos al contrato⁷⁷⁶. Sin embargo, este nuevo instituto no está conformado por cualquier riesgo externo, sino por aquel cuyas consecuencias en el contrato no son de entidad suficiente como para provocar una alteración importante en la causa del mismo. Este concepto hace referencia a aquellas situaciones en las que no llega a producirse la frustración del fin con el que las partes celebran el contrato, en las que no se sobrepasa el límite concreto de incidencia del riesgo del determinado tipo contractual.

El *alea* normal consiste, por tanto, en aquella zona de inmunidad, y casi de tolerancia al riesgo externo, que existe en cada tipo contractual⁷⁷⁷. En esta zona de inmunidad podría afirmarse que los efectos del riesgo extraño son compatibles con la causa concreta del tipo contractual, pues no llegan a alterarla de manera importante, no provocando reacción alguna del ordenamiento jurídico.

Aunque el concepto de *alea* normal se define, en muchas ocasiones, con base en su relación con la causa de los contratos, resulta mucho más intuitivo delimitar este concepto con relación a sus efectos sobre las prestaciones de las partes, al resultar más evidentes los rasgos que nos permiten detectarla y diferenciarla del *alea* propia de los contratos aleatorios⁷⁷⁸.

Estamos ante un concepto que, en principio, resulta muy similar al del *alea* que caracteriza los contratos aleatorios, pues también es consecuencia de un evento incierto del que derivan consecuencias favorables o desfavorables para las partes contratantes. Sin embargo, a diferencia del *alea* en los contratos aleatorios, es del todo externa a los mecanismos y al contenido del contrato. El *alea* normal no forma parte del contrato, no es esencial al mismo,

⁷⁷⁵ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, pág. 794.

⁷⁷⁶ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, págs. 793 y ss.

⁷⁷⁷ BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale...*, *cit.*, pág. 166, afirma que en todo contrato existe una zona de tolerancia en la que la prestación no está exactamente determinada, que no obsta a la validez de la obligación.

⁷⁷⁸ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea*...”, *cit.*, págs. 793 y ss., defiende la existencia, en relación con el *alea* normal, de una zona de compatibilidad entre el riesgo externo y la concreta causa del contrato, en vez de entre este riesgo y las prestaciones de las partes, como es habitual hoy en día. Esto es debido a que, para el autor, el riesgo es el objeto del contrato aleatorio y la causa del mismo.

y depende de factores externos sólo estadísticamente ligados al determinado tipo contractual⁷⁷⁹.

En palabras de BOSELLI, la fundamental diferencia existente entre el *alea* normal del contrato y la típica de los contratos aleatorios es: que el *alea* normal ha sido asumida para denotar una relación de conveniencia y compatibilidad entre *alea* y causa del contrato, mientras el *alea* propia del contrato aleatorio descansa en una relación de necesidad con la causa típica del contrato⁷⁸⁰.

El *alea* normal hace referencia a riesgos externos al contrato, a situaciones que no entran dentro de las motivaciones de los contratantes, y que sólo indirectamente tienen consecuencias en el mismo. No estamos ante un componente del contrato, ni ante un elemento necesario para la consecución de la finalidad perseguida. Le faltan, al *alea* normal, las características básicas de la propia del contrato aleatorio, inherencia y esencialidad.

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 asumirlas⁷⁸¹.

La segunda diferencia fundamental entre el *alea* normal y la propia de los contratos aleatorios es que carece del carácter de elemento esencial del contrato. Frente a la esencialidad del *alea* en los contratos aleatorios, en los que el evento incierto debe realizarse siempre porque de él depende la determinación de las prestaciones y la estructura del contrato, el *alea* normal es eventual. El evento no tiene que realizarse siempre, y puede ser extendida convencionalmente por las partes sin que esto afecte o incida en la causa del contrato⁷⁸².

⁷⁷⁹ Tal y como afirma NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”,..., *cit.*, pág. 1.025.

⁷⁸⁰ BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 476.

⁷⁸¹ BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 476.

⁷⁸² En el mismo sentido se pronuncia, SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 150, quien considera el *alea* del contrato aleatorio esencial al mismo, a diferencia del

La esencialidad del *alea* que caracteriza al contrato *aleatorio* deriva de su influencia sobre la estructura del contrato y sobre la existencia y determinación física de las prestaciones (en el número, peso o medida). El *alea* normal no es un elemento del contrato, sino una incidencia externa que puede o no verificarse, porque no determina la prestación, sólo afecta al valor de la misma⁷⁸³.

Los riesgos que conforman el *alea* normal, tal y como señalábamos con los propios del *alea* inherente a los contratos aleatorios, deben ser objetivamente inciertos. No tienen cabida en este concepto, tampoco, los comportamientos anticontractuales de las partes ni los riesgos completamente extraordinarios o imprevisibles⁷⁸⁴. Los supuestos comprendidos en este *alea* deben entrar dentro de la normalidad, pues de lo contrario podrían ser considerados caso fortuito o fuerza mayor y entraría en juego el ordenamiento jurídico, eximiendo a las partes del cumplimiento de la prestación. Lo mismo ocurre con los comportamientos anticontractuales de las partes, no pueden considerarse dentro del *alea* normal porque no entran en la zona de compatibilidad entre negocio y ordenamiento jurídico. En estos casos el ordenamiento jurídico tendría que intervenir, eximiendo al perjudicado del cumplimiento de la prestación.

No es necesaria una especial cualidad del riesgo para constituir el *alea* normal, salvo ser siempre extraña al contrato y no tener el carácter de imprevisible, por lo demás, cualquier riesgo es susceptible de entrar dentro de este concepto. Respecto al *quantum*, a la cantidad de riesgo que debe afectar al contrato para que podamos hablar de *alea* normal, depende de la concreta incidencia que ese riesgo tenga en cada contrato, pues no depende del grado de desproporción que el riesgo provoque en las prestaciones.

Los límites del *alea* normal varían de tipo a tipo contractual, dado que no existen criterios abstractos para su determinación. La concreción de este *alea* se hará de acuerdo con el particular tipo negocial, y con las circunstancias concretas del supuesto. Se trata de hacer una valoración de orden estadístico

alea normal, que es extrínseca al tipo negocial y constituye el límite mínimo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión. Comparte esta opinión, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 76.

⁷⁸³ Tal y como afirma SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 150.

⁷⁸⁴ En este sentido se pronuncian, respecto de los comportamientos anticontractuales de las partes, SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 149 y DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 77, lo cual es del todo lógico, pues los comportamientos anticontractuales de las partes en ningún caso pueden tener el carácter de objetivamente inciertos. En relación con los riesgos completamente extraordinarios o imprevisibles, SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, págs. 148 y ss., considera que el *alea* normal debe ser externa al contrato, estar dentro de la normalidad y ser previsible, pues sin estas notas de normalidad y previsibilidad será de aplicación el instituto de la rescisión por lesión, excluido en el caso del *alea* normal en la legislación italiana.

sobre la normal incidencia de ciertos factores de peligro, y de determinados hechos que impliquen un riesgo económico en el concreto tipo de contrato⁷⁸⁵. Por este motivo debe dejarse a la valoración de jueces y tribunales, salvo en aquellos casos en los que la ley establezca determinadas previsiones, la limitación de esta específica zona de compatibilidad que constituye el *alea* normal del contrato⁷⁸⁶.

En resumen, este concepto hace referencia a aquel riesgo externo que, aun incidiendo sobre las prestaciones de los contratantes, no es de tal entidad como para producir alteraciones en el contrato. Resulta muy gráfica la expresión de BOSELLI al hablar de zona de inmunidad porque, a pesar de que el *alea* normal provoca modificaciones en las prestaciones de las partes no previstas ni queridas por ellas, el ordenamiento jurídico establece que deben asumirlas. La inactividad del ordenamiento jurídico y la necesaria asunción por los contratantes de estas variaciones obedece a su carácter de incidencias previsibles que acontecen como consecuencia del desarrollo de la vida normal.

El *alea* normal, precisamente por versar sobre acontecimientos previsibles de la vida cotidiana, afecta a todos los contratos, incluidos los aleatorios. Esta idea ha sido criticada por considerar que el *alea* inherente a estos contratos, determinante de las prestaciones de los contratantes, absorbería cuantitativamente cualquier otro tipo de *alea*⁷⁸⁷. Esta afirmación, fundamentalmente realizada por autores italianos, tiene por base la exclusión del instituto de la rescisión por lesión en los contratos aleatorios prevista por la legislación italiana⁷⁸⁸. Este ordenamiento jurídico también excluye la rescisión por lesión en los supuestos de *alea* normal, de hecho, como se ha visto, se la considera el límite negativo del ejercicio de la acción de rescisión por lesión⁷⁸⁹. Por ello se dice que, a efectos prácticos, no tiene sentido la consideración del *alea* normal en los contratos aleatorios, ya que la exclusión de la rescisión por lesión en el contrato aleatorio es más amplia y comprensiva que la que pueda provocar el *alea* normal, porque la determinación de las prestaciones en los contratos aleatorios absorbe cuantitativamente cualquier oscilación de las mismas.

⁷⁸⁵ Así lo afirma NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: alea”,..., *cit.*, pág. 1.026.

⁷⁸⁶ SCALFI, GIANGUIDO, en “Considerazioni sui...”, *cit.*, pág. 150, y DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 77, dan ejemplos de supuestos en los que es la ley la que determina si están, o no, dentro del *alea* normal del contrato.

⁷⁸⁷ Defiende esta opinión, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 78.

⁷⁸⁸ El Código Civil italiano, en su artículo 1.469.2, prevé la inaplicabilidad del instituto de la rescisión por lesión al contrato aleatorio. Esto no ocurre en nuestro Derecho, por lo que puede sostenerse que sí es aplicable la rescisión por lesión a estos contratos, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos en el artículo 1.290 del CC

⁷⁸⁹ El artículo 1.467 del Código Civil italiano excluye la rescisión por lesión en los supuestos de *alea* normal.

Esta opinión no puede compartirse. Primero, porque nuestro Derecho no prevé la inaplicabilidad de la rescisión por lesión al contrato aleatorio. Además, fuera del ámbito eminentemente práctico, es evidente que el *alea* normal afecta a todos los contratos. Como se ha repetido en muchas ocasiones, hablamos de incidencias que acontecimientos cotidianos tienen en las prestaciones de los contratantes, y estas incidencias, obviamente, afectarán a todos los contratos por igual.

1.5.- EL ALEA DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

Nuestro Código Civil regula el contrato de renta vitalicia dentro del Título XII, dedicado a los contratos aleatorios, por lo que no cabe duda de que lo configura como tal. Además, el artículo 1.802 CC, cuando trata de definir el contrato, reitera tal carácter al comenzar con las palabras: “*El contrato aleatorio de renta vitalicia...*”. No hay controversias, por tanto, respecto del carácter aleatorio del contrato que nos ocupa.

La aleatoriedad de este contrato radica en la incertidumbre existente sobre la duración del contrato y, concretamente, de la obligación de pagar la renta. La incierta extensión de la obligación de pagar la renta afecta a la entidad de la prestación del deudor, y al resultado final del contrato. El evento incierto del que depende el *alea* de la relación jurídica que nos ocupa radica en la imposibilidad de determinar el momento en el que se extinguirá la vida que se toma como módulo que, como regla general, depende de la suerte o el azar⁷⁹⁰. Este *alea*, esencial al contrato, viene también exigida por el propio artículo 1802 CC, al establecer: “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas...*”. Tal dicción evita la necesidad de plantearse si el *alea* es o no esencial a este contrato, pues viene exigido por el propio precepto que lo tipifica y regula, convirtiéndose en un elemento esencial del tipo sin el cual no existe contrato de renta vitalicia. Podremos plantearnos, cuando la renta no dependa de una vida módulo, si estamos ante un contrato atípico pero análogo al contrato de renta vitalicia, de manera que se le pueda aplicar su propio régimen jurídico, pero no estaremos ante un contrato de renta vitalicia.

El evento incierto del que depende la extinción del contrato de renta vitalicia, la desaparición de la vida contemplada, cumple todos y cada uno de los requisitos del riesgo propio del contrato aleatorio. El evento incierto necesariamente acaecerá, pues es evidente que antes o después toda persona humana debe morir; es incierto en el momento en el que acaecerá, pues nadie

⁷⁹⁰ En el mismo sentido se pronuncia KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d’immuable en viager*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1.979, pág. 31, para quien el *alea* del contrato de renta vitalicia reside en la duración de la vida módulo, que es incierta.

sabe con la necesaria exactitud el momento en el que se producirá la muerte de otra persona y, además, su acaecimiento es independiente a la voluntad de los contratantes, salvo determinados supuestos de carácter excepcional, de los que nos ocuparemos en el momento adecuado. Por otra parte, el *alea* generada por el evento incierto tiene carácter esencial, pues las partes voluntariamente deciden que de él dependa la determinación de una de las prestaciones principales del contrato, precisamente la que le da nombre. Además, este evento incierto genera un riesgo recíproco voluntariamente aceptado por las partes, que determina la ganancia o la pérdida de cada una de ellas o la entidad de tal ganancia y de tal pérdida si el contrato es gratuito.

1.5.1.- Supuestos conflictivos: precedentes legislativos y Derecho comparado

Existen determinadas situaciones en las que se pone en duda si realmente existe *alea* en el contrato. Tales situaciones hacen referencia a supuestos en los que la medida de la renta es muy pequeña en relación con las rentas del bien cedido y a aquellos contratos formalizados cuando la vida contemplada está afectada de una enfermedad, por lo que se espera su fallecimiento antes de lo habitual. En realidad, la negación de la existencia del *alea* en estos supuestos responde al tradicional interés por asegurar la equivalencia y reciprocidad de riesgos que, no olvidemos, fue lo que salvó a la renta vitalicia de las acusaciones de usura y garantizó su existencia.

Precisamente este fue el motivo de que distintas legislaciones mantuviesen reglas que intentaban garantizar la equivalencia y reciprocidad del riesgo en el contrato de renta vitalicia. Sin embargo, esta finalidad trataba de conseguirse mediante reglas fijas, que en la mayor parte de los casos resultaban insuficientes para conseguir el fin buscado⁷⁹¹.

En este sentido la legislación italiana preunitaria, el código Sardo o Albertino de 1.837 (art. 2.010), el Parmense (art. 1.845) y el Estense, publicado en Módena en 1.771 (art. 1.820), consideraban el *alea* inexistente cuando la renta no excedía los frutos del bien cedido. Por ello exigían, como condición de validez del contrato, que la renta superase los frutos de los que era capaz la cosa cedida como precio de la renta, aunque, por lo demás, la medida de la misma fuese libremente decidida por las partes⁷⁹². Como afirma BUTERA, esta previsión no consigue la equivalencia de riesgos que busca (lo que él denomina *alea*), porque la renta podía exceder los frutos del bien cedido sin que tal exceso fuese suficiente para asegurar la reciprocidad del

⁷⁹¹ En este mismo sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 92, que las considera irrazonables, arbitrarias y contrarias a la equidad.

⁷⁹² Tal y como afirman MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite vitalizie”, *Contratti speciali*, volumen único, 2ª ed., Eugenio Marghieri, Nápoles, 1.905, pág. 205, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 93 y VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 149.

riesgo⁷⁹³. De hecho, como sigue argumentando el autor, la renta podía exceder mucho los frutos del bien cedido sin que ello evitase la certeza de la ganancia para el deudor de la renta. Sin embargo, se introducía el riesgo de hacer depender la validez del contrato de la cuantía de la renta, que podía exceder en una cantidad ridícula de los frutos del bien cedido. Por estas razones el *Code* de Napoleón no introduce tal regla, y el artículo 1.976 del *Code* consagra la plena libertad de las partes para establecer la medida de la renta que consideren oportuna. Esta previsión no significa que el legislador francés se aparte de una línea de opinión prevalente en la época, que consideraba inexistente el *alea* cuando la renta era inferior a los frutos del bien cedido, sino una confesión de la imposibilidad de determinar, con reglas prefijadas, el requisito del *alea* en el contrato⁷⁹⁴.

Por otra parte el Código de Napoleón, en sus artículos 1.974 y 1.975 respectivamente, declara la nulidad del contrato cuando se constituye sobre la vida de una persona muerta o enferma, siempre que tal enfermedad provoque su muerte en los veinte días siguientes a la formalización del contrato. Esta previsión, según autorizados autores, busca la nulidad de una renta vitalicia viciada de error⁷⁹⁵.

El Código parmense y el de las dos sicilias, siguiendo al Código francés, introducen una norma similar a la contenida en el artículo 1.975, declarando nula la renta constituida sobre una persona enferma que fallezca en los veinte días siguientes a la formalización del contrato⁷⁹⁶. Sin embargo, el código Sardo o Albertino de 1.837 (art. 2.009) y el estense (publicado en Módena en 1.771) van más allá y declaran la nulidad del contrato de renta vitalicia constituido sobre la vida de una persona que fallece en los cuarenta días siguientes a la formalización del contrato, sin exigir la existencia de enfermedad antes de su formalización⁷⁹⁷. Esta disposición busca asegurar la existencia de reciprocidad del riesgo en el contrato, sin darse cuenta de que, en realidad, está impidiendo tal reciprocidad cuando el fallecimiento de la

⁷⁹³ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 92 y 93.

⁷⁹⁴ Tal y como afirma BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 94, que reproduce las palabras del tribuno DUVEYRIER, en una de las sesiones del cuerpo legislativo (19 ventoso, año XII), confirmando sus palabras.

⁷⁹⁵ Según la opinión de BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 93.

⁷⁹⁶ En este sentido MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 206, y VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 148.

⁷⁹⁷ Tal y como lo confirman MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 206, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 93, si bien éste sólo respecto al código albertino, y VALSECCHI, EMILIO, “La Rendita Perpetua e La Rendita Vitalizia”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCESCO, Giuffrè, Milano, 1.961, pág. 149.

vida contemplada se produce dentro de los cuarenta días y la causa es posterior al contrato mismo⁷⁹⁸.

El Código Civil italiano de 1.865 no fija un término mínimo de duración de la vida contemplada, esté ésta sana o enferma, y permite a las partes fijar la renta que consideren adecuada, sin exigir que exceda de los frutos del bien cedido. A pesar de ser ésta la solución final, la oportunidad de introducir aquellas limitaciones fue vivamente discutida en el curso de las labores preparatorias del Código Civil italiano de 1.865⁷⁹⁹.

La ausencia de tales normas en el Código Civil italiano no responde al rechazo de estos criterios, sino a la dificultad de establecer reglas fijas para determinar, *a priori*, la existencia de *alea* en el contrato, pues las reglas establecidas en los códigos preunitarios italianos no son suficientes para asegurar el riesgo recíproco entre los contratantes⁸⁰⁰. La comisión coordinadora, dadas las dificultades existentes, prefiere no desnaturalizar el contrato aleatorio, porque de existir dolo o fraude las reglas generales son suficientes para solucionar el problema⁸⁰¹. El legislador italiano prefirió dejar al arbitrio de Jueces y Tribunales la investigación de la existencia de *alea* en el concreto contrato, pues éstos pueden atender a las específicas circunstancias confluyentes en el contrato discutido, que lógicamente no pueden ser tenidas en cuenta por el legislador, dada la generalidad de la Ley⁸⁰².

No obstante la falta de introducción de tales preceptos, para la jurisprudencia italiana son figuras sintomáticas de la ausencia de *alea*: la fijación de prestaciones periódicas inferiores a los frutos o utilidades generados por el capital transferido, y la edad avanzada o enfermedad de la vida contemplada, si se la puede considerar próxima a la muerte⁸⁰³. En estos

⁷⁹⁸ En el mismo sentido BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 93.

⁷⁹⁹ Tal y como relatan MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, págs. 207 a 209, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 95 a 97, si bien éste sólo respecto al código albertino, y VALSECCHI, EMILIO, “La Rendita Perpetua e La Rendita Vitalizia”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCESCO, Giuffrè, Milano, 1.961, pág. 149. No obstante, como afirma BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 166, aquellos criterios de determinación del *alea* han conformado la base de toda la elaboración jurisprudencial italiana al respecto.

⁸⁰⁰ Como lo confirman TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 451, y MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, págs. 207 a 209, que recoge los argumentos y criterios contenidos en la *Relazione al Senato* del 25 de noviembre de 1.863 de PISANELLI. Argumentos textualmente plasmados, también, en LOMONACO, GIOVANNI, *Istituzioni...*, *cit.*, págs. 482 a 484.

⁸⁰¹ Como señalan MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, págs. 208 y 209, y BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 96.

⁸⁰² Tal y como señala MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 207.

⁸⁰³ Así lo confirma CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 179, aunque en referencia a la vida del beneficiario en lugar de a la vida contemplada (suponemos que por ser lo más habitual en la práctica), con cita de numerosa jurisprudencia italiana. En el

supuestos la mayoría de la doctrina italiana, y la práctica totalidad de su Jurisprudencia, consideran que el *alea* es inexistente, lo que equivale a la nulidad del contrato por falta de causa o del elemento caracterizador de la categoría, que implica la falta de función apta para caracterizar el tipo y por tanto la nulidad del negocio⁸⁰⁴.

A pesar de esta posición Jurisprudencial y de la opinión mayoritaria de la doctrina italiana, la esencialidad del *alea* en el contrato oneroso de renta vitalicia encuentra sus detractores que, bajo la vigencia del Código Civil del año 1.865, consideran el *alea* elemento natural y no esencial del contrato⁸⁰⁵. Estas opiniones, sin duda, están basadas en un concepto de *alea* erróneo, que la identifica con la onerosidad del contrato⁸⁰⁶. Así, identificándose el *alea* con la existencia recíprocas posibilidades de perder y ganar para ambas partes contratantes, se llega a la conclusión de que el contrato de renta vitalicia sólo

mismo sentido, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...cit.*, pág. 165, pues considera inexistente el *alea* cuando el acreedor de la renta, por el estado patológico del que está afectado o su edad avanzada, no puede vivir más allá de un lapso de tiempo determinable.

⁸⁰⁴ Confirma que doctrina y jurisprudencia asumen la inexistencia de *alea* en tales situaciones PINO, AUGUSTO, “Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960-1, pág. 353. También, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 86, considera que el *alea* constituye un elemento esencial del contrato de renta vitalicia, convirtiéndose en su causa misma, cuya ausencia conlleva la nulidad del contrato.

⁸⁰⁵ TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 441, mantiene que el *alea* no es un elemento, por lógica y jurídica necesidad, inherente al contrato de renta vitalicia. No es un elemento esencial para su validez, sino un elemento accesorio cuyo efecto es atribuir al contrato un carácter de corresponsividad y onerosidad que de otra manera no tendría. En el mismo sentido se pronuncia en las págs. 465 y 466, donde afirma que el *alea* no es un elemento esencial en el contrato de renta vitalicia, sino un elemento accidental y secundario, de cuya presencia sólo depende la onerosidad o gratuidad del contrato. MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, págs. 209 y 210, por su parte, tras analizar las argumentaciones de la Comisión coordinadora del Código Civil italiano de 1.865 considera que el *alea*, entendida como la necesidad de que la renta represente el fruto ordinario de la cosa cedida y una parte del capital, no es esencial al contrato. Por ello, no será nulo si aquella falta. Así, si es cierta la pérdida para una de las partes pero incierta la cuantía de la misma, porque la renta sea inferior a los frutos del bien cedido o porque la vida contemplada esté enferma, el contrato no es nulo. No es nulo porque el *alea* objetivamente considerada no es esencial, de manera que faltando puede existir un *alea* relativa o alterarse la naturaleza del contrato convirtiéndose en un contrato mixto. Sólo será nulo el contrato, por tanto, cuando falte alguno de sus elementos esenciales, de los que el *alea* no forma parte, o cuando estuviese viciado de error dolo o violencia.

⁸⁰⁶ En tal sentido, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 435, afirma que el *alea* es necesaria para imprimir carácter oneroso al contrato de renta vitalicia. Comparte tal opinión, aunque considerando el *alea* esencial al contrato oneroso de renta vitalicia, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 77, pues afirma que el *alea* consiste en el juego de distribuir las ventajas y los sacrificios entre las dos partes contratantes, exigiendo, en la pág. 80, que la prestación incierta sea superior a la cierta para que el contrato sea aleatorio. Por el contrario, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto... cit.*, pág.102, mantiene que no es el *alea* la que imprime la diferencia entre el contrato aleatorio y el gratuito, sino la corresponsividad de las prestaciones.

puede constituirse a título oneroso, lo que a los detractores de la esencialidad del *alea* les parece absurdo, dado el principio de libertad contractual⁸⁰⁷. Precisamente por este motivo niegan el carácter esencial del *alea* en el contrato, para poder conceder validez a los contratos de renta vitalicia gratuitos, a aquellos en los que la renta es igual o inferior a los frutos del bien cedido. No es esta la mejor solución, ni la más correcta, como en su momento se verá, pues tales contratos siguen manteniendo el *alea* y por ello son perfectamente válidos.

Bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1.942 algún sector doctrinal sigue negando la esencialidad del *alea*, amparándose en la inexistencia de norma alguna que supedite la validez del contrato a la incertidumbre en el resultado económico⁸⁰⁸. Sin embargo, de nuevo, tal afirmación busca combatir aquellas decisiones jurisprudenciales que declaran nulos contratos en los que la renta es inferior a los frutos del bien cedido⁸⁰⁹. O las que niegan su validez cuando se constituye sobre la vida de una persona enferma que fallece poco después de concluirse el contrato⁸¹⁰. No es necesario negar la esencialidad del *alea* para mantener la validez de aquellos contratos en los que la renta sea inferior a los productos del bien cedido porque, en realidad, tal nulidad no puede fundamentarse en un defecto de *alea*.

En nuestro ordenamiento jurídico, como enseguida pasaremos a examinar, no se contiene norma alguna que condicione la eficacia o validez del contrato de renta vitalicia a que las rentas sean superiores a los productos

⁸⁰⁷ Como mantiene, TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, pág. 436.

⁸⁰⁸ Tal y como afirma, PINO, AUGUSTO, “Il difetto...”, *cit.*, págs. 358 y 359. El autor, en la pág. 356, explica que el artículo 1.102 CC italiano de 1.865, después de definir el contrato aleatorio, enunciaba algunos de ellos, entre otros el contrato de renta vitalicia. Sin embargo el Código Civil vigente no reproduce tal norma, por lo que considera necesario demostrar la pertenencia del contrato de renta vitalicia a tal categoría contractual.

⁸⁰⁹ En este sentido, PINO, AUGUSTO, “Il difetto...”, *cit.*, págs. 365 y 366, excluye el *alea* del mecanismo negocial. El autor considera que en ausencia de normas que establezcan la relación de valor entre las dos prestaciones, el problema de la renta inferior a los productos del bien cedido debe resolverse conforme a los principios comunes a todos los contratos. No se trata de invocar el pretendido principio de equivalencia de las prestaciones, contradictorio con los principios acogidos por el Código Civil italiano, sino de invocar la onerosidad contractual cuando se excluye el *animus liberalitatis*. Ello implica una adecuación, no en el sentido de que importe la relación económica entre las prestaciones, sino para que cada contratante tenga un correspectivo adecuado a sus necesidades.

⁸¹⁰ PINO, AUGUSTO, “Il difetto...”, *cit.*, pág. 367, de nuevo excluyendo el *alea* de la relación negocial, afirma que no está en el poder de la ciencia médica prever con seguridad si una concreta enfermedad provoca necesariamente la muerte y en cuanto tiempo la provoca. Además, considera que en ningún caso la muerte posterior a la conclusión del contrato puede ser causa de su nulidad, pues se trataría de una nulidad imposible, ya que el contrato vendría privado *a posteriori* de un elemento, habiendo producido sus efectos desde el momento de la conclusión.

del bien cedido. Sin embargo, el artículo 1.804 CC, heredero de los artículos 1.974 y 1.975 del *Code*, sí supedita la validez del contrato de renta vitalicia a que la vida módulo no haya fallecido ni padezca una enfermedad de la que fallezca en los 20 días siguientes a la formalización del contrato. Desde nuestro punto de vista estos dos criterios, utilizados tradicionalmente como baremos para determinar la existencia de *alea* en el contrato, no pueden equipararse. El primero de ellos: la existencia de rentas superiores a los productos del bien cedido, en realidad, sirve mejor para medir la onerosidad del contrato que su aleatoriedad, por lo que será objeto de un tratamiento detallado en sede de gratuidad, sin perjuicio de que se digan algunas cosas en este momento.

El segundo: la constitución de la renta vitalicia sobre una persona muerta o que fallecerá en los veinte días siguientes a la formalización del contrato de una enfermedad preexistente, sí está relacionado con el *alea* del contrato. Sin embargo debe ser objeto de un detallado estudio, pues no siempre que se den las circunstancias señaladas en el precepto podremos hablar de falta de *alea* ni de nulidad.

1.5.2.- Renta inferior a los productos del bien cedido

La mayor parte de la doctrina, tanto española como extranjera, afirma que el contrato de renta vitalicia en el que la prestación periódica nunca pueda superar a la prestación fija, porque es inferior a los productos del bien cedido, carece de riesgo recíproco y, por tanto, de *alea*. En virtud de esta ausencia del *alea*, característica del contrato, se defiende su nulidad por falta de causa. El problema radica en el concepto de *alea* mantenido por algunos autores, que deriva de la evolución histórica del contrato de renta vitalicia⁸¹¹. Como ya se afirmó, en los orígenes del contrato aleatorio éste se considera una subcategoría de los onerosos, radicando en el *alea* el elemento que atribuye onerosidad a la relación. Así, sólo existía riesgo recíproco cuando

⁸¹¹ Así, por ejemplo, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, cit., pág. 91, la considera un elemento específico del contrato de renta vitalicia oneroso, que nada tiene que ver con la causa y que constituye la proyección jurídica del riesgo, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, cit., pág. 1.110, la identifica con el riesgo recíproco que implica la existencia de posibilidades de perder o ganar para ambas partes contratantes y que sin confundirse con la causa, que es la de todos los contratos onerosos, se encuentra vinculada a ella. DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, cit., pág. 139, entiende que la ausencia de causa, en los contratos aleatorios, supone la ausencia de riesgo recíproco. En la pág. 142 afirma: “...cuando de la singular reglamentación contractual se extraiga de manera objetiva la certeza de una pérdida o la posibilidad de la misma sólo para uno de los contratantes, el contrato no podrá calificarse de aleatorio, por falta de causa.”

ambas partes tenían las mismas posibilidades de resultar favorecidas o desfavorecidas con el contrato⁸¹².

Según tales concepciones, la imposibilidad de experimentar una pérdida por parte de uno de los contratantes supone la inexistencia de riesgo recíproco, de *alea*, y, como consecuencia, de un elemento esencial del contrato⁸¹³. Este es el motivo de que la orientación doctrinal que nos ocupa promulgue la nulidad de un contrato aleatorio con estas características. Sin embargo, como en el momento oportuno se verá, en estas posiciones hay una confusión entre la gratuidad y la falta de aleatoriedad. El contrato de renta vitalicia en el que la renta es inferior a los productos del bien cedido no es un contrato carente de *alea*, sino gratuito.

Esta afirmación fue de alguna manera vista por la doctrina italiana que defiende la inexistencia de contrato aleatorio cuando la renta vitalicia es inferior a los productos del bien cedido, pues la mayoría de estos autores mantiene que estos contratos son nulos como contratos aleatorios, pero defienden la validez de la relación como contrato gratuito. Así resulta imprescindible, para que el contrato pueda considerarse gratuito, que esa sea la efectiva voluntad de los contratantes, por lo que se requiere la prueba del ánimo de liberalidad⁸¹⁴. De esta manera, si las partes tratan de constituir un

⁸¹² GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 317, a pesar de no identificar onerosidad y aleatoriedad considera que el contrato de renta vitalicia en el que las rentas son inferiores a los productos del capital no es aleatorio, porque la proporción entre las prestaciones está perfectamente establecida: el capital es mayor que la pensión, lo que en definitiva viene a significar que los contratos gratuitos no pueden ser aleatorios, al menos si se toma el concepto de onerosidad desde un punto de vista objetivo.

⁸¹³ LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 266, considera que el contrato sólo es aleatorio cuando la medida de las rentas se establezca de tal forma que ambas partes tienen posibilidades de perder y ganar.

⁸¹⁴ Ver en este sentido TARTUFARI, LUIGI, “Dell’*alea* nella...”, *cit.*, págs 459 y ss., donde además de citar jurisprudencia en este sentido realiza una crítica a tal posición, defendiendo que el mero hecho de formalizar el contrato en tales condiciones es suficiente prueba del ánimo de liberalidad, pudiendo siempre el contratante que haya incurrido en error demostrar el mismo. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág 92, afirma que no siempre el contrato aleatorio sin *alea* se considera inexistente, sino anulable, pues la falta de *alea* no puede equipararse a la falta de causa, sino a un error en los motivos al que excepcionalmente se concede eficacia, porque no puede separarse del mismo consentimiento. Posteriormente, en las págs. 104 y 105, expone las discrepancias de doctrina y jurisprudencia respecto a las consecuencias del defecto de *alea* en el contrato de renta vitalicia. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.110, considera que el defecto de *alea* en el contrato de renta vitalicia lo convierte en inexistente por la falta de un elemento esencial del contrato, el *alea*, citando diversas sentencias de la corte suprema. Sin embargo considera que tal contrato, en virtud de la libertad contractual de las partes, puede ser válido como contrato gratuito o conmutativo innominado, sin que pueda calificarse como contrato de renta vitalicia. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 12, entiende que, si la renta vitalicia es igual o inferior al rédito producido por el bien entregado, excluyéndose la reciprocidad del *alea*, el intérprete debe dirigir su investigación a la voluntad contractual, para deducir si fue intención de los

contrato de renta vitalicia gratuito el contrato debe considerarse válido como contrato gratuito no aleatorio, siempre que reúna los requisitos exigidos para tales contratos⁸¹⁵. Sin embargo, si las partes tratan de constituir un verdadero contrato de renta vitalicia oneroso el defecto de *alea* determina su nulidad, porque si se excluyen el ánimo de liberalidad y el *alea* el contrato debe considerarse inexistente⁸¹⁶.

Parece evidente, por tanto, que el contrato de renta vitalicia sólo se concibe como aleatorio y oneroso, sin que se admita la onerosidad separada de la aleatoriedad y viceversa, faltando el *alea* el contrato sólo puede existir

contratantes formalizar un contrato parcialmente gratuito. Para el autor, a pesar de que existieron numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales al respecto, no cabe duda de que tal es la solución correcta, tanto bajo el imperio del Código Civil de 1.865 como en el de 1.942. Para VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 152, GAMBINO, AGOSTINO, *L’assicurazione...*, *cit.*, pág. 284, si no existe una igual probabilidad de ganancia o pérdida en la conclusión de un contrato de renta vitalicia onerosa, el contrato, mientras no se demuestre la existencia de una “*causa liberalitatis*”, es nulo por falta de causa.

⁸¹⁵ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 104 y 105, señala como durante un tiempo prevalece el principio de que el negocio jurídico era nulo por defecto de causa, y cita la Jurisprudencia correspondiente. En su opinión, el rigor de tal principio posteriormente se atempera y se considera que el defecto de *alea* por sí sólo no convierte el contrato en nulo o ineficaz, sino que en atención a la voluntad de las partes y a la doctrina de la conversión de los actos puede valer como aquella figura jurídica respecto de la cual concurren todos sus presupuestos, o como el negocio disimulado por las partes. Por este motivo defiende que el contrato puede valer como contrato de renta vitalicia gratuito si existe *animus donandi* en el estipulador y concurren los requisitos necesarios, o como cualquier contrato oneroso o mixto al que las partes dieron apariencia de contrato de renta vitalicia. Tal validez se mantiene dejando a salvo la posibilidad de que se pruebe la existencia de error, violencia o dolo, en cuyo caso el negocio será anulado. Sin embargo, si el interesado promueve la acción de nulidad de la renta vitalicia por defecto de *alea*, el adversario debe probar que bajo la apariencia de tal contrato se esconde un acto de liberalidad u otro contrato conmutativo *sui generis*. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.110, considera que la gratuidad del contrato de renta vitalicia no consiste sólo en el beneficio seguro para una de las partes, sino también en la voluntad de donar al otro contratante, por lo que será la indagación sobre la voluntad de las partes la que decida si el contrato concluido es un contrato de renta vitalicia oneroso, gratuito, o un contrato innominado. Estos contratos serán válidos cuando la voluntad de las partes haya sido constituirlos excluyendo voluntariamente la aleatoriedad, aunque la denominación que se le haya dado haya sido la de contrato de renta vitalicia.

⁸¹⁶ Tal es la opinión de DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.111, basándose en la lectura de la *Relazione al Senato*, de 25 de noviembre de 1.863, de PISANELLI, que ya se ha expuesto. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 13 y 14 nota 1, considera que si la indagación sobre la voluntad contractual excluye el *animus donandi*, porque las partes querían constituir un contrato de renta vitalicia oneroso, el contrato es nulo por defecto de un elemento esencial. Para el autor, en estos casos no es posible salvar la validez del negocio recurriendo a la presunta voluntad de las partes y a la doctrina de la conversión de negocios jurídicos, pues no existe una figura intermedia entre el contrato de renta vitalicia oneroso aleatorio y el gratuito. Confirma la existencia de tales opiniones, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 154.

como gratuito no aleatorio⁸¹⁷. No se acepta la existencia de un *tertium genus*, de manera que se excluye la posibilidad de un contrato de renta vitalicia oneroso no aleatorio⁸¹⁸. Esto no impide, desde nuestro punto de vista, que el contrato pueda ser válido como una figura distinta, onerosa y no aleatoria, si tal ha sido la voluntad real de las partes⁸¹⁹. Tal es la opinión, en nuestra doctrina, de GOMÁ SALCEDO, quien niega el carácter aleatorio del contrato de renta vitalicia en el que las rentas son inferiores al producto del capital, pero opina que si la desproporción entre las prestaciones es tan grande como para excluir el carácter oneroso, incluso desde el punto de vista subjetivo, puede convertirse en un *negotium mixtum cum donatione* si existe un ánimo accesorio de liberalidad⁸²⁰. No obstante, afirma que en la mayor parte de las ocasiones la desproporción será demasiado grande para quedar absorbida por una simple disposición accesorio de voluntad, y en ese caso el ánimo de liberalidad adopta el papel principal, transformándose en una donación modal u onerosa. Para el autor, la elección entre una y otra forma no requiere una valoración de las prestaciones, sino de la voluntad de las

⁸¹⁷ Expone tal opinión VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 154.

⁸¹⁸ DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.111, hace referencia a estas opiniones. También, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 154.

⁸¹⁹ VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 155, citando a ANDREOLI y TORRENTE, afirma que para esta doctrina faltando el *alea* no cabía afirmar la validez del contrato como oneroso atípico. Sin embargo desde nuestro punto de vista, y consultando ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 13 y ss., no deducimos tal afirmación. Entendemos que el autor habla de la posibilidad de configurar un contrato de renta vitalicia gratuito si existe *animus donandi* y rechaza tal posibilidad cuando no exista, pero opinamos que su postura es negar la posibilidad de constituir un contrato de renta vitalicia oneroso sin *alea*, no que no pueda ser válido tal contrato como una figura onerosa no aleatoria distinta del contrato de renta vitalicia. Consultando a TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 87 y 88, llegamos a la misma conclusión, pues no parece que el autor rechace la posibilidad de que el contrato valga como contrato oneroso no aleatorio (típico o atípico) distinto del contrato de renta vitalicia si tal ha sido la verdadera voluntad de las partes. Lo que dice el autor, como no podía ser de otra manera, es que si el contrato no da lugar a incertidumbre, y ésta era querida por las partes contratantes, el contrato es nulo. La conclusión es evidente y lógica, sin embargo no da pie a negar la posibilidad de que ese aparente contrato de renta vitalicia oneroso no aleatorio pueda valer como otra figura distinta, onerosa y no aleatoria, si tal ha sido la voluntad de las partes. En contra de la afirmación de VALSECCHI se pronuncian DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.111, para quien el contrato de renta vitalicia podrá ser válido, pero no como contrato de renta vitalicia sin *alea*, y LENER, ANGELO, “Voz: vitalizio”, ..., *cit.*, pág. 1.025, pues afirma que el contrato de renta vitalicia oneroso sin *alea* no puede justificarse, por la función de cambio que caracteriza el tipo, pero no impide la existencia de otros intereses, por parte del constituyente de la renta, idóneos para sustentar el intercambio patrimonial sin añadir al negocio un elemento de liberalidad.

⁸²⁰ GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 317, 318 y 319.

partes, para determinar si su intención es formalizar un contrato lucrativo u oneroso⁸²¹.

En opinión de VALSECCHI, la exigencia de la prueba del *animus donandi* para la validez del contrato de renta vitalicia como contrato gratuito atípico revela un formalismo muy discutible, pues estamos ante un contrato que tradicionalmente se ha conocido tanto en su versión onerosa como gratuita⁸²². Para el autor la prueba del ánimo liberal no es necesaria, pues los propios términos del contrato, en el que desde el primer momento resulta evidente que una de las partes ganará y la otra perderá, son suficientes para demostrarlo. De hecho, considera que exigir al deudor de la renta la prueba del *animus donandi* es exigirle una prueba diabólica cuando la gratuidad deriva de los propios términos objetivos del contrato. Por estos motivos defiende que si el contrato de renta vitalicia no se presenta en su forma típica debe considerarse, automáticamente, contrato de renta vitalicia atípico y gratuito. Existe una excepción a esta regla general: que se demuestre la existencia de un vicio del consentimiento, cuya prueba corresponde a quien lo alegue. En este caso, dada la relevancia causal del *alea*, el vicio determina la nulidad radical del contrato.

⁸²¹ Indudablemente también puede ocurrir, como en la STS 27 de febrero de 1989, que la desproporción de prestaciones impida hablar de un contrato verdaderamente oneroso, y que no exista *animus donandi* en el cedente del capital, sino que haya sido inducido a la realización de tal contrato por dolo. En este caso, lógicamente, el contrato es anulable por la existencia de un vicio en el consentimiento. En el supuesto de hecho de la Sentencia una mujer, la cedente, de edad muy avanzada y con crisis depresivas, cambia radicalmente su voluntad al ser ingresada en un sanatorio para el cuidado de su salud mental, donde la cesionaria la convence para realizar un contrato de renta vitalicia con prestaciones claramente desproporcionadas (la mitad indivisa de su patrimonio: tres fincas rústicas y una urbana, por una renta vitalicia de 70.000 pts.), bajo el señuelo de conseguirle una situación más desahogada. Tal finalidad no se corresponde con la realidad, provocando en la cedente un error dentro de un clima de insistencia. Tras estas maquinaciones insidiosas la cedente despliega una inusitada labor jurídica a favor de la cesionaria, favoreciendo a parientes más lejanos en detrimento de los más cercanos sin un fundamento claro, y demostrando una voluntad totalmente distinta a la anterior al internamiento. Todo lo cual lleva a la Sala a confirmar la anulación del contrato de renta vitalicia por la existencia de dolo.

⁸²² VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 155 a 160. Tal parece ser, también, la opinión de la doctrina francesa. En este sentido POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 125, n° 219 y 220, afirma que si la renta se constituye a cambio de un capital y las rentas son iguales o inferiores a los intereses del mismo, el contrato constituye una donación de renta, sin hacer referencia alguna a la necesidad de probar el *animus donandi*. Esta opinión viene confirmada por LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 266 y 267, quien añade que si el contrato se constituye mediante la entrega de un bien inmueble y las rentas son inferiores a sus frutos sí se exige la prueba del *animus donandi* para que el contrato sea válido como donación. Si no existe la intención liberal, el autor rechaza algunas decisiones jurisprudenciales que consideran el contrato nulo por falta de causa. En su opinión existe causa para el vendedor (acreedor de la renta), el precio (la renta) que el comprador (deudor de la renta) se obliga a pagar. Considera el autor que existe precio, aunque sea vil, por lo que el acreedor de la renta puede exigir la rescisión por lesión.

Todas estas opiniones, en realidad, buscan dar cobertura legal, o al menos judicial, al contrato de renta vitalicia en el que la prestación periódica es inferior a las rentas del bien o capital transferido y, por extensión, a cualquier otro contrato de renta vitalicia gratuita, como aquel en el que el capital es exiguo en relación con las rentas pactadas. Sin embargo, para conseguir tal finalidad se buscan artificios innecesarios, derivados de la tradicional vinculación del *alea* y la onerosidad. La mayor parte de la doctrina sigue viendo una cierta aleatoriedad en los contratos de renta vitalicia gratuitos, que indudablemente deriva de la vinculación de una de las prestaciones a la incierta duración de la vida contemplada, pero se trata de minimizar en un intento por seguir incardinando el contrato aleatorio entre los onerosos. Desde nuestro punto de vista esa posición hoy no puede mantenerse, pues no existe un solo precepto legal que exija tal vinculación, y la propia práctica cotidiana nos demuestra que es perfectamente posible constituir un contrato de renta vitalicia aleatorio y gratuito.

Aunque este tema será objeto de estudio en el epígrafe siguiente, no podemos por menos que adelantar algunas de las argumentaciones básicas para desmontar tales concepciones, pues de lo contrario este epígrafe quedaría incompleto.

Para empezar, es tan obvio que los conceptos de aleatoriedad y gratuidad no son equivalentes que incluso quienes defienden su necesaria vinculación reconocen que son nociones diferentes⁸²³.

Por otra parte, ya se ha dicho que el *alea* característica de los contratos aleatorios sólo exige la existencia de recíprocas posibilidades de pérdida o ganancia para las partes contratantes en los contratos aleatorios onerosos. En los gratuitos exige el acuerdo de las partes para someter la prestación o prestaciones principales del contrato a un evento incierto que las determine, afectando a la entidad de las recíprocas ganancias o pérdidas de las partes contratantes⁸²⁴. Ciertamente, cuando la renta es inferior a los productos del bien cedido no existe posibilidad de pérdida para el deudor de la renta, pero no deja de existir incertidumbre en cuanto al resultado final del contrato, una incertidumbre voluntariamente aceptada por la partes contratantes y que

⁸²³ En este sentido VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 161 y 162, reconoce que el *alea* hace referencia a la incertidumbre del resultado económico del contrato, pues es la suerte la que determina las ventajas y sacrificios para cada parte contratante.

⁸²⁴ Comparte esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 91, quien afirma que “...la situación de renta vitalicia aunque provenga de un negocio gratuito o lucrativo es siempre aleatoria, aunque esta idea de aleatoriedad no coincida con la que se comparte comúnmente. La aleatoriedad debe matizarse en el sentido de que la ganancia o pérdida de las partes depende de la suerte o azar, ya que la mayor o menor duración de la vida-módulo determinará correlativamente una mayor ganancia o pérdida. Esto es un riesgo aceptado por el ánimo de liberalidad, pero al fin y al cabo un riesgo”.

genera un riesgo recíproco⁸²⁵. Es indudable que en estos supuestos la ganancia del deudor de la renta será superior cuanto menor sea la renta y la duración de la vida contemplada, y recíprocamente mayor la pérdida para el acreedor, por lo que sigue existiendo reciprocidad en el *alea*.

Para considerar constituido un contrato de renta vitalicia oneroso el deudor de la renta debe ejecutar una prestación que pueda ser superior a la realizada por el acreedor de la renta⁸²⁶. Cuando esto no es así, y la prestación del deudor sea siempre inferior a la del acreedor, no cabe hablar de contrato oneroso de renta vitalicia. Sin embargo, parece excesivo afirmar la nulidad del contrato o su carencia de *alea*. En estos supuestos, si se mantiene la incertidumbre respecto a la duración de la vida contemplada, los resultados finales del contrato siguen siendo inciertos, y tal incertidumbre deriva del riesgo que hemos considerado típico del contrato aleatorio. Por ello, aunque se sepa que una de las partes va a salir económicamente perjudicada, puede hablarse de contrato aleatorio⁸²⁷.

La pretendida nulidad del contrato de renta vitalicia cuando la renta es inferior al capital entregado no puede basarse en un defecto de *alea*, porque la ausencia de *alea* supone la previsibilidad, en el momento de la conclusión del contrato, de la cuantía del sacrificio patrimonial de uno u ambos contratantes. Si las partes no conocen, en aquel momento, la relación de valor entre las recíprocas prestaciones éste será aleatorio, siendo conmutativo en caso

⁸²⁵ En este sentido, incluso aquellos autores que mantienen la inexistencia del *alea* en los contratos aleatorios gratuitos reconocen que la incertidumbre sobre los resultados finales de las partes se mantiene. Así, MICCIO, RENATO, “Dei singoli contratti e della oltre fonti delle obbligazioni”, *Comentario del Codice Civile*, T. IV, UTET, Torino, 1.959, pág. 242, considera que, razonando desde el punto de vista económico y no jurídico, incluso cuando la renta es inferior o igual a los productos del bien cedido el resultado es incierto para ambas partes contratantes. La incertidumbre permanece siempre porque, aunque el acreedor de la renta no percibe una ventaja mayor de la que habría tenido manteniendo el bien cedido, es indudable que la duración de la vida contemplada determina la ventaja del acreedor de la renta, que será nula cuando la renta sea igual a los productos del bien cedido.

⁸²⁶ Tal y como afirma DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 136.

⁸²⁷ En este mismo sentido, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 184 y 185, considera que en estos supuestos no puede dudarse que el deudor de la renta, aunque no se haya hecho cargo del sacrificio patrimonial, se encuentra en una situación de incerteza respecto a la ventaja que puede conseguir. La negación del carácter aleatorio a estos contratos radica en que la incertidumbre afecta sólo a la cuantía de la ventaja o el sacrificio de una parte ya individualizada. De esta manera se introduce una injustificada limitación a la operatividad del *alea* en el sistema de contratos, pues la atribución de la determinación de la cuantía física de una prestación a un evento incierto se presta a calificar como aleatorio un contrato sólo si éste genera un sacrificio patrimonial a cargo de ambas partes. Bien visto, se excluye que el contrato gratuito pueda ser aleatorio por la imposibilidad de encontrar en tal categoría el elemento especulativo, pero el *alea* no puede identificarse con la especulación, pudiendo afirmarse que la especulación se realiza mejor en los contratos conmutativos.

contrario⁸²⁸. La razón de tal nulidad, de proclamarse, se encontraría en el hecho de que el contrato dé lugar a un desequilibrio de valor entre las prestaciones, y no en una pretendida toma de conciencia por parte de los contratantes de las recíprocas ventajas y sacrificios que obtendrán del contrato⁸²⁹. Sin embargo, reconociéndose la posibilidad de constituir un contrato aleatorio gratuito en nuestro artículo 1.807 CC, no se ve la necesidad de declarar la nulidad de tales contratos, ni de asimilarlos a la donación, como en su momento oportuno se argumentará.

Por otra parte, el criterio mantenido por la doctrina no siempre es exacto, como ya lo vieron los redactores del Código Civil francés e italiano y como lo aceptó nuestro legislador, pues ningún precepto contiene el Código al respecto. En este sentido, algún autor mantiene que la libertad en la fijación de la renta armoniza mejor con el carácter aleatorio del contrato, recordando que las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto impiden fijar criterios generales para determinar la cuantía de la pensión y conservar el *alea* en el contrato⁸³⁰. Además, no siempre que la renta sea igual o inferior a los

⁸²⁸ Sigue argumentando BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 170 aunque con fines diversos a los nuestros.

⁸²⁹ Tal y como afirma BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 169

⁸³⁰ Para GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 420, la cuestión no tiene sentido en la actualidad, pues las partes son libres de establecer la renta en los términos y cuantía que estimen conveniente, dada la inexistencia en el Código Civil de disposición que permita la conclusión contraria. Esta opinión viene confirmada por la STS 11 de julio de 1934, que califica de renta vitalicia un contrato en el que se cede un capital a cambio de una renta vitalicia que excede los intereses del mismo, pero que posteriormente se reduce a una cuantía inferior a su producto normal. La razón no puede ser más clarificadora: tal reducción no desnaturaliza el carácter aleatorio del contrato. En opinión de la Sentencia, “... aparte de que es una cuestión muy debatida la de si la pensión o rédito ha de ser inferior o superior a los productos del capital, es lo cierto que en nuestro Código Civil no se contienen disposiciones para la fijación de la renta, y antes, por el contrario, impera la libertad de los contratantes, que sólo declara nula la renta en el caso del art. 1.804, y a mayor abundamiento, el adquirente del capital también sufre el riesgo de la pérdida o disminución e incluso improductividad del capital;...”. En contra, sin embargo, se pronuncian las SSTs 10 de abril de 1956 y 7 de abril de 1961, para las que parece necesario que la renta se calcule dividiendo el capital cedido en cuotas, atendiendo a la vida probable del rentista, lo que realmente no viene explicitado en ningún precepto del Código. En la primera de ellas se niega la existencia de contrato de renta vitalicia porque la renta no resulta calculada mediante la división del valor de la finca en cuotas anuales en función de la vida probable del dueño del predio cedido. Para la Sentencia ese dato es lo que representa el *alea* en este tipo de negocio, y por ello niega el carácter de contrato de renta vitalicia a la relación, porque la renta constituye un determinado porcentaje sobre el valor de la finca (más otro porcentaje que la deudora de la renta debía pasar a su hermano para compensar la diferencia de valor de la finca que se le había cedido respecto a la entregada a su hermano). Para el tribunal esta forma de establecer y abonar la pensión, con finalidades diferentes, es impropia del contrato de renta vitalicia. Además, siendo lo aleatorio la vida probable del acreedor de la renta, no se explica la otra cantidad no condicionada a la duración de una vida, por lo que el negocio jurídico no se califica como contrato de renta vitalicia. Tampoco puede calificarse de donación, pues nunca llega a otorgarse en escritura pública, sabiendo las partes que era necesario para la validez del negocio. La segunda de las Sentencias niega

productos del bien cedido puede hablarse de gratuidad, pues es evidente que deben valorarse las circunstancias concretas del contrato. Es perfectamente posible que para el acreedor de la renta sea preferible una renta igual o inferior a los productos del bien cedido, por ejemplo, cuando tal bien sea un predio que hay que cultivar, si no se encuentra en condiciones de hacerlo, o cuando elija la seguridad de la renta frente a la incertidumbre y el trabajo que conlleva la inversión de un capital para que produzca⁸³¹.

No obstante, no cabe duda de que si una de las prestaciones es marcadamente inferior a la otra no existe contrato oneroso de renta vitalicia, por lo que deben valorarse el resto de circunstancias concurrentes para determinar cual fue la verdadera voluntad de los contratantes, y decidir si el contrato realizado es un auténtico contrato gratuito de renta vitalicia o si bajo un contrato simulado existe una donación no aleatoria.

Cuestión bien distinta es la constitución de una renta sobre una persona muerta o enferma que fallezca en los veinte días siguientes a la formalización del contrato. En estos supuestos, aunque no siempre, puede faltar el *alea*, lo que sí conduciría a la nulidad del contrato aleatorio por falta de su elemento esencial. Por ello estudiaremos ampliamente este supuesto en este momento.

1.5.3- El contrato de renta vitalicia celebrado sobre una persona muerta o enferma que muera en los veinte días siguientes a la celebración del contrato

El artículo 1.804 CC establece: *“Es nula la renta constituida sobre una persona muerta a la fecha del otorgamiento o que en el mismo tiempo se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha”*.

Este precepto es heredero de los artículos 1.974 y 1.975 del Código de Napoleón. El artículo 1.975 *Code* declara la nulidad del contrato de renta vitalicia constituido sobre una persona enferma que muera en los veinte días

el carácter de contrato de renta vitalicia porque la renta a abonar es insignificante en relación con la finca cedida, y no resulta calculada mediante la división de su valor en cuotas anuales en función de la vida probable del rentista, que es lo que tipifica y representa la parte aleatoria de este tipo de contratos. Por otra parte, no consta la intención de donar, por lo que no queda acreditada la existencia de otra causa verdadera y lícita que permita considerar válido el contrato como donación disimulada.

⁸³¹ En el mismo sentido se pronuncia ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios,...*, cit., pág. 173. Para la autora, que la renta sea igual o inferior a los intereses o frutos del capital no implica automáticamente la nulidad del contrato, pues un predio puede dejar de rendir en un momento dado. En su opinión, lo más adecuado es intentar alcanzar un equilibrio entre el principio de libertad de las partes y la aceptación, sin más, de un criterio de aleatoriedad excesivamente estricto.

siguientes a la estipulación del contrato, equiparándola a aquellos supuestos en los que la renta se constituye sobre una persona muerta que contiene el artículo 1.974 *Code*.

En opinión de algún autor, estos pronunciamientos son consecuencia de los límites a la rescisión por lesión del derecho francés⁸³². En el citado ordenamiento, la rescisión por lesión sólo puede utilizarse en supuestos de compraventa inmobiliaria en los que el precio sea inferior a 5/12 del valor del inmueble transmitido. Para eludir tal disposición, en la práctica, se concluían contratos de compraventa en los que en lugar de precio se establecía una renta vitalicia. De esta manera, como el derecho francés excluye la rescisión por lesión en los contratos aleatorios, porque se considera que el *alea* absorbe la lesión, se excluía la posibilidad de rescisión del contrato. Como consecuencia de esta práctica, y para evitar el fraude de ley, la jurisprudencia francesa habría elaborado el principio de la nulidad por defecto de *alea*.

El artículo 1.804 CC asimila dos situaciones que desde nuestro punto de vista no pueden equipararse. Parece evidente que el contrato de renta vitalicia constituido sobre una persona muerta es nulo porque, si como se ha dicho, la incertidumbre de la relación versa sobre la incierta duración de la vida contemplada, no existe incertidumbre en el contrato, ni uno de sus elementos esenciales. El contrato es radicalmente nulo por la falta de un elemento esencial, el *alea* o incertidumbre, y por la falta del módulo de la relación⁸³³. En este supuesto el contrato es nulo incluso aunque ambas partes conozcan la muerte de la vida contemplada, puesto que ni la buena fe de los

⁸³² PINO, AUGUSTO, “Il difetto...”, *cit.*, págs. 362 y 363. Comparte la opinión, CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 178.

⁸³³ Comparte esta opinión DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, págs. 38 y 39, n° 143 y 144, para quien en este supuesto no hay *evento* de ganancia o pérdida y como consecuencia no hay contrato, por lo que lo pagado como precio de la constitución puede repetirse como pagado *sine causa*. Si bien, para el autor es evidente que si el acreedor de la renta conocía la muerte de la vida contemplada el acto es válido como donación, cuando cumpla los requisitos necesarios para su validez, no así si aquel no sabía de tal muerte, pues considera existente un error sobre la substancia misma del contrato que conlleva su nulidad. Para MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 202, si la renta se denomina vitalicia porque su duración se mide por la vida de una determinada persona, aquella no puede comenzar cuando la persona no existe, ni cuando aquella ya ha fallecido. BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 113, considera que el contrato es nulo por defecto de causa incluso aunque ambas partes ignoren la muerte. Si el deudor de la renta conoce la muerte y se lo oculta al acreedor el contrato es nulo por existir dolo en el deudor. Y si es el acreedor el que conoce tal dato sin ponerlo en conocimiento del deudor la relación también es nula, puesto que falta el necesario acuerdo sobre la naturaleza del contrato, ya que el deudor no conoce la voluntad del acreedor de beneficiarle.

contratantes puede introducir en el contrato este elemento esencial al mismo⁸³⁴.

Distinta es la situación, sin embargo, cuando el contrato recae sobre la vida de una persona enferma que fallece en los veinte días siguientes a la celebración del contrato. En este supuesto la incertidumbre existe, la duración de la vida contemplada sigue siendo incierta, aunque se sepa con seguridad que va a ser más corta de lo habitual. Sin embargo, el legislador parece considerar inexistente la incertidumbre si la vida desaparece en los veinte días siguientes a la celebración del contrato. Algunos autores opinan que el contrato de renta vitalicia con estas características es nulo por los mismos motivos que el contrato constituido sobre la vida de una persona muerta, es decir, por defecto de causa, entendiéndose por tal el *alea*⁸³⁵. Para otros, sin embargo, la primera de las previsiones del artículo 1.804 CC encuentra su encuadre en un supuesto de defecto de causa, o de un elemento esencial del contrato, mientras la segunda previsión tiene su razón de ser en un supuesto de error sobre la sustancia de la cosa⁸³⁶.

⁸³⁴ En tal sentido, también, TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, nº 260, pág. 365, para quien la ignorancia de las partes respecto a la muerte de la vida contemplada solo excusa la intención de las partes, dada la buena fe, pero no otorgará al contrato el elemento esencial necesario para su existencia. PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 392 y 393, comparte esta opinión, pero diferencia el supuesto de que el acreedor de la renta conozca la muerte de la vida contemplada, en cuyo caso considera que el contrato no produce efectos como contrato de renta vitalicia, pero que valdrá como donación, pues se supone que su voluntad era hacer una liberalidad. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 31 y 32, para quien, a lo sumo, podría examinarse si el contrato se dirige a disimular una donación, en cuyo caso serían aplicables las normas de la simulación relativa. Para, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 113, es claro que en este caso el contrato vale como donación encubierta.

⁸³⁵ DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, págs. 39 y 40, nº 146, entiende que el contrato es nulo porque el riesgo de pagar la renta por un tiempo más o menos largo es nulo o casi nulo. Por ello, siendo el contrato aleatorio, la suma pagada por el acreedor de la renta lo es sin causa y está sujeta a repetición. BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 114. COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 631 y 632, consideran que en ambos casos el contrato es nulo por carecer de causa, por no existir probabilidad de ganancia o pérdida para ambas partes contratantes. Para PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 528 y 529, tras exponer la teoría de quienes consideran que el contrato es nulo por faltar el objeto, manifiestan preferir la explicación de que el contrato es nulo por faltar el *alea* y, por tanto, su causa. Para KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre...*”, *cit.*, pág. 23, el verdadero fundamento de la nulidad del contrato constituido sobre una persona enferma que fallece en los veinte días siguientes a la formalización del contrato es el defecto de *alea* derivado de la inminente muerte del acreedor de la renta (en realidad de la vida contemplada), es decir, la ausencia de causa.

⁸³⁶ Así POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 124, nº 224 y 225, considera que la renta constituida sobre una persona muerta es una *condictione sine causa*, mientras la renta constituida sobre una persona enferma que fallece poco tiempo después,

Se ha mantenido que existe error sobre la sustancia de la cosa cuando existe error o dolo en la valoración del *alea*, es decir, si alguna de las partes, o ambas, desconocían la enfermedad. Sin embargo, como ya se defendió, el *alea* no constituye el objeto del contrato, por lo que difícilmente podremos hablar de error en la sustancia del objeto cuando aquel radica en las circunstancias del *alea*⁸³⁷. En estos casos cabe hablar de error en el consentimiento, pues las previsiones de las partes pueden no ser las correctas, ya que no conocían un dato fundamental para la valoración del elemento esencial del contrato: la concreta situación de salud de la vida contemplada⁸³⁸.

Las conclusiones que obtenemos de tal argumentación son fundamentalmente dos. En primer lugar, si estamos hablando de vicio en el consentimiento nos encontramos en el ámbito de la anulabilidad, no de la nulidad, por lo que la previsión del artículo 1.804 CC no puede fundamentarse en tal error salvo que, como en otras tantas ocasiones, el legislador confunda nulidad y anulabilidad. Por otra parte, si el fundamento de la segunda de las previsiones se encuentra en un error en la valoración del *alea*, no sería aplicable a aquellos supuestos en los que ambas partes conocen la existencia de la enfermedad y aún así contratan, pues en estos casos el *alea* no puede excluirse *a priori*, sino que deberá probarse que efectivamente no existía incertidumbre en cuanto a la duración de la vida módulo⁸³⁹.

siendo ignorada tal enfermedad por las partes, es nula por otra razón: un error sobre la cualidad substancial de la cosa. En su opinión, en estos casos el acreedor pacta la renta atendiendo a la duración de la vida de una persona sana, con la consiguiente probabilidad de conseguir la renta durante un tiempo más o menos largo, y se encuentra con que ha pactado la renta, por error, sobre la vida de un moribundo. LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 256 y 257, considera que en estos supuestos no se puede decir que no exista causa, pues la vida contemplada existe. Para el autor existe un error sobre la cualidad de la renta, que es sustancial, por lo que el contrato es nulo en el sentido de que es anulable. CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 177, también opina que el contrato de renta vitalicia constituido sobre una persona muerta es nulo por falta de causa, mientras en el constituido sobre una persona enferma que muera en los veinte días siguientes existe un error sobre la sustancia de la cosa.

⁸³⁷ Comparte esta opinión TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 87 y 88.

⁸³⁸ En el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 95, considera que el juicio de probabilidad de que el evento se produzca afecta a la esfera personal de los contratantes, perteneciendo a la esfera personal de los motivos y, por tanto, a los supuestos de anulación del contrato. También TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 88 y 89, entiende que el error en la valoración del *alea* se inserta en un error sobre los motivos. Precisamente por ello, el autor afirma que tal error sólo tiene relevancia cuando es fruto del dolo, porque el error sobre los motivos sólo adquiere relevancia cuando lo provoca el dolo.

⁸³⁹ En este mismo sentido se pronuncian COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág.632, pues, en su opinión, si el artículo 1.975 *Code* contiene una presunción de error la nulidad debe ser descartada cuando el acreedor de la renta conozca la enfermedad de la vida contemplada, pues el acto valdría, al menos, como donación disfrazada. Si se considera que el contrato es nulo por falta de causa, siguen argumentando

Sin embargo, el precepto parece tener carácter imperativo, y no precisa si tal situación debe ser conocida por los contratantes, con lo que la sanción se extendería, incluso, a aquellos supuestos en los que ambas partes conocen la existencia de la enfermedad, porque donde la Ley no distingue no se debe distinguir. Siendo esto así, cabría afirmar que la sanción de nulidad no deriva de un error sobre las circunstancias del *alea*, sino más bien de una prohibición legal cuya finalidad es evitar operaciones dolosas, como mayoritariamente opina la doctrina⁸⁴⁰. No obstante, desde nuestro punto de vista y de *lege ferenda*, sería preferible configurar la segunda parte del precepto como un supuesto de anulabilidad, sometiéndolo a la teoría de los vicios del consentimiento⁸⁴¹.

La duda surge en relación con la posibilidad de pactar en contra de tal previsión, excluyéndola. Para la mayor parte de nuestra doctrina tal eventualidad está excluida, pues considera que el precepto tiene carácter imperativo⁸⁴². Sin embargo, cabría plantearse que no lo fuera, pues si las

los autores, la nulidad no puede dejar de pronunciarse, pues el conocimiento de la enfermedad por parte del contratante no hace que el contrato tenga objeto y causa.

⁸⁴⁰ En tal sentido se pronuncian, DE BUEN, DEMÓFILO y LORCA, ORTEGA, en COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 663 y 664, Los anotadores entienden que la nulidad contenida en el artículo 1.804 CC es una nulidad absoluta porque, en realidad, lo que hace el precepto es prohibir la renta vitalicia constituida en cualquiera de las formas aludidas en el mismo. Para PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 528, la Ley no distingue si las partes conocen o no el estado de salud o la muerte de la vida contemplada. De hecho, en la nota 1 señalan que la jurisprudencia considera que existe nulidad cuando el vendedor del inmueble, contra la renta vitalicia a favor de tercero, conoce el estado desesperado de éste, en cuyo caso el artículo 1.975 debe considerarse de orden público. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 151, nota 49. QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991, págs. 1.763 y 1.764, afirma que la norma tiene carácter imperativo, sin que pueda pactarse nada contrario a la misma, pues la renta establecida contrariando su contenido es nula de pleno derecho. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 77, mantiene que la prohibición del artículo se funda en una razón de moralidad, que está sobre la voluntad de los contratantes.

⁸⁴¹ En el mismo sentido se pronuncia NIETO ALONSO, ANTONIA, *Donación onerosa y vitalicio, perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Trivium, Madrid, 1.998, pág. 178, para quien “...no estaría mal contemplar el segundo supuesto, no el relativo a la muerte, sino a la enfermedad como un caso de anulabilidad por error, artículo 1.265 CC, como de *lege ferenda*, y, de este modo, reducir supuestos de nulidad de negocios en nuestra Ley sustantiva civil”.

⁸⁴² GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...” *cit.*, pág 475, mantiene que aunque las partes acuerden dar validez a la renta, concurriendo cualquiera de las circunstancias previstas en el precepto la nulidad se impone de manera radical. En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 77, para quien la estipulación en la que se hiciese constar la voluntad de las partes favorable a la subsistencia del contrato en tales circunstancias sería nula como contraria a la ley, pues su libertad debe entenderse siempre dentro de los límites de la Ley, la moral y el orden público. Comparte esta opinión, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág 111.

partes tienen perfecto conocimiento de la enfermedad y aún así deciden contratar, en ejercicio de su libertad contractual, no parece que existan motivos suficientes para negarles tal posibilidad. El contrato de renta vitalicia constituido sobre una vida enferma puede ser contrato aleatorio, aunque exista la duda sobre su carácter oneroso o gratuito. Conviene, por tanto, estudiar en profundidad los presupuestos de aplicación del precepto y la conveniencia de mantener tal interpretación.

A) Presupuestos de aplicación

El presupuesto de aplicación de la primera de las previsiones del artículo 1.804 CC no plantea problemas, sólo requiere que la vida módulo de la relación no exista. No puede equipararse a tal situación la declaración de ausencia de la vida contemplada, pues ésta no produce los mismos efectos que la muerte o declaración de fallecimiento. Cuando se produce la declaración de ausencia el contrato nace validamente y permanece en vigor, pero el pago de las pensiones queda suspendido hasta que se averigüe el paradero y existencia de la persona en cuestión⁸⁴³. Si posteriormente deviene la declaración de fallecimiento, debe atenderse a la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, pues si ésta es anterior a la celebración del contrato será nulo, conforme a lo establecido en el artículo 1.804 CC⁸⁴⁴. Si la fecha del fallecimiento es posterior, sin embargo, se entenderá que aquel ha tenido validez hasta ese momento, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 CC, que presume la vida del ausente hasta la fecha del fallecimiento, salvo prueba en contrario⁸⁴⁵.

Respecto a este primer supuesto debe precisarse, además, que queda incluida en la previsión aquella relación en la que la vida módulo tomada en consideración sea imaginaria, inexistente o respecto a la cual haya incertidumbre acerca de su existencia o identidad⁸⁴⁶.

⁸⁴³ Así lo afirman BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág 197, quien considera que tal declaración exonera al deudor del pago de la renta, al menos temporalmente, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág 484. No puede ser de otra manera porque, como el autor citado en segundo lugar argumenta, el acreedor de la renta no puede justificar la existencia de la vida contemplada conforme prevé el artículo 1.808 CC.

⁸⁴⁴ Lógicamente la previsión del artículo 1.804 CC es también aplicable a aquellos supuestos en los que la declaración de fallecimiento se produce con anterioridad a la celebración del contrato, pues este supuesto es equiparable al específicamente previsto por el precepto.

⁸⁴⁵ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 484 y 485.

⁸⁴⁶ En este sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág 108, subrayando el hecho de que tal precisión sólo se encuentra en la doctrina extranjera. Efectivamente, podemos encontrar referencias a este supuesto en la doctrina italiana. Así, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág.32, para quien la renta constituida sobre persona imaginaria, no identificable, o cuya existencia se ignore, es

Cuando el contrato se establece atendiendo a varias vidas módulo y una de ellas ha desaparecido antes de la formalización del contrato, la cuestión resulta más compleja. Quienes defienden la validez del contrato argumentan que goza de todas sus notas esenciales, tanto las generales de todos los contratos (consentimiento objeto y causa) como las propias del contrato que nos ocupa (aleatoriedad, incertidumbre del resultado final...), y que la regla general es conceder eficacia a los contratos antes de declararlos nulos⁸⁴⁷. Es cierto que el contrato sigue siendo aleatorio, pues indudablemente sigue existiendo incertidumbre sobre la duración del contrato y sobre sus resultados finales, pero no es menos cierto que tal incertidumbre no es la inicialmente prevista por las partes y que, por tanto, el consentimiento está, de alguna manera, viciado. De hecho es posible, incluso probable, que las partes no hubiesen contratado en los mismos términos de haber conocido las verdaderas circunstancias que afectan al contrato. Quienes niegan la validez del contrato adoptan posiciones semejantes a las expuestas, pues defienden la inexistencia de verdadero consentimiento y de la causa del contrato, ya que el cedente del capital constituye el contrato una vez realizados sus cálculos sobre la duración de las vidas contempladas⁸⁴⁸.

Desde nuestro punto de vista este supuesto debe reconducirse a la teoría de los vicios del consentimiento y, por tanto, a la anulabilidad del contrato, de manera que la parte afectada por tal vicio podría solicitar su nulidad.

Mayores precisiones requiere el segundo supuesto previsto por el precepto: la nulidad del contrato de renta vitalicia constituido sobre una persona que, a la fecha del otorgamiento, se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a aquella fecha. Tradicionalmente se exigen tres requisitos para que pueda decretarse la nulidad de la renta por esta causa⁸⁴⁹:

asimilable a la renta constituida sobre persona muerta. En el mismo sentido MIRABELLI, GIUSEPPE, "Delle rendite...", *cit.*, pág. 202.

⁸⁴⁷ Expone tales opiniones SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, págs. 214 y 215.

⁸⁴⁸ En este sentido LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 254 y 255, expone que en estos supuestos la renta es nula por existir un error sobre la causa. Para el autor, aunque existe incertidumbre suficiente para que haya contrato aleatorio no es la incertidumbre que las partes han previsto. Por ello afirma que existe causa abstracta, pero no la causa prevista por los contratantes. En el mismo sentido se pronuncia SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 215. Para COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 633, debe mantenerse la validez del contrato si la renta es reversible en su totalidad en la cabeza del superviviente, pues subsiste suficientemente el carácter aleatorio del contrato, pero la solución será la contraria, debiéndose declarar la nulidad, si la parte de la renta correspondiente al difunto no acrece a los supervivientes.

⁸⁴⁹ Así lo exigen en nuestra doctrina, entre otros, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 76, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, págs.

1º.- La enfermedad de la vida módulo de la relación. Como afirma MANRESA, la palabra enfermedad debe tomarse en relación con el ánimo del legislador, que pretende declarar la nulidad de aquellos contratos que están de antemano prejuzgados y fuera de la acción de la suerte⁸⁵⁰. Por ello, no deben considerarse incluidas en el concepto de enfermedad aquellas patologías que no tengan un pronóstico rápidamente mortal. En este sentido, se afirma la necesidad de que se trate de una alteración de la salud que, según el orden natural de las cosas, pueda dar lugar a la muerte, excluyéndose aquellas que la generan como consecuencia de una complicación inesperada o un cambio no previsible⁸⁵¹. Existen opiniones contrarias a tal interpretación, para las cuales la palabra enfermedad debe entenderse en su sentido técnico de forma patológica clínicamente definida, independientemente de que la muerte se espere en un breve período de tiempo.⁸⁵²

Desde nuestro punto de vista resulta preferible la primera opinión, por distintos motivos. En primer lugar, sea cual fuere la finalidad del precepto, evitar operaciones dolosas y contrarias a la moral o prohibir contratos en los que realmente no exista el *alea*, ésta se consigue prohibiendo relaciones jurídicas en las que la vida módulo esté cercana a la muerte, sin que tenga sentido limitar la libertad contractual cuando realmente existe incertidumbre en cuanto a la duración de la vida contemplada⁸⁵³. Por otra parte, no cabe duda de que el artículo 1.804 CC tiene un carácter prohibitivo, limitativo de la

485 y ss., CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 54, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 3066.

⁸⁵⁰ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 76. En el mismo sentido se pronuncia BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 115, para quien el precepto obedece a la voluntad del legislador de anular aquellos contratos en los que, por el estado de la vida contemplada, se puede prever la eventualidad de la muerte y el *alea* queda excluida.

⁸⁵¹ Así lo mantiene CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 54.

⁸⁵² Tal es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 109 o de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 485 y 486, quien comparte la opinión de aquel.

⁸⁵³ En este sentido la SAP Tarragona, Secc. 1ª, de 30 de noviembre de 1999, declara la aplicabilidad del artículo 1.804 CC a un contrato de vitalicio (antes de su regulación por el Código Civil como contrato de alimentos) en el que la cedente de los bienes, sobre cuya vida se constituye el contrato, fallece quince días después de la formalización del contrato. El fallecimiento se produce dentro del plazo establecido en el precepto y la enfermedad de la que fallece era preexistente, pues había tenido una embolia tres meses y diez días antes de la formalización del contrato, por lo que no cabe duda de que se cumplen los requisitos del artículo 1.804 CC. Sin embargo, la Sentencia argumenta su decisión de declararlo nulo. Para ello señala la avanzada edad de la cedente, de 85 años, describe la gravedad de la enfermedad y fundamenta su decisión en un informe médico que refleja que la dolencia de la vida contemplada se encontraba en situación o fase terminal. Estas argumentaciones indudablemente indican que la Sala considera importante probar que la vida contemplada estaba cercana a la muerte, que no existía *alea*, pues de lo contrario habría bastado con señalar la existencia de la enfermedad antes del contrato y el fallecimiento dentro de los veinte días siguientes a su formalización.

libertad contractual de las partes contratantes, por lo que su interpretación debe realizarse siempre restrictivamente.

Con carácter general se excluyen del concepto enfermedad el parto y la avanzada edad de la vida contemplada, siempre que no existan otros signos que hagan prever su fallecimiento inmediato. La existencia de tales circunstancias no es suficiente para rellenar el supuesto de hecho del artículo 1.804 CC, y no provoca la nulidad del contrato aunque se produzca el fallecimiento de la vida contemplada en los veinte días siguientes a la conclusión del contrato. Las razones argumentadas son varias: que la edad y el embarazo no son enfermedades, y que tales circunstancias, por si solas, no permiten prever el fallecimiento en los veinte días siguientes a la formalización del contrato⁸⁵⁴. Consideramos que los dos argumentos son correctos, porque ni son enfermedades ni excluyen el *alea* del contrato.

Mayores dudas suscita la inclusión de las enfermedades mentales. Desde nuestro punto de vista, puesto que el precepto no distingue, estarán comprendidas si como consecuencia de las mismas puede preverse el fallecimiento inmediato de la vida módulo, siempre que se produzca dentro de los veinte días siguientes a la formalización de contrato. Dentro de este supuesto se incardina el suicidio, cuando sea consecuencia de la enfermedad mental y se produzca en el plazo de tiempo establecido legalmente⁸⁵⁵.

Cabe plantearse si el artículo 1.804 CC opera cuando la enfermedad, a pesar de existir en el momento de la celebración del contrato, no se manifiesta hasta un momento posterior. La dicción literal del precepto induce a pensar que basta con que exista, aunque no se haya manifestado. Así, son numerosos los autores en cuya opinión es indiferente el conocimiento de la gravedad o la propia existencia de la enfermedad, para los que lo único relevante es que concurra en el momento de constituirse el contrato, excluyéndose la producida después⁸⁵⁶. No obstante, entendemos que si se

⁸⁵⁴ En este sentido se pronuncian PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 396, nº 711, y BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 115, para quienes tal exclusión no deriva de no ser enfermedades, sino del hecho de que la avanzada edad por si sola no permite predecir la muerte en los veinte días siguientes, y el embarazo no produce la muerte si no es por una complicación posterior. También comparten esta postura PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 529 y 530.

⁸⁵⁵ Comparten esta opinión BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 116 y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 486, entre otros autores. En contra se pronuncian PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 396, nº 711 y PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 529, para quienes el precepto no debe aplicarse cuando la muerte sea por suicidio, ni siquiera cuando sea consecuencia de una afección mental o monomanía anterior.

⁸⁵⁶ Tal es el caso de CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 54. En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 486 y 487, entiende que lo relevante a los fines de la norma es la existencia de la enfermedad antes de

tiene en cuenta el carácter restrictivo de la disposición, y su finalidad, la interpretación más acorde con el mismo es aquella que exige la manifestación de la enfermedad en aquel momento, de manera que las partes sepan de la existencia de la enfermedad y del cercano fin de la vida contemplada, contratando sin *alea* o con un *alea* muy debilitada⁸⁵⁷.

Sin embargo, para muchos los autores es irrelevante que las partes tengan o no conocimiento de la enfermedad, salvo que de los términos y circunstancias del contrato resulte la intención de disimular una liberalidad, sin que ello deba presumirse⁸⁵⁸.

2º.- La relación de causalidad entre el fallecimiento de la vida módulo y la enfermedad. La muerte de la vida contemplada debe ser consecuencia de la enfermedad padecida⁸⁵⁹. Tal exigencia excluye la aplicación del precepto en aquellos supuestos en los que la muerte, aún existiendo la enfermedad, se produce como resultado de un accidente extraño a la misma. Así, por ejemplo, cuando sea consecuencia de un suicidio, si no deriva de la enfermedad mental, o el fallecimiento por una operación quirúrgica que no tuviera por finalidad sanar al enfermo, sino aliviarle⁸⁶⁰.

Como resulta fácil de entender, en muchas ocasiones la determinación de la relación de causalidad se complica. En este sentido, y siguiendo a GUILARTE ZAPATERO, cabe afirmar que la dificultad es clara cuando existe una enfermedad en el momento de la celebración del contrato que posteriormente se complica, generando la muerte de la vida contemplada⁸⁶¹. Cuando tales complicaciones ya existan antes de la celebración del contrato no hay problema, pues la sanción del artículo 1.804 CC opera. La dificultad aparece cuando las complicaciones sobrevienen tras su celebración. En estos

la conclusión del contrato, y no su manifestación o el diagnóstico de la misma. En su opinión, esta interpretación es la más acorde con el espíritu y finalidad de la norma. Reitera tal opinión el autor en, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991, págs. 1.764.

⁸⁵⁷ Comparte esta opinión BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 114 y 115. Para los autores, si la enfermedad se manifiesta después de la conclusión el contrato es válido, aunque la muerte se produzca en los veinte días siguientes.

⁸⁵⁸ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 118 y 119, comparte la opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 488.

⁸⁵⁹ La relación de causalidad es exigida con carácter general por toda la doctrina, española y extranjera. Por todos, PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 396, nº 712, quien afirma que si la vida contemplada fallece dentro del plazo fijado por cualquier otra causa, sea la que sea, el precepto no es aplicable.

⁸⁶⁰ Como lo afirman BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 115 y 116 y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 487.

⁸⁶¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 487.

casos, como afirma el autor citado, no cabe duda de que las complicaciones por sí solas no producirían el resultado muerte, pero lo cierto es que éstas son consecuencia de la misma, y sin ella no se habría producido el fatídico resultado.

Lo mismo puede argumentarse cuando la muerte tiene lugar como consecuencia de una intervención quirúrgica. Cuando la operación sea anterior a la celebración del contrato y dé lugar a una situación patológica que ponga fin a la vida contemplada, no cabe duda de que el artículo 1804 CC es de aplicación. Por el contrario, la nulidad no tiene lugar cuando la intervención es posterior al contrato. Sin embargo, cuando sea una consecuencia de la enfermedad anterior, por ejemplo por ser aconsejada como remedio de la enfermedad, y no pueda determinarse con exactitud si la muerte es consecuencia sólo de la operación o también de la enfermedad, la situación es más dudosa⁸⁶². Compartimos la opinión de GUILARTE ZAPATERO, en el sentido de que en estos supuestos “*será el conjunto de circunstancias presentes en cada caso las que permitan concluir si existe o no la relación de causalidad necesaria entre enfermedad y muerte*”. Por ello, como sigue argumentando el autor, puede ponerse en duda la utilidad del criterio, considerándose “*...más acorde con la esencia y la finalidad del contrato, otro que, sobre la base del error en el consentimiento, permitiera la impugnación en ciertos casos, unido a una mayor discrecionalidad de la autoridad judicial*”⁸⁶³. Lo que nos parece argumentable no sólo respecto del requisito de la causalidad, sino, en general, respecto a toda la segunda previsión del artículo 1.804 CC, como se verá.

3º.- El fallecimiento dentro de los veinte días siguientes a la formalización del contrato. Para que quepa la nulidad del contrato, además, el precepto exige que la muerte se produzca dentro de los veinte días siguientes a su perfección. Puesto que estamos ante un plazo civil resulta aplicable el artículo 5.1 CC, por lo que no entra en el cómputo el día de la formalización del contrato pero sí el último, de manera que si el fallecimiento se produce el día veinte el contrato es nulo⁸⁶⁴. Lógicamente cuentan los días

⁸⁶² BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 116, consideran que el precepto se excluye cuando la operación tiene la finalidad de aliviar la enfermedad y no de salvar al enfermo. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 487, también considera dudosa la aplicabilidad del precepto cuando la enfermedad sea grave, pero no tanto como para esperar la muerte de la vida contemplada, si ésta se precipita como consecuencia de la intervención. En nuestra opinión, en este supuesto resulta clara la inoperatividad del precepto, dada la finalidad y el carácter restrictivo de la libertad contractual de la norma.

⁸⁶³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 487 y 488.

⁸⁶⁴ En este mismo sentido se pronuncia BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 114, para quien el día de la celebración del contrato se excluye del cómputo en virtud de la regla “*Dies a quo non computatur in termino*”. En la actualidad no existe conflicto al respecto y mantienen tal opinión, por ejemplo, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 54. y LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 313.

inhábiles, no sólo por tratarse de un plazo civil, sino por la propia finalidad de la disposición, a la que sólo interesa el transcurso del tiempo y no el carácter hábil o inhábil de los días⁸⁶⁵.

Dado el criterio legal, la extinción de la vida contemplada poco tiempo después de los veinte días establecidos en el precepto no genera la nulidad del contrato, lo que puede parecer injusto. Sin embargo, tal solución es la consecuencia lógica de establecer un plazo de tiempo en el artículo 1.804 CC⁸⁶⁶. Para GUILARTE ZAPATERO, aunque en ocasiones pueda resultar insatisfactorio, cuando la muerte sobrevenga transcurridos los veinte días establecidos en la disposición el contrato es válido, sin que quepa alegar error en el consentimiento⁸⁶⁷.

Tal solución nos parece excesiva, pues cabe alegar tal error cuando una de las partes tenga conocimiento cierto sobre la enfermedad y se lo oculte a la contraparte, o cuando la información sobre la enfermedad o el

⁸⁶⁵ Para CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 54, el fundamento del hecho de no descontar los días inhábiles es que el plazo es civil, sin embargo, deviene de la propia lógica que la finalidad del precepto excluye la posibilidad de descontar tales días.

⁸⁶⁶ PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 396 y 397, n° 713, expone la posibilidad de afirmar que el legislador establece un plazo corto, pues existen determinadas enfermedades crónicas donde la vida se prolonga más de veinte días pero el fin es necesariamente fatal. En su opinión, este no es motivo suficiente para considerar nulo todo contrato constituido sobre una persona enferma que finalmente fallezca, pues esto implicaría la incertidumbre y arbitrariedad de la antigua jurisprudencia y resucitaría las antiguas controversias a las que los redactores de *Code* quisieron poner fin. En el mismo sentido, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 216, considera que el plazo de veinte días es una regla que pone fin a la antigua indeterminación sobre este extremo, que en otros tiempos se dejaba al prudente arbitrio de nuestros Tribunales.

⁸⁶⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 488. En el mismo sentido se pronuncian BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 116. Para estos autores, transcurridos los veinte días no puede admitirse prueba de que el deudor de la renta conocía la inminencia de la muerte del acreedor. En contra se pronuncia DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 149 y 150, para quien son reconducibles a los vicios de la voluntad, al error cuando no al dolo y a la anulabilidad contractual, aquellas cuestiones relativas a la equivocación sobre las circunstancias que influyen en la resolución de la incertidumbre. En su opinión, se trata de una falta de conocimiento o de un conocimiento erróneo de circunstancias que, siendo detectables objetivamente y pudiendo intervenir decisivamente al despejarse la incertidumbre, no son conocidas de manera adecuada y completa. Tal equivocación impide al sujeto medir con exactitud las posibilidades de cada resultado final en la conformación del equilibrio contractual, pues vician su apreciación sobre la realidad, por lo que son aplicables a estos supuestos las reglas propias de la teoría de los vicios de la voluntad. Sin que quepa duda de la corrección de tal argumentación cuando del dolo se trata, no nos parece tan clara en lo relativo al error, pues consideramos que no cabe solicitar la nulidad por error cuando la enfermedad se manifiesta con posterioridad a la celebración del contrato, supuesto que cae fuera de la interpretación dada al artículo 1.804 CC. La razón de ser de tal exclusión radica en que la manifestación de la enfermedad tras la perfección del contrato entra dentro del ámbito de actuación del *alea*.

estado de salud de la vida contemplada dada a uno de los contratantes sea errónea. En el contrato de renta vitalicia, como en cualquier otro contrato aleatorio, el *alea* debe afectar a ambas partes. Es decir, el evento incierto del que depende la situación de incertidumbre debe serlo para ambos contratantes, como se vio al hablar de las características del mismo⁸⁶⁸. Por ello, la ocultación maliciosa de la existencia de enfermedad por quien tiene conocimiento cierto de la misma puede alegarse como vicio de la voluntad, permitiendo a la contraparte la anulación del contrato. Como ya se mantuvo al hablar del evento incierto para las partes, pero objetivamente cierto (el ya acontecido), consideramos perfectamente aplicables a estos supuestos las reglas propias de la teoría de los vicios de la voluntad, siempre y cuando, como manifiesta DIAZ GOMEZ, hayan faltado los oportunos deberes de información y la equivocación de la contraparte haya sido decisiva para la celebración del contrato⁸⁶⁹.

De hecho consideramos que cabe una segunda solución. Si el deudor de la pensión conoce que la vida módulo está afectada por una enfermedad mortal a breve plazo, aún cuando la muerte se produzca transcurridos los veinte días establecidos en el precepto, puede declararse la nulidad del contrato por carencia de *alea* subjetiva⁸⁷⁰. En nuestra opinión, siempre que en el momento de la conclusión del contrato existan razones serias para pensar que la muerte de la vida contemplada es inminente, el *alea* desaparece y puede declararse su nulidad. En estos casos no existe nulidad automática, porque no es aplicable el artículo 1.804 CC, pero si se prueba que el deudor de la renta conocía la existencia de la enfermedad, y el breve plazo de tiempo que le

⁸⁶⁸ Para BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, pág 40, como se vio, es una exigencia de moral contractual, de la buena fe.

⁸⁶⁹ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 149.

⁸⁷⁰ En sentido contrario, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 528, consideran que si la muerte se produce transcurridos los veinte días no hay nulidad, aún cuando el deudor de la renta conozca la inminencia de la muerte del acreedor. Tal solución nos parece a todas luces incorrecta, pues en este caso es indudable la inexistencia de incertidumbre. Esta opinión deriva del estado de la Jurisprudencia francesa hasta los años sesenta, que negaba la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad cuando la muerte se producía transcurrido el término establecido. Sin embargo, en los años sesenta la Jurisprudencia francesa da un giro, admitiendo la nulidad por defecto de *alea*, incluso transcurridos los veinte días, cuando los contratantes conocían la enfermedad o tenía razones para suponer la muerte próxima de la vida contemplada. Se produce una clara ruptura con la situación anterior, sometiendo la validez del contrato, una vez transcurrido el término de veinte días, a la existencia de *alea* subjetiva para los contratantes. Tal es la opinión de KLEIN, GÉRARD, “Aléa et équilibre...”, *cit.*, pág. 36, compartida en nuestra doctrina por SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 216, para quien en tal supuesto puede sobrevenir la nulidad, acreditándolo cumplidamente, por falsedad en la causa.

quedaba a la vida contemplada, el contrato es nulo por falta de *alea* subjetiva⁸⁷¹.

Precisamente porque la verificación de los presupuestos de la segunda parte del artículo 1.804 CC no siempre implica carencia de *alea*, y viceversa, porque puede no existir *alea* sin que se den los presupuestos del precepto, consideramos preferible dejar al arbitrio judicial la verificación de las circunstancias de la relación jurídica, para que sea el Juzgador quien finalmente decida si el contrato de renta vitalicia carece de *alea* y es nulo, si simplemente han existido errores en las circunstancias de ese *alea* y es anulable, o si no existe motivo alguno para privarle de sus efectos, según las circunstancias⁸⁷². Examinemos un poco más a fondo las situaciones más

⁸⁷¹ Comparte esta opinión ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios,...*, *cit.*, pág. 160, para quien la diferencia con la nulidad derivada automáticamente del artículo 1.804 CC estriba en la carga de la prueba. En este sentido parece pronunciarse, también, la SAP de Badajoz, Secc. 3ª, de 17 de enero de 2002, seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial. La citada Sentencia, aunque referida a un contrato de vitalicio al que considera aplicables los artículos 1.802 a 1.808 CC (antes de la regulación dada por el legislador al actual contrato de alimentos en los artículos 1.791 y ss. CC), excluye la calificación del contrato como donación y niega la nulidad del contrato por falta de *alea*. Para la Sala es la dependencia del azar en cuanto al tiempo de eficacia del pacto lo que permite calificar el contrato como aleatorio, sin que pueda decirse que el fallecimiento cercano del pensionista origina un enriquecimiento injusto. Además, afirma la imposibilidad de mantener la inexistencia de *alea*, y la nulidad del contrato, porque quienes reclaman su nulidad no logran probar la enfermedad del cedente de los bienes, que los deudores de las prestaciones asistenciales conocían tal enfermedad, ni su pronóstico irreversible y fatal en escasos cinco meses. Parece, por tanto, que la Sentencia exige los tres requisitos para que pueda declararse la nulidad por falta de *alea*, incidiendo en la necesaria prueba del carácter irreversible y fatal de la enfermedad, pues considera insuficiente la aportación de la relación de ingresos en el hospital de cedente fallecido. Para la Sala la relación de ingresos no es suficiente pues “...*lo que habría que estudiar es su historial anterior y la existencia o no de un diagnóstico conocido por los demandados calificable, como pretenden los recurrentes, como fatal e irreversible*”.

⁸⁷² Por estos mismos motivos la Comisión coordinadora del Código Civil italiano de 1.865, como señala MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, págs. 208 y 209, no introduce la previsión relativa a la muerte de la vida contemplada en un cierto espacio de tiempo, porque ello podría desnaturalizar el carácter aleatorio del contrato cuando, de intervenir dolo o fraude, las reglas generales sobre vicios del consentimiento serían suficientes para anularlo. En el mismo sentido, tal y como deja constancia KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre...*”, *cit.*, pág. 37, un parlamentario francés en el año 1.970, dada la incertidumbre sobre la posibilidad de sancionar el defecto de *alea* transcurridos los veinte días del artículo 1.975 *Code*, plantea la oportunidad de modificar el precepto, incrementando el término establecido o dejándolo a la apreciación del Juez. El Ministro de Justicia se opone, al considerar que el ampliamento del término no soluciona el problema de su arbitrariedad y su supresión engendra inseguridad del tráfico jurídico en materia de renta vitalicia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal inseguridad es aún mayor con el mantenimiento del precepto, pues algunos Jueces seguirán anulando los contratos de renta vitalicia en los que las partes conocen la enfermedad, aun transcurridos los veinte días, mientras otros se aferrarán a la literalidad del precepto negando tal posibilidad. En nuestra doctrina IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 208, también adopta una postura similar. La autora señala la escasa utilidad de la norma, afirmando la conveniencia de

conflictivas y el fundamento del precepto para confirmar lo acertado de tal afirmación.

B) Fundamento del precepto. Supuestos conflictivos

Como se ha visto, la segunda previsión del artículo 1.804 CC plantea numerosos problemas. De hecho, este es el motivo por el que el Código Civil italiano, a diferencia del nuestro, decide no seguir al Código Civil francés en este punto.

Una vez analizados los presupuestos de aplicación del precepto resulta fundamental determinar con exactitud el fundamento del mismo, pues de ello dependerá la interpretación más o menos amplia del artículo y la posibilidad de considerar perfectamente válidos determinados contratos de renta vitalicia que, según la interpretación dada al artículo 1.804 CC, también podrían considerarse nulos.

La opinión más extendida afirma que la disposición contiene una auténtica prohibición legal que no admite pacto en contrario, en cuyo caso, conviene interpretar con la máxima amplitud sus términos, para evitar privar de efectividad a determinados contratos cuya nulidad no se justifica ni por razones de moralidad, ni por la salvaguarda de la aleatoriedad del contrato⁸⁷³. No obstante, conviene detenerse en precisar si tal es el verdadero fundamento del precepto.

Tras analizar los supuestos en los que uno de los contratantes tiene conocimiento de la enfermedad de la vida módulo, la primera de las situaciones que reclama nuestra atención es aquella en la que ambas partes desconocen la enfermedad. Cuando así ocurre, se defiende la nulidad del contrato porque la ignorancia de tal circunstancia no es suficiente para hacer existir lo que no existe⁸⁷⁴. Para otros autores la buena fe de las partes contratantes no puede sustraer al contrato del vicio del que está afectado: el

adoptar un criterio que, sobre la base del error en el consentimiento, permitiese impugnar el contrato en ciertos casos y otorgase mayor discrecionalidad a la autoridad judicial en la apreciación de las concretas circunstancias de la disposición, como ocurre en el ámbito del contrato de seguro.

⁸⁷³ En este sentido TROP LONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 262, pág. 426, también en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 262, pág. 366, afirma que el fundamento del precepto es establecer una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual la suerte de la renta vitalicia se encuentra fijada *a priori*. PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 395, n° 710, considera que el legislador pretende establecer la nulidad de la renta cuando el riesgo de ganar o perder para ambas partes contratantes no le parezca suficiente para dar a la renta el carácter aleatorio. En su opinión, el artículo 1.975 del *Code* pone fin a la arbitrariedad de la antigua jurisprudencia, que discrecionalmente juzgaba cuando la enfermedad era suficiente para determinar la nulidad del contrato.

⁸⁷⁴ Con tal rotundidad se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág 111.

error sobre una cualidad positiva, la salud de la vida contemplada⁸⁷⁵. En nuestra opinión, deben distinguirse las situaciones en las que la enfermedad se ha manifestado de aquellas en las que no lo ha hecho. Según mantuvimos, para que sea aplicable el artículo 1.804 CC la enfermedad debe haberse revelado, por lo que es diferente que desconozcan tal situación porque la enfermedad no se ha exteriorizado o porque a pesar de haberlo hecho lo desconocían. Si la enfermedad no se ha manifestado, como ya se ha mantenido, consideramos inaplicable el artículo 1.804 CC, porque en tales supuestos es indudable que el hecho de que se exteriorice una vez celebrado el contrato entra dentro del *alea*, de la situación de incertidumbre, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

En el hipotético caso de que la enfermedad se haya revelado pero sea desconocida para los contratantes, la situación es más conflictiva, pues parece que el artículo 1.804 CC no toma en consideración el conocimiento o desconocimiento de la enfermedad, por lo que siempre es aplicable⁸⁷⁶. Si nos preguntamos por el fundamento del precepto en este supuesto, resulta evidente que en ningún caso puede ampararse en la ausencia de *alea* contractual subjetiva, pues las partes al establecer las condiciones del contrato, y sus prestaciones, desconocen la existencia de la enfermedad y están valorando la posibilidad de que el deceso se produzca en un brevísimo espacio de tiempo. En este caso no cabe duda de que la aleatoriedad, al menos subjetivamente, se mantiene, por lo que, salvo que defendamos la necesidad de un *alea* objetiva en este concreto contrato, la nulidad vendría a tutelar la necesidad del equilibrio contractual en toda operación del tráfico jurídico. Teniendo en cuenta que las partes ya han valorado la posibilidad de una muerte prematura, la declaración de nulidad del contrato sólo puede ampararse en el hecho de considerar la muerte en tan breve espacio de tiempo como una circunstancia excepcional e imprevisible, completamente externa al contrato, y fuera de lo que la doctrina italiana denomina *alea* normal, lo que nos parece excesivo.

⁸⁷⁵ Para TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 263, págs. 426 y 427, y en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 263, págs. 366 y 367, las partes no intentan realizar un simulacro de renta sobre la vida de un moribundo, pues considera que las partes no habrían contratado si hubiesen conocido tal situación.

⁸⁷⁶ En este sentido es destacable la regulación que del censo vitalicio realizaba la Ley de Censos Catalana de 16 de marzo de 1990. Como ya se dijo en su momento, a pesar de que la naturaleza jurídica del censo vitalicio nada tiene que ver con la del contrato de renta vitalicia, pues aquel es un auténtico censo de carácter real, su régimen jurídico es muy parecido. Así, el artículo 30 de la Ley de Censos establecía que el censo vitalicio queda sin efecto cuando la persona o personas sobre las que se constituya mueran en los dos meses siguientes a su constitución como consecuencia de una enfermedad existente en aquel momento. El citado precepto introducía una excepción, que la enfermedad fuera conocida por el censalista. Sin embargo, la excepción no se mantiene en la regulación que del censo vitalicio realiza la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los Derechos reales, actualmente en vigor.

Dadas las circunstancias, resulta necesario plantearse si en el concreto contrato de renta vitalicia, a diferencia de lo que ocurre en otros contratos aleatorios, el artículo 1.804 CC exige la existencia de un *alea* objetiva, independiente de la información que las partes tengan respecto al evento incierto. En este sentido, se afirma que en el contrato de renta vitalicia tipificado en los artículos. 1.802 y ss. CC existe un *alea* objetiva, no introducida por las partes, pero aceptada por ellas al consentir el concreto tipo contractual⁸⁷⁷. Esta explicación podría fundamentar la nulidad del contrato de renta vitalicia cuando se constituya sobre la vida de una persona enferma que fallece en los veinte días siguientes a la formalización del contrato, independientemente de que las partes conozcan o no su existencia, pues el *alea* requerida en el contrato es objetiva, no subjetiva, por lo que la buena fe de los contratantes es irrelevante.

El problema deriva de los confines de ese *alea* objetiva exigida por el precepto, pues en ningún caso se le puede dar una amplitud que impida la

⁸⁷⁷ Tal es la opinión de BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, pág. 44, que fundamenta la existencia de excepciones al principio general de la suficiencia del *alea* subjetiva en los contratos aleatorios, entre otros motivos, en los artículos 1.974 y 1.975 *Code*, análogos al artículo 1.804 CC. Para el autor la finalidad de este precepto es limitar el campo de actuación de la renta vitalicia, porque, a diferencia de los contratos aleatorios que buscan garantizar riesgos, en la renta vitalicia el *alea* puede utilizarse para especular, lo que resulta injusto cuando existen herederos. Así, considera que la disposición busca salvaguardar la legitimidad de la causa del contrato, presentando un carácter de garantía, sobre todo en aquellas hipótesis en las que la renta se constituye sobre un tercero y reviste carácter especulativo. Parece, por tanto, que el precepto tiene su origen en la negativa consideración que tenía la renta vitalicia en el momento de la codificación francesa. No olvidemos que este contrato fue objeto de numerosas disputas en cuanto a su incorporación al *Code*, pues si en muchas ocasiones presenta carácter asistencial, en algunas otras puede utilizarse para la mera especulación. KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre...*”, *cit.*, págs. 33 y 34, considera que los artículos 1.974 y 1.975 del *Code* subordinan la validez del contrato a la existencia de un *alea* verdadera, objetivamente valorada, que debe existir en la realidad con independencia del conocimiento de las partes. En su opinión, el artículo 1.975 *Code* no contiene una simple presunción de abuso por parte de uno de los contratantes, pues ésta podría ser destruida, mientras al precepto le es indiferente la buena fe de las partes. Así, afirma que el artículo 1.975 *Code* contiene una presunción irrefutable, aunque le parece más exacto decir que es una exigencia de fondo del contrato, a la que conviene reconocer el carácter de orden público, cuya ausencia conlleva su nulidad. QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 96, afirma que en el contrato de renta vitalicia puede hablarse de un *alea* objetiva, no introducida por la voluntad de las partes. Por ello, en los negocios aleatorios típicos el *alea* no depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes, porque, aunque tal voluntad pueda determinar el carácter aleatorio del negocio, una vez que éste existe el *alea* lo hace de manera objetiva. De esta manera, en los negocios aleatorios típicos el *alea* incide sobre la causa imponiendo una fisonomía propia, sin que pueda constituirse una renta aleatoria que no sea típicamente aleatoria. QUINONERO CERVANTES considera que la existencia de este *alea* objetiva viene confirmada por el propio precepto que nos ocupa y por las normas que declaran nulos los negocios con una condición imposible o sin causa, pues si el *alea* está inmersa en la causa del contrato sin aquella no puede existir éste. Comparte esta opinión, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 154.

formalización de contratos en los que objetivamente exista incertidumbre. Precisamente por ese motivo, como ya se ha dicho, consideramos que es requisito indispensable que la enfermedad se haya manifestado, aunque no sea conocida por las partes contratantes, porque de lo contrario se está privando de efectos a un contrato con una situación de incertidumbre real sin justificación alguna⁸⁷⁸.

Sin duda, mantener la necesidad de un *alea* objetiva en el contrato es la única solución que permite hablar de nulidad, tal y como parece contemplar el precepto, y no de anulabilidad. No obstante, reiteramos que la mejor solución habría sido omitir este precepto o configurarlo como un supuesto de anulabilidad por vicios en el consentimiento, lo que no habría sido necesario por ser perfectamente aplicable la teoría general de tales vicios. De esta manera, si ambas partes contratantes desconocían la enfermedad, por ejemplo por una información errónea, podrían solicitar la anulabilidad por existir un error sobre uno de los presupuestos esenciales del contrato que, a pesar de encontrarse en los motivos, es apreciado por la jurisprudencia como suficiente para anular el contrato⁸⁷⁹.

En el supuesto contrario, cuando ambas partes conocen la enfermedad, la nulidad no puede basarse en un error en el consentimiento

⁸⁷⁸ En este sentido podría argumentarse, tal y como lo hace BÉNABENT, ALAIN, *Le chance et...*, *cit.*, págs 45, que al ser la exigencia de una *alea* objetiva la excepción a la regla general de que basta el mero *alea* subjetiva, debe interpretarse de manera restrictiva. El autor, en realidad, utiliza tal argumentación para negar la aplicabilidad del artículo 1.975 *Code al bail a nourriture* y a la venta de nuda propiedad, pero la consideramos aplicable, también, para nuestros fines. Sin embargo, la necesidad de la manifestación de la enfermedad para que sea aplicable el artículo 1.804 CC no es una opinión mayoritariamente compartida. Así, por ejemplo, KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre...*”, *cit.*, pág. 34, para quien la severidad de la norma lleva a la Jurisprudencia a limitar su aplicación al contrato de renta vitalicia y no a otros vecinos, parece pronunciarse en contra. El autor considera suficiente la existencia de una enfermedad que afecte al organismo de la vida contemplada antes de la conclusión del contrato, incluso si nada permitía pensar que estaba amenazado de una muerte próxima.

⁸⁷⁹ En el mismo sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho Civil*. T. II (Derecho de obligaciones), vol. 1º (Parte general. Teoría general del contrato), 4ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ FRANCISCO, Dykinson, Madrid, 2.007, págs. 361 a 365, para quien, según deja constancia en la pág. 363, si el error en los motivos supone un error sobre la existencia de alguno de los elementos y presupuestos que las partes consideran esenciales al negocio, siendo determinante de la voluntad contractual, debe permitirse su impugnación, cuando la constancia de la motivación errónea sea clara y no pueda defraudarse la confianza ajena. En este sentido cita la STS 21 de junio de 1978. También puede citarse como corroboradora de tales argumentos la STS 5 de noviembre de 1981 (citada en la pág 361), donde se considera error invalidante la equivocación relativa a la duración de una obligación de mantenimiento de instalaciones de calefacción. Tal error debe reunir el requisito de esencialidad, que no cabe duda que cumple, pues la duración de la vida contemplada es determinante en la voluntad de los contratantes para celebrarlo en unas u otras condiciones o para no celebrarlo; y el de excusabilidad, para lo que ha de atenderse a las concretas circunstancias de la relación, pues si la evidencia de la muerte de la vida contemplada es manifiesta no será excusable.

por razones evidentes⁸⁸⁰. En este caso, la nulidad sólo puede justificarse por la inexistencia del *alea*. Si bien, lo más justo parece decretar la nulidad cuando no exista *alea* subjetiva, cuando las partes conozcan la brevedad del término vida, sin que sea necesaria la referencia al *alea* objetiva exigida por el artículo 1.804 CC Cabe plantearse, por tanto, la amplitud del *alea* contemplada en la disposición pues, como ya defendía la comisión del Código Civil italiano, puede llevar a la nulidad de contratos que verdaderamente contengan la incertidumbre necesaria para ser considerados aleatorios. Así, por ejemplo, conllevaría la nulidad de un contrato de renta vitalicia en el que el acreedor de la renta, y vida contemplada, está afectado por una enfermedad cuyo pronóstico no es rápidamente mortal, pero que por razones del infortunio produce su muerte en los veinte días siguientes a la formalización del contrato. Por ello, consideramos necesario interpretar restrictivamente el artículo 1.804 CC, para que su función sea proteger el *alea* subjetiva del contrato.

Multitud de autores se han preguntado por la situación jurídica generada cuando ambos contratantes deciden formalizar el contrato no obstante la prohibición del artículo 1.804 CC.

Así, BELTRÁN DE HEREDIA afirma que en estos supuestos no existe contrato oneroso de renta vitalicia, pero puede existir un supuesto de simulación relativa, valiendo el contrato como donación, por ejemplo, si reúne los requisitos exigidos por el legislador⁸⁸¹. Para el autor citado en tales

⁸⁸⁰ De hecho, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 121, que defiende la aplicabilidad del precepto cuando ambas partes conocen la enfermedad, porque considera ausente el *alea* en estos supuestos y en ella radica el autor la causa del contrato, defiende la imposibilidad de mantener tal nulidad si ésta se fundamenta en un error del consentimiento pues, evidentemente, si ambas partes conocen la enfermedad no puede hablarse de error.

⁸⁸¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág 111. En el mismo sentido se pronuncia LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 260, para quien es perfectamente posible si se cumplen los requisitos donación. Si el contrato no cumple con tales requisitos es nulo como contrato de renta vitalicia y como donación, por lo que el constituyente podrá reivindicar el bien entregado. Tal es la opinión, también, de PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 398 y 399. El autor considera que el contrato no debe ser privado de efectos si la vida contemplada es la de un tercero, pues si no puede constituir un contrato de renta vitalicia oneroso puede valer como donación simulada hecha bajo condición: la muerte de la persona en los veinte días. En su opinión, el precepto no es una disposición de orden público que las partes no puedan derogar, sino que cabe pactar en contra si el acreedor consiente tácitamente a la desaparición de la equivalencia de riesgos y, con mayor razón, si las partes formalmente manifiestan su intención de hacerla desaparecer. Sin embargo, cuando la vida contemplada sea la del acreedor de la renta, afirma que aunque en un primer momento pueda pensarse que el constituyente conoce perfectamente su estado de salud y quiere que el contrato despliegue efectos como donación si no puede ser como renta vitalicia, esto no siempre es así y es inexacto cuando no manifieste su intención de realizar una liberalidad. La donación no puede presumirse y es aplicable el precepto, lo que resulta útil para prevenir las tentativas de espolio que puedan provenir de la otra parte

supuestos debe admitirse la validez de la donación, pues no cabe alegar consentimiento viciado por error, ya que hubo declaración de voluntad consciente por parte de ambos contratantes, y tampoco falta la causa, porque, aparte de la presunción de validez del artículo 1.277 CC, existe una causa real y válida: la mera liberalidad del bienhechor.

Sin embargo, no siempre que se den tales circunstancias existe donación, pues el *alea*, al menos subjetivamente, puede seguir existiendo. Así, cabe afirmar que existen consentimiento válido y aleatoriedad cuando las partes saben de la enfermedad de la vida contemplada pero ignoran el momento en el que el fallecimiento se producirá. Para que el contrato sea aleatorio, a pesar de que la vida contemplada esté afectada de una enfermedad, es imprescindible que exista incertidumbre respecto a su duración, que el evento sea realmente incierto para las partes aunque, lógicamente, el límite máximo de la duración de la vida módulo se haya reducido.

En este sentido, puede afirmarse la existencia de *alea* subjetiva cuando no exista una enfermedad o una edad tan avanzada que, con base en una valoración objetiva en el momento de la conclusión del contrato, conlleve de manera cierta o extremadamente probable su muerte cercana en un lapso de tiempo determinable⁸⁸². Quizá esta fue la intención del legislador al establecer la nulidad del contrato si la vida contemplada fallece en el lapso de veinte

contratante. Entiende, no obstante, que si el adquirente conoce el peligro que le amenaza y aun así manifiesta su intención formal de contratar la relación debe mantenerse, sino como contrato de renta vitalicia como donación. No obstante, recuerda que la calificación y la forma que se le de al acto no son suficientes para manifestar la intención del acreedor de la renta de realizar una liberalidad. Comparte esta opinión, cuando la vida contemplada es la del acreedor de la renta, TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 268, págs.431 y 432, y en “Del prestito, del...”, *cit.*, n° 268, págs. 368, 369, para quien puede existir una donación a cambio de renta, pero si se constituye un contrato de renta vitalicia es nulo, porque presume que el acreedor enfermo realiza el contrato esperando vivir, de lo que puede aprovecharse el deudor de la misma. Por ello afirma que la Ley contiene una presunción *iuris et de iure* que trata de prevenir tal abuso, y el contrato es nulo en virtud de la prohibición de la Ley. BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 118 y 119, consideran el precepto aplicable cuando ambas partes conozcan la gravedad de la enfermedad de la vida contemplada, salvo que de los términos del contrato o de las circunstancias concurrentes derive que las partes tratan de disimular una donación. Sin embargo afirman no debe presumirse la intención de las partes de realizar una donación encubierta, pues ello desnaturalizaría el precepto. Por otra parte, frente a aquellas opiniones que entienden que la intención liberal se deduce del propio contrato, alegan que los contratantes a pesar de conocer la enfermedad y su gravedad pueden ilusionarse sobre el resultado. ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 159, también considera que el contrato puede ser válido si oculta o disimula una verdadera liberalidad.

⁸⁸² En el mismo sentido se pronuncia CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 179 y 180, si bien, de nuevo, en referencia a la vida del beneficiario, en lugar de a la vida contemplada.

días, pero olvida la posibilidad de que la muerte no se espere de manera tan cercana como consecuencia de la enfermedad, aunque realmente se produzca en ese breve espacio de tiempo inesperadamente. Por ello, porque el precepto puede dar lugar a la nulidad de contratos en los que realmente exista *alea* subjetiva, consideramos que su interpretación debe ser lo más restrictiva posible. Así, como en su momento se dijo, entendemos imprescindible para la aplicabilidad del precepto, con MANRESA, que la enfermedad consista en una patología con pronóstico rápidamente mortal⁸⁸³. De esta manera se reducirán al máximo los supuestos en los que exista *alea* subjetiva pero deba decretarse la nulidad del contrato por la existencia del límite de los veinte días contenido en el precepto.

La jurisprudencia italiana entiende que la verificación de la muerte del beneficiario de la renta inmediatamente después de la estipulación del contrato, o tras un breve período de tiempo, no es suficiente para excluir el riesgo. Exige una conexión causal entre el evento letal y una enfermedad que, por su naturaleza y gravedad, implique segura o extremadamente probable la muerte del beneficiario en un lapso de tiempo determinable⁸⁸⁴. Lo que, *sensu contrario*, puede llevarnos a mantener que si la muerte no se espera en tan breve lapso de tiempo el contrato aleatorio es perfectamente válido. No puede ser otra la interpretación dada a nuestro artículo 1.804 CC, pues su fundamento debe estar en la declaración de nulidad de contratos que no sean verdaderamente aleatorios, para evitar fraudes de ley, sin que tenga sentido negar la libertad contractual en otros supuestos, cuando se admite la categoría del contrato aleatorio. Por ello, aunque resultaría preferible la supresión del precepto, y valorar la existencia del *alea* desde un punto de vista subjetivo, defendemos la conveniencia de darle una interpretación restrictiva, en el sentido más cercano al *alea* contractual subjetiva.

Así, si las partes pueden prever el momento de la muerte de la vida contemplada y, por tanto, la entidad de sus recíprocas prestaciones, el contrato carece de *alea* y puede decretarse su nulidad sin necesidad de acudir al artículo 1.804 CC, por carecer de un elemento esencial para su existencia. En estos supuestos el contrato no es aleatorio, aunque cabe defender su

⁸⁸³ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 76.

⁸⁸⁴ Así lo establece Cass. 6 de abril de 1.994 o, siguiendo el mismo criterio, Cass. 14 de abril de 1.984. La vinculación causal entre la enfermedad y el evento letal se excluye en Cass. 16 de junio de 1.981, por haber transcurrido dos años desde la estipulación del contrato y por la diferencia existente entre la enfermedad padecida en el momento de la conclusión y aquella que determina la muerte. De ello deja constancia CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 180 y nota 68 de la misma página. La autora cita jurisprudencia italiana reciente, Cass., 28 julio de 1995, Cass., 9 de abril de 1980, 16 de junio de 1981, en la que se mantiene que debe ser objeto de juicio la probabilidad de supervivencia del beneficiario, que no debe consentir previsiones acerca de las ventajas o las pérdidas que cada contratante conseguirá con el contrato, nota 69, pág. 180.

validez como contrato conmutativo⁸⁸⁵. Tal contrato podría configurarse, según los casos, como parcialmente gratuito, aunque no necesariamente reconducible a un espíritu de liberalidad del contratante favorecido, pues gratuidad y liberalidad no tienen porqué ser coincidentes⁸⁸⁶.

Si el contrato sigue manteniendo el *alea* subjetiva a pesar de la enfermedad de la vida contemplada pueden diferenciarse distintas situaciones:

a) *Las partes conocen la enfermedad, pero ésta no tiene un pronóstico rápidamente mortal y establecen un contrato de renta vitalicia oneroso.*

En tales supuestos la situación de incertidumbre sigue manteniéndose, porque las partes desconocen el momento en el que se producirá el fallecimiento. Si los contratantes configuran sus recíprocas posibilidades de pérdida y ganancia en atención a la probable duración de la vida módulo, adaptando sus respectivas prestaciones a tal duración, el contrato de renta vitalicia sigue siendo aleatorio y oneroso. En estas circunstancias las partes, teniendo conocimiento de la enfermedad y de su gravedad, pueden establecer previsiones contractuales que realmente generen riesgo de pérdida y ganancia para ambas, por ejemplo, la transmisión de un capital muy reducido y rentas muy elevadas. En este caso se constituye un contrato de renta vitalicia perfectamente válido y no se ve porqué el fallecimiento de la persona enferma en los veinte días siguientes debe generar su nulidad.

La validez del contrato puede defenderse incluso considerando el artículo 1.804 CC como una auténtica prohibición, si entendemos que su fundamento es evitar contratos aleatorios sin *alea* subjetiva e interpretamos el término enfermedad en el sentido visto: como enfermedad de pronóstico rápidamente mortal. Por tanto, el precepto sólo debe aplicarse en los casos en los que la enfermedad sea tan grave que permita valorar la duración de la vida contemplada, así como la entidad de las recíprocas prestaciones, y el fallecimiento se produzca dentro del término de veinte días. En el resto de los casos, cuando el fallecimiento no se produce en esos veinte días, la aleatoriedad del contrato debe preservarse atendiendo a la existencia de *alea* subjetiva, reclamándose su nulidad, cuando ésta no exista, por la carencia de un elemento esencial: el *alea* del contrato.

⁸⁸⁵ En este mismo sentido, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto..., cit.*, pág. 104, mantiene que las partes pueden pactar una renta vitalicia con contraprestación excluyendo el elemento aleatorio.

⁸⁸⁶ BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio..., cit.*, págs. 170 y 171. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto..., cit.*, págs. 104 y 105, por su parte, considera que puede existir un contrato de renta vitalicia gratuito, si existe *animus donandi* y se dan los requisitos necesarios para que exista donación, o un contrato oneroso, o mixto, o bien, un contrato innominado que las partes crean y conforman bajo la apariencia de contrato de renta vitalicia oneroso.

b) *Las partes conocen la enfermedad, pero ésta no tiene un pronóstico rápidamente mortal y establecen un contrato de renta vitalicia gratuito.*

Puede ocurrir que las partes aún conociendo la enfermedad y los riesgos de un fallecimiento prematuro de la vida contemplada, o precisamente por ello, pacten la entrega de un capital cuantioso y rentas no muy elevadas, por lo que las posibilidades de sufrir una pérdida para el deudor de la renta prácticamente desaparecen. ¿Existiría en este supuesto auténtico contrato aleatorio?. Sí, siempre que exista incertidumbre respecto a la duración de la vida módulo, en idéntico sentido al visto para la situación anterior.

Como acertadamente señala DIAZ GOMEZ, el deudor de la renta vitalicia no corre riesgo alguno de pérdida cuando resulte objetivamente imposible que la llegada de la muerte de la vida módulo se prolongue más allá de la fecha en la que su prestación periódica acumulada supere el valor del capital recibido⁸⁸⁷. Si bien, ello no impide que el contrato sea aleatorio, aunque gratuito.

Debemos distinguir, por tanto, aquellas situaciones en las que realmente no hay incertidumbre, porque existe certeza respecto al momento del acaecimiento del evento incierto, de aquellas otras en las que se sabe que el evento incierto acontecerá antes de que la acumulación de rentas supere el capital transferido, aunque siga siendo incierta la duración de la vida contemplada⁸⁸⁸.

Existe situación de incertidumbre suficiente para permitir declarar aleatorio un contrato, también, en aquellos supuestos en los que es cierta la

⁸⁸⁷ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, págs. 151 y 152. Para el autor, en supuestos como el que nos ocupa, el específico riesgo previsto en el contrato no existe, por faltar la posibilidad de alguno de los resultados o ser imposible su obtención. Sin embargo, olvida que las partes pueden haber previsto tal resultado, y que su intención sea, precisamente, formalizar un contrato aleatorio gratuito en el que el acreedor siempre pierda en términos generales, pero obtenga una renta líquida durante todo el tiempo que viva, que es lo que le interesa. De hecho, DIAZ GOMEZ admite que tales situaciones pueden implicar un riesgo recíproco, aunque afirma que falta el específico reglamentado por los sujetos. Sin duda, su postura viene condicionada por el hecho de negar que exista contrato aleatorio cuando éste es gratuito, pues considera indispensable que las posibilidades de ganancia o pérdida en sentido estricto lo sean para las dos partes contratantes, sin que sea suficiente la incertidumbre sobre la entidad de las ganancias o de las pérdidas.

⁸⁸⁸ Para CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, págs. 182. 183 y 184, resulta dudoso que en estos supuestos el contrato pueda considerarse nulo por diversos motivos. Si tal consideración se hace con base en la existencia de un desequilibrio en el esquema aleatorio, el interprete está juzgando la adecuación del correspondiente, de la onerosidad del contrato y de la proporción entre las respectivas atribuciones patrimoniales, cuando el ordenamiento italiano excluye la rescisión por lesión y la resolución por excesiva onerosidad del contrato aleatorio, y se desinteresa por la proporción de las recíprocas prestaciones. Además, afirma que el contrato aleatorio, en los supuestos de defecto de *alea*, sería perfectamente válido como *negotium mixtum cum donatione*.

ganancia para una de las partes pero incierta la medida de tal ganancia. Por ello no puede negarse la existencia del *alea*, sobre todo en supuestos en los que no existe certeza de que la ventaja será para una de las partes, sino una gran probabilidad, como suele ocurrir cuando la vida contemplada es una vida enferma⁸⁸⁹.

Como se ha visto, para determinadas opiniones doctrinales el contrato es válido, a pesar de existir la enfermedad y ser conocida por los contratantes, si se está ante una renta constituida a título gratuito que disimula una auténtica donación⁸⁹⁰. Compartimos tal opinión cuando realmente exista una donación disimulada, pero no cuando exista *alea* y la verdadera voluntad de las partes sea constituir un contrato gratuito de renta vitalicia⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ Comparte esta opinión GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 283.

⁸⁹⁰ Tal es la opinión de PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 528, pues afirman que la nulidad sólo cabe cuando la renta vitalicia sea el precio de una enajenación a título oneroso, y no cuando constituya una carga impuesta a una donación. Para MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 74 y 75, en estos casos la causa, extraña al *alea*, no puede sufrir la acción del defecto de ésta. Por su parte, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 111, afirma que nunca existirá contrato oneroso de renta vitalicia, pero podría existir un supuesto de simulación relativa, valiendo el contrato como donación. En opinión de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 488, el contrato es válido, aún existiendo la enfermedad en el momento de la conclusión del contrato y conociéndola las partes, siempre que de sus términos pueda deducirse la intención de disimular una liberalidad. En la doctrina italiana, al hacer referencia a los supuestos contemplados por nuestro artículo 1.804 CC, BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 166 y 167, y nota 93, con cita de SENIGAGLIA, afirma que en virtud de la autonomía contractual la renta mixta con donación puede entenderse realizada cuando, junto al cambio de atribuciones patrimoniales típicas del contrato aleatorio de renta vitalicia, se pretenda la ventaja de una de las partes. Si bien, el autor considera que en estos casos se excluye o debilita el *alea* del contrato constituido.

⁸⁹¹ La SAP de Pontevedra, Secc. 3ª, 28 de marzo de 2005, en el supuesto de hecho abordado, considera existente una auténtica donación remuneratoria en lugar de un contrato de alimentos anterior a su tipificación. La resolución desestima la pretensión principal, la nulidad de la escritura pública de un contrato de cesión de bienes a cambio de prestación de alimentos realizado por una mujer de 84 años, con un achacoso estado de salud, que fallece en los cinco días siguientes al otorgamiento. La Sentencia, tras declarar inaplicable el artículo 1.804 CC al contrato de vitalicio, reconoce que la situación de la alimentista hacía presagiar el cercano final de su vida, más que una larga longevidad. Sin embargo, considera inequívoca su voluntad de transmitir los bienes a su hermana por lo cuidados que le prestaba, insistiendo en la asistencia prestada desde hacía mucho tiempo, hasta el punto de llevar al notario a plantearse la formalización de una donación remuneratoria o de un vitalicio. Por estos motivos, al dejarse constancia de que la transmisión se realizaba no sólo por la asistencia y cuidado a prestar en el futuro, sino sobre todo en reconocimiento a los prestados hasta aquel momento, cabe colegir en el acto un claro predominio de la causa remuneratoria característica de la donación de tal clase sobre la onerosa propia del vitalicio, a pesar de haberse utilizado esta última forma. Por ello, ante la ausencia de legitimarios y dada la suficiencia del otorgamiento en escritura pública, se sostiene la validez del contenido del contrato de vitalicio controvertido. Sin duda, la Sentencia tomó como dato fundamental el ánimo remuneratorio de la relación, sin perjuicio

Si existe *alea*, si la enfermedad no es inmediatamente mortal, existiendo incertidumbre en cuanto a la duración de la vida contemplada y al resultado final del contrato, el contrato no es nulo y vale como contrato aleatorio. Cosa distinta es que el contrato sea gratuito, que desde su formalización sea evidente que una de las partes ganará y la otra perderá, aunque no se sepa cuál será la entidad de tales ganancias y pérdidas. En estos supuestos, cuando el contrato es aleatorio, aunque gratuito, no debe declararse su nulidad para reconvertirlo en una donación, sino que ha de afirmarse la existencia de un contrato aleatorio de renta vitalicia gratuito⁸⁹². A este contrato de renta vitalicia gratuito, por supuesto, le será de aplicación el artículo 1.804 CC, pues el fundamento del precepto, según la interpretación defendida, es mantener la aleatoriedad del contrato, no su onerosidad, por lo que puede decretarse su nulidad cuando realmente no exista *alea* subjetiva.

La carencia del *alea* subjetiva acontece cuando, como se ha dicho, la enfermedad que afecta a la vida contemplada es de tal índole que su fin se puede esperar en un momento cercano, tanto, que permite a las partes valorar los resultados finales del contrato. En este caso no existe contrato aleatorio, por lo que puede reclamarse su nulidad por falta de *alea* independientemente de que la muerte se produzca antes de veinte días desde su formalización. Si los veinte días no han transcurrido la nulidad es automática, en virtud del artículo 1.804 CC, pero si ya han pasado la nulidad puede solicitarse por la carencia de un elemento esencial: el *alea*. Ello no implica que la relación no pueda ser válida como cualquier otro contrato que no requiera *alea*, donación u otro tipo de contrato gratuito, si reúne todos los requisitos para su validez como tal contrato⁸⁹³.

de que entendamos que sobra la mención al carácter siempre oneroso del contrato, al menos, en lo que se refiere al contrato de renta vitalicia. Más fácil habría sido decretar la inexistencia de *alea*, dada la edad y el estado de salud de la vida contemplada, y hacer valer el contrato como donación disimulada, puesto que sin *alea* no puede existir contrato aleatorio y es la clara intención gratuita y remuneratoria.

⁸⁹² En sentido parecido, MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 211, afirma que aunque no se pruebe la intención de beneficiar al deudor de la renta, si se constata que realiza el contrato libremente, sin dolo, fraude o error, no puede anularse, puesto que si no hay un equivalente según el sistema común existe un equivalente relativo según lo ha querido quien lo constituye.

⁸⁹³ BALESTRA, LUIGI, *Il contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 168, afirma que la doctrina italiana más reciente, al menos parcialmente, mantiene la necesidad de revisar el planteamiento fundado en la alternativa onerosidad-aleatoriedad y gratuidad-no aleatoriedad, alegando la existencia de situaciones intermedias. De aquí el rechazo a la aplicación de la sanción de nulidad, sin más, cuando se aprecie la inexistencia del concepto de *alea* onerosa mantenido por la doctrina. El autor se da cuenta de que pueden existir intereses tutelables del constituyente de la renta, no necesariamente coincidentes con el espíritu de liberalidad, que podría haber querido constituir una renta vitalicia onerosa no aleatoria. Comparte, también, la opinión de que la incertidumbre se mantiene en los contratos en los que la renta es inferior a los productos del bien cedido.

Desde nuestro punto de vista, y a diferencia de otras opiniones doctrinales que excluyen el *alea* del contrato de renta vitalicia gratuito, el artículo 1.804 CC también es aplicable a la modalidad gratuita de la renta vitalicia. No podía ser otra nuestra postura, pues, en nuestra opinión, el *alea* debe existir tanto en el contrato de renta vitalicia oneroso como en el gratuito⁸⁹⁴.

Esta afirmación es compartida por algún sector de nuestra doctrina y por algún autor extranjero en lo relativo a la constitución de la renta vitalicia sobre una persona muerta (art. 1.804.1 CC, 1.974 *Code* y 1.876 *Codice* de 1.942), pues en estos casos no sólo falta el *alea* en el contrato, sino también otro elemento esencial al mismo: la vida contemplada. Este último dato es el utilizado por estos autores para señalar la aplicabilidad del primer supuesto del artículo 1.804 CC al contrato de renta vitalicia gratuito⁸⁹⁵. Mayores dudas

⁸⁹⁴. Se pronuncian en contra PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, págs. 397 y 398, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 123 y 124, para quienes el precepto no es aplicable a los supuestos de renta vitalicia gratuita. La razón de ser de esta divergencia de opiniones es evidente, para estos autores no existe *alea* en el contrato de renta vitalicia gratuito, porque la identifican con el hecho de que ambas partes del contrato tengan posibilidades de salir beneficiados del mismo. Comparten esta opinión COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, págs. 632 y 633. Para los autores el fundamento del artículo 1.975 del *Code* es la carencia de causa del contrato, por lo que sólo se puede aplicar a los contratos onerosos y no a los gratuitos. Con ello rechazan, además, que el fundamento del precepto se encuentre en la presunción de error, pues en este caso el artículo 1.975 se aplicaría también a las rentas gratuitas.

⁸⁹⁵ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 136 y 137, considera que el artículo 1.876 del *Codice*, que equivale a nuestro artículo 1.804.1 CC, no se refiere al *alea* en sentido técnico, inconcebible en los contratos gratuitos, sino al contrato de renta vitalicia en general, que puede ser a título oneroso o gratuito. Para el autor el precepto no debe ponerse en relación con el *alea*, sino con la naturaleza propia de la obligación vitalicia, cualquiera que sea la fuente de la que derive. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 244, afirma que el artículo 1.876 del *Codice* (art. 1.795 en el *Codice* de 1.865), en relación con la renta constituida sobre una persona que ha cesado de vivir en el momento de la constitución del contrato, a pesar de las explicaciones dadas en la *Relazione* al *Codice* que conecta la sanción con el carácter aleatorio del contrato, nada tiene que ver con la aleatoriedad, sino con la carencia de un elemento esencial para el mismo: la vida contemplada. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 479 y 480, también entiende que faltando la vida contemplada el contrato carece de efectos, aunque exista ánimo de liberalidad en el donante y se constituya una donación directa, pues falta un elemento esencial en la estructura del negocio, también si éste es gratuito. En los supuestos de cesión gratuita de una renta al donatario que antes correspondía al donante, y cuando la renta se establece por el donante como una carga a la donación en beneficio de un tercero, el autor considera que si la vida contemplada había fallecido antes del contrato, en la mayor parte de los supuestos, la donación queda sin efecto por la inexistencia de un presupuesto esencial, pues de lo contrario se vincularía al deudor al pago indefinido de las pensiones al no establecerse el término final de la relación. Para ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, págs. 156 y 157, el contrato de renta vitalicia constituido sobre una persona muerta es nulo no sólo por carencia de *alea*, sino por la falta de uno de los sujetos exigidos por el código para su válida constitución. Por ello la donación de renta vitalicia también está

suscita a esta doctrina la posibilidad de aplicar el párrafo 2º del artículo 1.804 a la renta vitalicia gratuita, pues en este caso es evidente que el fundamento de la nulidad es la carencia de *alea* en el contrato, y niegan la existencia de *alea* en el contrato de renta vitalicia gratuito. Sin embargo, algunos de estos autores afirman su posible aplicación, lo que desde nuestro punto de vista es una contradicción⁸⁹⁶.

viciada de la misma nulidad. La autora afirma que sin descartar la nulidad del contrato oneroso de renta vitalicia por falta de causa, en estos supuestos es posible que el negocio llevado a cabo por las partes pueda mantenerse en atención a su voluntad oculta, pues conociendo la muerte de la vida contemplada tenían la intención común de simular una auténtica donación.

⁸⁹⁶ Para BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 209, el precepto es aplicable a toda situación de renta vitalicia, con independencia de la causa que las origine. El autor, en las págs. 110 y 111, considera que el fundamento del precepto está en el carácter aleatorio del contrato, pues si no se tuviese en cuenta faltaría toda base o fundamento para poder determinar el *alea*, incapaz de ser sustituido por otros elementos. Además, considera que falta uno de los sujetos y el consentimiento contractual, pues estaría viciado de error sobre las condiciones del contrato que fueron motivo de su celebración. Si bien, en este último caso estaríamos hablando de anulabilidad, y no de nulidad, y no puede entenderse como puede existir tal vicio del consentimiento si ambas partes conocen la situación de la vida contemplada, aunque el autor niega la posibilidad de pactar en contra de tal previsión. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 481 y 482, afirma que si la vida módulo fallece en los veinte días siguientes a la realización de la donación directa de renta vitalicia, aunque ésta no se reputa nula, carece de efectividad por la extinción de la vida módulo. En los supuestos de cesión gratuita de una renta al donatario que antes correspondía al donante, y cuando la renta se establece por el donante como una carga a la donación (en beneficio de un tercero), considera que si la vida contemplada muere en los veinte días siguientes como consecuencia de una enfermedad preexistente el artículo 1.804 CC es aplicable, porque de haber conocido los interesados el estado de salud del difunto no habrían celebrado el contrato. Para el autor en estos supuestos coexiste una presunción de error y una falta de aleatoriedad suficiente para que el deudor de las pensiones pueda conservar el capital recibido. Sin embargo, posteriormente opina que si ambas partes conocían la enfermedad y celebran el contrato de renta vitalicia lo actuado es admisible como un caso de simulación relativa, una donación, si la voluntad de los interesados es clara y se reúnen los demás requisitos de la donación. Para ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, págs. 159, 160 y 161, cuando la renta se constituye sobre la vida de una persona enferma que fallece en los veinte días siguientes el contrato vale si las partes están disimulando una verdadera donación. No obstante, considera que la aplicación del segundo inciso del artículo 1.804 CC a los negocios gratuitos de renta vitalicia es más dificultosa, pues en estos supuestos la vida contemplada existe, por lo que no puede decretarse su nulidad por la falta de tal elemento y quedaría circunscrita al *alea*. Como la autora entiende que en los negocios gratuitos la causa no es la aleatoriedad, sino la liberalidad del donante, excluye su aplicación a estos negocios, tal y como se ha visto que hace la jurisprudencia francesa. Sin embargo, sí considera que el *alea* es elemento esencial del contrato en los supuestos de donación onerosa, cuando la carga es una renta vitalicia, porque, en su opinión, quien la realiza tiene en cuenta de manera esencial el *alea*.

2.- ONEROSIDAD Y GRATUIDAD EN EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

2.1- LA TRADICIONAL CONSIDERACIÓN ONEROSA DEL CONTRATO ALEATORIO Y SU POSIBLE GRATUIDAD

Como ya se ha visto, es tradicional en la doctrina, aunque sus perfiles no sean del todo claros, la consideración de los contratos aleatorios como una subdivisión de los contratos concebidos a título oneroso⁸⁹⁷. Es precisamente éste, para muchos autores, el punto de partida en el estudio de estos contratos. Así, BOSELLI afirma que el único punto firme, no sometido a discusión, es la consideración del *alea* como una cualidad o categoría propia de los contratos onerosos. Sostiene este autor, que el ordenamiento jurídico reconoce eficacia y validez al acuerdo de las partes contenido en un contrato aleatorio en cuanto éste satisfaga una causa onerosa⁸⁹⁸.

En el mismo sentido, algún sector doctrinal opina que la propia esencia de los contratos aleatorios excluye la posibilidad de constituirlos a título gratuito. El hecho de que en estos contratos ambas partes, o una de ellas, haya querido correr un riesgo, probar suerte, obliga a concluir que todo contrato es a título oneroso⁸⁹⁹. Si bien, este punto de vista parte de la tradicional consideración del contrato aleatorio como contrato especulativo, cuando ya se ha dejado constatado que en muchas ocasiones cumple un fin asistencial.

Para estos autores, las obligaciones asumidas en los contratos aleatorios son recíprocas y sinalagmáticas, y cada una tiene por causa la obligación asumida o ya cumplida por la otra parte⁹⁰⁰. Así, los contratantes no hacen frente a la prestación por espíritu de liberalidad, sino a cambio de una contraprestación, o más genéricamente de la ventaja que puedan obtener⁹⁰¹. Ciertamente, tal es la situación cuando el contrato aleatorio es oneroso, pero no cuando es gratuito. Puesto que nuestro legislador prescinde de configurar la causa típica de los contratos aleatorios debemos reconducirla a las causas existentes, a la onerosa cuando el contrato sea oneroso, a la

⁸⁹⁷ Así lo afirman, entre otros, DE RUGGIERO, ROBERTO, *Instituzioni...*, *cit.*, pág. 234, BARASSI, LODOVICO, *La teoria generale...*, *cit.*, pág. 289, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 5, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 8, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...” , *cit.*, pág. 607, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 717, y 718.

⁸⁹⁸ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea...*” , *cit.*, págs. 771 y 772.

⁸⁹⁹ JOSSERAND, LOUIS, *Derecho...*, *cit.*, pág. 290.

⁹⁰⁰ GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 363, LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 418.

⁹⁰¹ En este sentido se pronuncia también, BUTTARO, LUCA, “Del giuoco e della...” , *cit.*, pág. 68.

gratuita cuando así lo sea y a la remuneratoria cuando el fin sea remunerar servicios prestados. Ello no implica que el *alea* no tenga ninguna influencia en la causa del contrato. Evidentemente la tiene, como muchos autores defienden es un elemento indisolublemente unido a la misma, independientemente de que ésta sea onerosa, gratuita o remuneratoria. Consideramos que el *alea* se inserta de alguna manera en la causa del contrato desde el elemento subjetivo de la misma, convirtiéndose en elemento esencial⁹⁰².

En el intento de mantener la esencial onerosidad de los contratos aleatorios se llega a sostener que en estos contratos, incluso cuando una parte no debe cumplir, existe onerosidad⁹⁰³. Así, se afirma que en aquellos supuestos en los que una parte está exenta de contraprestación la prestación patrimonial realizada es el correlativo del riesgo corrido por la contraparte, convirtiendo el riesgo en el objeto del contrato en una postura, como se ha visto, insostenible⁹⁰⁴.

⁹⁰² En este sentido JORDANO BAREA, JUAN BAUTISTA, “La causa en el sistema del Código Civil español”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1.992, tras desgranar en las págs. 459 a 464 la causa del negocio jurídico, de la obligación y de la atribución patrimonial, defiende, en las págs 464 a 468, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de una modalidad de causa subjetiva, que radica en el motivo impulsivo y determinante incorporado al contenido del negocio. La existencia de tal causa la justifica debidamente en diferentes preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, y en diversas decisiones jurisprudenciales. Desde nuestro punto de vista es indudable su existencia, que además es la vía principal de control de la licitud o ilicitud de los distintos negocios jurídicos, y consiste en aquellos motivos que se incorporan al contenido del contrato. En los contratos aleatorios el *alea* voluntariamente querida por las partes contratantes, bien con una manifestación principal al respecto o a través de la formalización de un contrato tipificado a la que es inherente, forma parte del contrato, y de esta manera se convierte en su causa subjetiva o en un elemento fundamental de la misma. Por eso compartimos con este autor la idea que expresa en las págs. 468 y 469: “... *cabría hablar, por un lado, de una causa objetiva, genérica e inmediata, como causa eficiente del negocio jurídico, productora de sus efectos; y, por otro lado, de una causa subjetiva, concreta y mediata, como causa final del negocio*”. Esta última “...*consistiría en el motivo incorporado, impulsivo y determinante, lícito o ilícito, unilateral o bilateral, según los casos*”. Apoyamos, además, su conclusión final, que el problema de la causa radica en armonizar la voluntad específica y concreta de las partes contratantes con el esquema establecido en la norma jurídica, convirtiéndose la causa del negocio en el propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico.

⁹⁰³ Esta es una consecuencia de la tradicional teoría del cambio de riesgos o de la suportación del riesgo. Esta tesis considera que el objeto de las prestaciones de los contratantes, en los contratos aleatorios, es el riesgo respectivamente corrido por las partes. Defienden esta teoría, BOSELLI, ALDO, “*Rischio, alea...*”, *cit.*, pág. 780. FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, “*Il giuoco e...*”, *cit.*, pág. 56.

⁹⁰⁴ BUTTARO, LUCA, “*Del giuoco e della...*”, *cit.*, págs. 68 y ss., como ya se ha visto, sostiene esta postura en el supuesto de una apuesta 10 contra 0, pero la critica en el caso de una apuesta 10 contra 10, en la que las prestaciones de ambos contratantes son inciertas, En este sentido de crítica a la teoría del cambio de riesgos, y a la afirmación de su implícita

También nuestro Código Civil defiende la onerosidad de esta categoría contractual, pues el artículo 1.790 del citado cuerpo legal los define como contratos “*más típicamente onerosos que los mismos contratos onerosos*” al decir, “*que una de las partes o ambas 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*”⁹⁰⁵.

Esto es así en principio, pero quizá en un estudio más detenido de la regulación del Código, y de los propios contratos aleatorios, nos podamos preguntar el porqué de una afirmación tan tajante. Tras el estudio de la legislación vigente se puede afirmar que algunos contratos regulados legislativamente no caben en la definición onerosa del artículo 1.790 CC. Por eso, parece razonable estar de acuerdo con ÁLVAREZ VIGARAY y afirmar que “*aun en el caso de que se estime que en rigor los verdaderos contratos aleatorios son los contratos a título oneroso, no podrá por menos de reconocerse que existe una categoría más amplia de negocios aleatorios lato sensu, entre los cuales deberán incluirse los contratos aleatorios a título gratuito*”⁹⁰⁶.

El ejemplo más claro de la posibilidad de constituir contratos aleatorios a título gratuito está, dentro de las figuras reguladas legalmente, en el contrato aleatorio de renta vitalicia. A tenor de lo establecido en el Código Civil este contrato puede ser formalizado con carácter oneroso o gratuito, y en ambos casos conserva su aleatoriedad. Así parece considerarlo el citado cuerpo legal al introducir ambos contratos en el título XXII, bajo el epígrafe: “De los contratos aleatorios o de suerte”.

No cabe otra opción, en buena lógica jurídica, puesto que el carácter aleatorio de un contrato no depende de que el contrato cueste a cada parte hacer o prometer una prestación en favor de la otra. Lo esencial para la calificación de un contrato como aleatorio es que contenga el *alea* característica de esta categoría contractual. Resulta indiferente que con la relación se impongan sacrificios a ambas partes, y por la misma razón ambas partes obtengan ventajas en el acto, o que sólo haya ventaja para uno y

negación por BUTTARO, se pronuncia, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 66. En nuestra doctrina, ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, *cit.*, págs. 354 y 355, en relación a la *emptio spei*, también critica la idea de que sea el *alea* o azar el objeto del contrato. En este sentido defiende que “*realmente se compran objetos futuros, totalmente in fieri, cuya existencia pende del azar*”.

⁹⁰⁵ En este sentido tan gráfico se pronuncia DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, pág. 273.

⁹⁰⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 610.

sacrificio para el otro, pues esto es, en definitiva, en lo que consiste la clasificación de los contratos en onerosos o gratuitos⁹⁰⁷.

Por esto han de reputarse erróneas todas aquellas consideraciones que estiman que el *alea* excluye la gratuidad. El *alea* en ningún caso obsta para considerar gratuito un contrato⁹⁰⁸. En este sentido GUILARTE ZAPATERO afirma, "*en los contratos aleatorios gratuitos, a pesar de que puedan estar sometidos a diferente regulación que los onerosos, es incuestionable la influencia que el alea tiene en su resultado final*"⁹⁰⁹.

La influencia del *alea* (en sentido estricto) en el resultado final del contrato, que es en definitiva lo que califica un contrato como aleatorio, es reconocida incluso por aquellos autores que niegan la posibilidad de constituir contratos aleatorios gratuitos. Así PLANIOL y RIPERT, a pesar de negar el carácter aleatorio de las rentas vitalicias constituidas a título gratuito, afirman que sigue existiendo un *alea* importante en estos contratos, concretada en el hecho de que el constituyente no puede medir el alcance de la obligación asumida⁹¹⁰.

Lo verdaderamente importante para esclarecer si estamos ante un contrato aleatorio, o no, es la existencia de ese *alea* con sus características propias. El *alea* es el elemento que necesariamente debe concurrir en todos estos contratos, la gratuidad u onerosidad no influye en la calificación del contrato como aleatorio.

2.1.1.- El olvido del carácter gratuito en la definición

El artículo 1.790 CC no hace referencia a la posibilidad de que existan contratos aleatorios gratuitos. Esto no debería ser un problema, ni una crítica, puesto que el artículo define los contratos aleatorios como típicamente onerosos. La redacción, en principio, dejaría claro que un contrato de estas características queda fuera de la regulación típica del Código Civil, y no daría lugar a controversias sobre la opción tomada por el legislador: su carácter oneroso⁹¹¹. De hecho, así ha sido entendido por muchos autores: "*De la*

⁹⁰⁷ Tal y como afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción a la teoría del contrato), 5ª ed., Civitas, Madrid, 1.996, pág. 82.

⁹⁰⁸ En este mismo sentido LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 311.

⁹⁰⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 327.

⁹¹⁰ PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 517. En el mismo sentido tiene que pronunciarse, también, MAZEAUD, HENRI, *Lecciones de Derecho...*, *cit.*, pág. 605, que no puede por menos que admitir que estos contratos revisten un aspecto aleatorio, pues las previsiones del autor de la liberalidad pueden quedar frustradas.

⁹¹¹ Parece claro que en nuestro Derecho, a la luz del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 CC, no resultaría imposible constituir contratos aleatorios gratuitos. Sin

misma definición del Art. 1.790 resulta que los contratos aleatorios son siempre onerosos, puesto que en ellos la obligación de cada parte se contrae en equivalencia de otra obligación adquirida por la parte contraria.”⁹¹².

Para SÁNCHEZ ROMÁN, sin embargo, no es acertada la redacción del Código, y considera innecesarias las palabras "*en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer*", tachándolas de poco concretas⁹¹³. En el mismo sentido se pronuncian otros autores, que critican la omisión de los contratos aleatorios gratuitos en la definición⁹¹⁴.

El olvido de estos contratos en el artículo 1.790 CC se hace evidente cuando algunos preceptos después se regula un contrato aleatorio con carácter gratuito. Es el propio Código, en su artículo 1.807 CC, el que establece la posibilidad de constituir el contrato aleatorio de renta vitalicia con carácter gratuito. ¿Cómo puede entenderse que la definición general de los contratos aleatorios los constituya como contratos onerosos y unos artículos después establezca la posibilidad de un contrato aleatorio a título gratuito?

No queda nada claro si la definición dada por el legislador es fruto de la escasa meditación de sus palabras, y en ningún momento quiso configurar el contrato aleatorio como oneroso, o si se pretende hacer una excepción con el contrato aleatorio de renta vitalicia. En este último caso, debería haberse especificado en el propio artículo 1.807 CC Nada habría impedido al legislador, de ser esta su intención, redactar el artículo constatando el carácter excepcional del contrato gratuito de renta vitalicia.

Por toda la confusión generada se crítica este aspecto de la definición. No se puede definir el contrato aleatorio en los términos del artículo 1.790 CC cuando inmediatamente después se va a admitir, expresamente, la posibilidad de constituir el contrato aleatorio de renta vitalicia a título gratuito. Sencillo habría sido introducir un poco de claridad en el tema con la mención de si es posible o no constituir contratos aleatorios a título gratuito, pero ante el olvido del legislador será labor doctrinal y jurisprudencial determinar cual es la postura más acorde con el Derecho y la lógica.

embargo, dado el tenor literal del precepto, tales contratos quedarían fuera de la regulación típica del Código Civil y se convertirían en contratos atípicos, sometidos íntegramente a la mera voluntad de las partes.

⁹¹² COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 637.

⁹¹³ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 811.

⁹¹⁴ Es el caso de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario..." , *cit.*, pág. 327.

2.1.2.- El error en la identificación de gratuidad y espíritu de liberalidad

Junto a las opiniones que sin más precisiones consideran el *alea* excluyente de la gratuidad, aparecen aquellas que basan la imposibilidad de constituir contratos aleatorios gratuitos en la inexistencia del necesario *animus donandi* inherente a la gratuidad en estos contratos⁹¹⁵.

El problema radica en la afirmación de que todo contrato gratuito debe ser "de pura beneficencia". Con base en esta opinión, se han considerado nulos algunos de los contratos aleatorios gratuitos más evidentes. Así, DE RUGGIERO defiende la ilicitud de cambiar el concepto de contrato aleatorio con el gratuito, y afirma la nulidad de la denominada "apuesta con riesgo de una sola parte"⁹¹⁶.

Claro ejemplo de este contrato es el supuesto de quien apuesta una determinada cantidad de dinero, sin contraprestación alguna, a que una determinada afirmación es correcta. Esta estipulación parece un perfecto contrato de apuesta gratuita, con plena exigibilidad de sus efectos, aunque en contra cabe afirmar que es un contrato sin causa, por la imposibilidad de conciliar el ánimo de vencer en ella con el *animus donandi*⁹¹⁷.

En contra se defiende la posibilidad de constituir actos en los que no se reciba nada a cambio de lo que se da, pero que no aparecen movidos por ningún ánimo liberal⁹¹⁸. De hecho existen en nuestro Derecho contratos en los que nada se recibe, pero que no aparecen movidos por un ánimo

⁹¹⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, "Los contratos...", *cit.*, pág. 609, afirma, en este sentido, que las diferentes causas que informan estos contratos, el ánimo de liberalidad en los gratuitos y el propio *alea* en los aleatorios, parecen oponerse a la gratuidad de estos últimos. En el mismo sentido se pronuncia, ANDREOLI, MARCELLO, "La rendita...", *cit.*, pág. 14, al afirmar que en los negocios esencialmente aleatorios, con especial referencia al contrato de renta vitalicia gratuito, la voluntad de obtener un lucro, implícitamente, excluye el *animus donandi* que es esencial a los contratos gratuitos.

⁹¹⁶ DE RUGGIERO, ROBERTO, *Instituzioni...*, *cit.*, págs. 235 y ss.

⁹¹⁷ SACCO, RODOLFO, "In tema di contratto di gioco o scommessa (a propósito della competizione rascia o radoppia)", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1.957-1, págs. 415 y 416, considera que en este tipo de apuesta sus efectos son plenamente exigibles, pues resulta prioritaria la idea de que, aunque el *alea* de la pérdida venga asumida por una sola parte, no muta la naturaleza ni la eficacia del contrato. SCALFI, GIANGUIDO, en "Considerazioni sui...", *cit.*, pág. 142, por el contrario, entiende que es un contrato sin causa, dada la imposibilidad de conciliar el ánimo de vencer con el *animus donandi*.

⁹¹⁸ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 87, sostiene que "*la donación es a la vez un acto de liberalidad y un acto a título gratuito, conceptos que no se identifican*". En el mismo sentido se pronuncia en *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 85. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. I, págs. 83 y ss, pone claros ejemplos de estos supuestos, tales como el mecenazgo, las liberalidades de uso realizadas en la creencia de que existe un deber social de hacerlo...

liberal⁹¹⁹. Nada se opone entonces, aunque no estemos ante una apuesta onerosa u ordinaria, a la exigibilidad del contrato en el que, dependiendo de un advenimiento incierto, sólo una parte se obliga.

La negación de la gratuidad en los contratos aleatorios es una clara consecuencia de la deficiente regulación de la causa de las obligaciones y los contratos que realiza el Código Civil. El artículo 1.274 CC, frente a los contratos onerosos definidos por el juego recíproco de obligaciones o de promesas de cosas o servicios, habla de contratos de pura beneficencia, en los que la causa es la mera liberalidad del bienhechor⁹²⁰.

El Código Civil parece considerar todos los contratos gratuitos como de pura liberalidad. No obstante, como ya hemos dicho, pueden existir actos en los que no se recibe nada a cambio de lo que se da sin aparecer movidos por un ánimo liberal. Como ya afirmaba DE CASTRO, “*si bien la definición que el Código da de la donación se ajusta tanto a la que da del contrato de pura beneficencia, que parece vano el intento de separarlas, se han de considerar aparte aquellos otros actos de liberalidad que gozan de regulación especial al constituir propios tipos de contratos*”⁹²¹.

Precisamente por este motivo se afirma que cuando se habla de *animus donandi* o de intención liberal no se está hablando más que del consentimiento contractual aplicado al contrato gratuito, sin que sea necesario, para su existencia, el espíritu de liberalidad propiamente dicho⁹²². En este mismo sentido son muchos los autores que niegan la posibilidad de diferenciar el contrato gratuito de la donación atendiendo al *animus donandi*, dada la genérica invocación a la liberalidad del bienhechor que realiza el artículo 1.274 CC⁹²³. Otros autores han tratado de diferenciar la donación del resto de contratos gratuitos en el elemento objetivo: el enriquecimiento del donatario. En este sentido, LACRUZ radica la diferencia en la certeza del valor de las cosas

⁹¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. I, pág. 83.

⁹²⁰ Acerca de esta deficiente regulación se pronuncia, también, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. I, pág. 83.

⁹²¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, cit., págs. 264 y ss., justifica su afirmación con claros ejemplos de estos contratos, como puedan ser el comodato, el préstamo gratuito o el depósito.

⁹²² En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. I, pág. 84, quien considera más acertada la tesis objetiva para caracterizar los contratos gratuitos, que se fija exclusivamente en la estructura económica del acto sin contemplar los especiales intereses que mueven a las partes, porque no son más que móviles internos. Las tesis subjetivas exigen para la gratuidad del acto una intención de liberalidad, su realización desinteresada, lo que excluiría el carácter gratuito de determinados contratos gratuitos contemplados por el Código Civil.

⁹²³ Es el caso de CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación en la renta vitalicia a título gratuito. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.987)", *Diario La Ley*, La Ley, 1.988-1, págs. 227 y 228, y ZURITA MARTÍN, ISABEL, "Contratos vitalicios: forma...", cit., págs. 917 y 918.

donadas. Para el autor, en la donación, la atribución de cosas o derechos representa un valor cognoscible que se desplaza del patrimonio del donante al del donatario, mientras en las otras operaciones la medida del enriquecimiento o del empobrecimiento, o de ambas, es más dudosa⁹²⁴. De esta manera, sería la incertidumbre característica del resto de contratos gratuitos, frente a la certeza del valor de las cosas donadas, la que justificaría la diferencia de trato entre la donación y el resto de contratos gratuitos.

Este criterio también se ha criticado, pues se considera escurridizo, y obligaría a excluir la donación condicional o con cláusula de reversión del tipo de la donación⁹²⁵. Sin embargo, sí será un criterio válido para deslindar la donación del contrato aleatorio gratuito. Resulta evidente, por tanto, que diferenciar la donación del resto de contratos gratuitos no resulta fácil, aunque no puede dudarse que este tipo no absorbe la totalidad de contratos gratuitos. Desde nuestro punto de vista, como ya se ha explicado, la dificultad en la distinción deriva de la defectuosa regulación de la causa en el ordenamiento jurídico y, como se verá, la delimitación entre unos y otros contratos habrá de centrarse en ese punto.

Puesto que resultaría imposible, y excesivo, realizar aquí un estudio exhaustivo de la distinción entre la donación y el contrato gratuito en general, nos centraremos en la diferenciación de la donación y un específico contrato aleatorio, concretamente el de renta vitalicia. La delimitación de ambas categorías debe centrarse en el *alea*, en ese elemento esencial que tipifica la categoría contractual que nos ocupa y que, como se ha visto, conlleva la imposibilidad de determinar, en la conclusión del contrato, la entidad de las ganancias y las pérdidas para cada contratante.

Lo único cierto, por tanto, es que el legislador no ha configurado la donación como tipo omnicomprendivo de cualquier atribución gratuita *inter vivos*, y así queda demostrado con la tipificación en el mismo Código Civil de contratos que incorporan, en unas ocasiones como elemento natural y en otras con carácter esencial, la gratuidad⁹²⁶. Estos otros títulos lucrativos, diferentes de la donación, deben regirse por sus propias normas, o gozar de regulación especial, puesto que constituyen propios tipos de contratos⁹²⁷.

No tiene sentido vincular todo contrato gratuito al estricto régimen jurídico formal de la donación, pues éste está sometido a numerosas cauciones orientadas a la protección del donante, y sus causahabientes, que

⁹²⁴ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 89. También en *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 89.

⁹²⁵ Tal y como afirma CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", cit., pág. 229.

⁹²⁶ Comparte este punto de vista CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", cit., pág. 227.

⁹²⁷ Así lo manifiesta DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, cit., págs. 264 y ss

resultarán innecesarias en muchos otros contratos (mandato, comodato, préstamo sin interés), en los cuales está presente la gratuidad⁹²⁸.

Si esto es así, y el Código permite la existencia de contratos gratuitos no sometidos al estricto régimen de la donación, nada impedirá que existan otros negocios que aunque no lo diga el Código, por no prohibirlo expresamente, puedan tener causa gratuita. Si tenemos en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad regulado en el artículo 1.255 del Código Civil, que permite la creación de nuevos tipos de contratos a título oneroso o gratuito, y que, aunque el Código tome como paradigma de los negocios gratuitos *inter vivos* la donación, también reconoce otros títulos lucrativos, no existe objeción salvo expresa prohibición legal, a la constitución de diferentes contratos con carácter aleatorio y al mismo tiempo gratuito.

Puesto que entre las escasísimas disposiciones legales de esta categoría contractual no existe ninguna sanción al respecto, será perfectamente lícita la constitución del contrato aleatorio a título gratuito. Quedan así salvadas, en nuestro derecho, las posturas que consideran imposible la constitución de contratos aleatorios gratuitos por ser incompatibles con la existencia de un "*animus donandi*".

De hecho cabe precisar con ÁLVAREZ VIGARAY que, "*...en general, junto a cada contrato aleatorio a título oneroso, cabe representarse (y de hecho puede existir), el correspondiente contrato a título gratuito*"⁹²⁹.

2.1.3.- Crítica a la consideración del contrato aleatorio gratuito como donación

Como ya decía DE CASTRO⁹³⁰, "*parece imposible sostener que todos los contratos aleatorios, estén sometidos al régimen propio de la causa onerosa*". No tenemos más que comprobar las distintas figuras de carácter aleatorio, y al mismo tiempo gratuito, que encontramos en nuestro Derecho. Así, por ejemplo, las dos que ya hemos mencionado: la renta vitalicia a título gratuito y la apuesta unilateral.

Frente a esta evidencia se ha intentado sostener, por quienes no aceptan la existencia de contratos aleatorios a título gratuito, que estos

⁹²⁸ En el mismo sentido se pronuncia CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", *cit.*, pág. 227.

⁹²⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, "Los contratos...", *cit.*, pág. 608. En la nota 4 de la misma página cita, a modo de ejemplo, el préstamo gratuito y la posibilidad de constituir la *emptio spei* con este carácter.

⁹³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, pág. 273.

contratos no son auténticos contratos aleatorios, sino donaciones comunes⁹³¹ o condicionadas⁹³². Desde nuestro punto de vista esta postura es insostenible, porque se recogen en la legislación otros actos de liberalidad diferentes a la donación, a pesar de que ésta sea el régimen usual de los actos a título gratuito, y porque las características de los contratos aleatorios son muy diferentes a las de la donación, simple o condicionada.

Los contratos aleatorios nunca pueden ser donaciones o donaciones condicionales, aunque su estructura sea muy semejante. Y no pueden serlo porque tanto en las donaciones comunes como en las condicionadas la significación patrimonial del contrato es de precisa apreciación desde que se perfecciona el contrato, aunque en la condicionada su eficacia dependa de la producción del evento⁹³³.

En los contratos aleatorios gratuitos, por el contrario, la prestación no va a poder ser determinada hasta el advenimiento del evento incierto que genera su *alea* característica⁹³⁴. Será este acontecimiento incierto, en el *an* o en el *quando*, el que determine la prestación del contrato, tanto en su existencia como su cuantía. En estos contratos, además, el evento incierto es esencial y en ningún caso puede ocurrir que no se produzca, ya que las prestaciones no podrían llegar a determinarse nunca. No puede predicarse lo mismo de la condición, que es siempre elemento accidental y mero presupuesto de eficacia del contrato.

El contrato aleatorio gratuito no constituye una donación condicional, porque siempre es eficaz. En las donaciones sometidas a condición, por el contrario, la eficacia de la prestación depende del cumplimiento o no de la condición. El evento incierto en los contratos aleatorios determina la existencia y cuantía de las prestaciones, pero no

⁹³¹ VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las Obligaciones*, T. I, reimpresión a la 1ª ed., traducido y concordado por W. ROCES, Reus, Madrid, 1.999, pág. 57, nota 4, considera que el seguro gratuito es una donación, pues siempre que un individuo promete gratuitamente indemnizar un daño del que no es responsable realiza una donación. En el mismo sentido se pronuncian LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 428, al sostener que en la renta vitalicia gratuita no se da la reciprocidad y la equivalencia del riesgo ganancia-pérdida, al no mediar la entrega de capital, por lo que se trata de una donación y PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho civil Español*, T. IV (Contratos), 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1.976, pág. 319, al afirmar que la renta vitalicia puede encontrarse como una constitución a título gratuito *inter vivos*, pero que en este caso no estamos ante un contrato de renta vitalicia.

⁹³² ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 609, nota 10, refiere como PASSEFONS en su tesis, “*de nauticum foenus*”, pág. 11, considera una liberalidad condicional el préstamo a la gruesa concedido sin hacerse prometer, en compensación, ventajas serias.

⁹³³ Comparte esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 327.

⁹³⁴ Como también afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 327.

condiciona la eficacia del contrato. A pesar de su semejante estructura, ambos contratos y ambos eventos son diferentes y no deben identificarse.

Sostiene QUIÑONERO CERVANTES, en esta línea, que en el contrato gratuito de renta vitalicia no se da el elemento aleatorio porque es una donación y la donación, por su propia esencia, supone un empobrecimiento de un patrimonio y un enriquecimiento correlativo del otro⁹³⁵. El error aquí, de nuevo, está en considerar la renta vitalicia gratuita como una donación. Efectivamente, en la donación no existe elemento aleatorio alguno, porque no es un contrato aleatorio, pero sí lo hay en la renta vitalicia, sea onerosa o gratuita. En este contrato hay un elemento aleatorio, común a ambas partes contratantes, concretado en la mayor o menor duración de la vida que hace de referente para determinar la duración de la renta. Si el *alea* no existe el negocio puede valer como donación, siempre y cuando se cumplan el resto de sus requisitos, pero si existe *alea* el contrato es aleatorio.

En este sentido, y para reforzar las afirmaciones realizadas, hay que hacer mención a la STS de 23 mayo de 1.987. En esta Sentencia el Tribunal Supremo califica de renta vitalicia gratuita, al amparo de lo establecido en el artículo 1.807 CC, una atribución patrimonial sin contraprestación, concretada en una renta, que un empresario realiza a una de sus empleadas en atención a los servicios laborales prestados. Nuestro más alto tribunal, sin negar en ningún momento la gratuidad del contrato, no lo incardina en el tipo de la donación. Rechaza la Sentencia, por tanto, una relación de identidad necesaria entre gratuidad y donación⁹³⁶.

2.1.4.- El *alea* como elemento esencial del contrato aleatorio gratuito. La consideración de este contrato como verdadero contrato aleatorio

El *alea* puede hacerse intervenir en los contratos gratuitos sin que ello obste para considerar la operación como un contrato⁹³⁷. Este *alea* inherente a los contratos aleatorios gratuitos, además, sigue siendo un elemento esencial de los mismos⁹³⁸. Sigue siendo esencial porque a pesar de haberse sostenido que en los contratos gratuitos el *alea* sólo juega el papel de medir el grado y la amplitud de la liberalidad, esto no puede ser compartido⁹³⁹. Como ya se ha dicho, en los contratos aleatorios el *alea* forma parte de los fines del contrato,

⁹³⁵ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 147.

⁹³⁶ En este mismo sentido, CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", *cit.*, pág. 227.

⁹³⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 311.

⁹³⁸ Así lo opina BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 205.

⁹³⁹ Tal es la opinión, también, de TORRENTE, ANDREA, "Rendita...", *cit.*, pág. 77.

de la causa subjetiva, independientemente de que la objetiva sea onerosa, gratuita o remuneratoria.

El *alea* es el motivo determinante para la celebración de estos contratos, y así puede comprobarse en el supuesto de una renta vitalicia constituida a título gratuito sobre la vida del cuidador de un anciano⁹⁴⁰. La renta se estipula con el objeto de garantizar la calidad de vida de este último, pero la celebración del contrato se realiza en atención a la duración de la vida probable de su cuidador⁹⁴¹. Es tal la importancia del elemento aleatorio en la constitución de este contrato, que las previsiones del constituyente de la renta pueden quedar frustradas por la mayor o menor duración de la vida módulo. Si el cuidador sobre cuya vida se estipula la renta fallece antes que el anciano, éste quedará económicamente desvalido y quedará frustrado el fin del contrato.

El elemento aleatorio, en estos supuestos, es lo que lleva a los contratantes a realizar ese y no otro contrato, por lo que forma parte de la causa en sentido subjetivo. Estamos, por tanto, ante un contrato gratuito, puesto que no existe contraprestación a la constitución de la renta, en el que el no puede dudarse de la esencialidad del *alea*.

El *alea* típica del contrato aleatorio oneroso está también presente en el gratuito. Este *alea*, y las singulares características que de ella se derivan en la estructura del contrato, son independientes a la existencia de contraprestación en la relación jurídica. En los contratos aleatorios, sean onerosos o gratuitos, existe indeterminación del resultado, dependencia del mismo del elemento aleatorio, e incluso bilateralidad del *alea*.

⁹⁴⁰ En este sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., págs. 147 y 148, a pesar de afirmar que la renta vitalicia gratuita es una donación y que la donación no puede ser aleatoria, acepta el esencial carácter aleatorio de la creación de una renta vitalicia por donación. Esta consideración la basa en la idea, muy acertada, de que el *alea* (la duración probable de la vida contemplada) es motivo determinante de la celebración del contrato, aunque considera que no forma parte de su causa porque ésta radica en la mera liberalidad del bienhechor. Para solventar la evidente contradicción de sus palabras el autor defiende que el contrato genético, la donación, no participa de la categoría de los contratos aleatorios, aunque el factor aleatorio sí es esencial a la situación jurídica de renta vitalicia que el contrato genera. Sin embargo, no explica porqué no puede existir un auténtico contrato gratuito de renta vitalicia, que sea el que de lugar a tal situación. Indudablemente la posición del autor viene derivada de la tradicional consideración de la donación como tipo *quasi* exclusivo de la gratuidad.

⁹⁴¹ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág.148, pone un ejemplo muy similar para demostrar la importancia del *alea* en los contratos gratuitos: el supuesto de una renta vitalicia constituida a título gratuito, con el fin de asegurar los estudios o la formación de una persona, contemplando la vida de otra que fallece al poco tiempo.

Con el fin de negar la existencia de contratos aleatorios gratuitos se ha esgrimido la inexistencia de bilateralidad del *alea*⁹⁴². Este concepto hace referencia a la existencia, para ambas partes del contrato, de un resultado final incierto dependiente del evento que genera la aleatoriedad⁹⁴³. Así entendida, la bilateralidad del *alea* es indiferente al problema de la onerosidad o la gratuidad de estos contratos⁹⁴⁴.

Existe bilateralidad del *alea* en los contratos aleatorios gratuitos, porque el *alea* afecta a ambas partes contratantes independientemente de que haya o no contraprestación, ya que ninguno de los contratantes puede predecir cuál será el resultado final de la estipulación⁹⁴⁵. Quien apuesta sin contraprestación que su equipo ganará, desconoce si tendrá que prestar o no. La otra parte apostante, a pesar de que no prestará, tampoco sabe si obtendrá beneficio alguno del contrato⁹⁴⁶. En el mismo sentido, el constituyente de la renta a título gratuito desconoce la cuantía en la que se determinará la prestación, y por tanto, en la que se reducirá su patrimonio. También afecta el riesgo al rentista, aunque no vaya a realizar prestación alguna, porque el resultado de la concreta estipulación contractual, y en consecuencia el incremento de su patrimonio, depende del *alea* inherente al contrato.

La influencia del *alea* en los contratos aleatorios constituidos a título gratuito sigue siendo esencial. A pesar de que uno de los contratantes sabe que no prestará desconoce que obtendrá con el contrato, es más, ni siquiera

⁹⁴² Así, CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 308, BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 47, NICOLÒ, ROSARIO, en “Voce: *alea*”..., *cit.*, pág. 1.031 y FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, “Il giuoco e...”, *cit.*, pág. 59, que niega el carácter aleatorio de la apuesta unilateral gratuita por considerar que en estos supuestos no existe la necesaria bilateralidad del *alea*. VALSECCHI, EMILIO, “Giuoco e scommessa”, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por CICU ANTONIO e MESSINEO FRANCESCO, Tomo II, vol. XXXVII, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1.954, pág. 29, sin embargo, considera explicada la bilateralidad del *alea*, y la necesaria onerosidad del contrato de apuesta, con la teoría del cambio de riesgos, que no compartimos. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 13, por su parte, afirma que si las partes en la estipulación del contrato aleatorio de renta vitalicia gratuita excluyen el *animus donandi*, éstas se obligan a una reciprocidad de riesgos y a una idéntica probabilidad de riesgo y ganancia, en ausencia de las cuales el contrato es nulo por defecto de un elemento esencial al contrato.

⁹⁴³ Así la define GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 261, citando a BETTI, E.

⁹⁴⁴ Como también pone de manifiesto GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 267 y ss.

⁹⁴⁵ MICCIO, RENATO, “Dei singoli contratti...”, *cit.*, pág. 242, a pesar de negar que exista *alea* en la renta vitalicia gratuita, afirma que es innegable la existencia de una incertidumbre en la prestación. Al constituir la duración de la vida módulo el índice de determinación de la ventaja del constituyente de la renta, esta ventaja podría incluso llegar a ser nula.

⁹⁴⁶ En este sentido, CARAVELLI, CASIMIRO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág.309, afirma, a pesar de negar la gratuidad del contrato aleatorio, que al hablar de *alea* no tiene porque pensarse siempre en un aumento efectivo del patrimonio, basta que pueda evitar la disminución. Así, cuando se asegura algo no se busca aumentar el patrimonio, sino evitar su disminución.

sabe si se beneficiará. La cuantía de la prestación y su mera existencia siguen dependiendo del evento incierto que necesariamente acontecerá. Ambas partes siguen sumidas en la más absoluta incertidumbre respecto del resultado final, y sólo el azar desvelará si obtendrán o no alguna ganancia, o si sufrirán o no alguna pérdida⁹⁴⁷.

Es clara la diferencia de este contrato con la donación, en el que el incremento patrimonial del donatario está determinado desde la perfección del contrato. En la donación no existe posibilidad de alteración de lo estipulado, ambos saben si perderán o ganarán y en que cantidad. En el contrato aleatorio gratuito, por el contrario, existe la posibilidad de que ninguno pierda ni gane, o de que las disminuciones patrimoniales sean menores de las previstas.

En opinión de muchos autores los contratos aleatorios gratuitos han de regularse por las normas típicas de la donación⁹⁴⁸. Si bien, posteriormente, la diferente regulación de contratos aleatorios onerosos y gratuitos es utilizada para negar la existencia de estipulaciones contractuales aleatorias con carácter gratuito⁹⁴⁹.

Otros autores, sin embargo, afirman que las especialidades normativas de los contratos aleatorios gratuitos son lógicas cauciones que deben acompañar a todo contrato gratuito⁹⁵⁰. Tales contratos, por su propia esencia, facilitan el fraude al derecho, y las especialidades en su regulación son lógicas cauciones cuya finalidad es evitar estos abusos. Esta es la justificación de que la forma, la capacidad de las partes, el ejercicio por los acreedores de la acción revocatoria... se rijan, también en los contratos aleatorios no onerosos, por las notas propias de los gratuitos. Esta diferente regulación es una consecuencia de su carácter gratuito, sin perjuicio de que en todo lo que no obste a la consideración de gratuitos se rijan por las normas propias de su carácter aleatorio⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 91, considera que el criterio fundamental para distinguir la donación del contrato aleatorio gratuito está en la mayor o menor certeza del desplazamiento patrimonial. En la donación la ventaja es cierta y valuable, en los contratos aleatorios gratuitos, por el contrario, la medida del enriquecimiento y del empobrecimiento es más dudosa.

⁹⁴⁸ MAIORCA, SERGIO, *Il contratto: profili...*, cit., pág. 82, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, cit., págs. 609,y 610, COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, cit., págs. 628 y 629.

⁹⁴⁹ MAIORCA, SERGIO, *Il contratto: profili...*, cit., pág. 82.

⁹⁵⁰ Es el caso de ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, cit., págs. 609 y 610.

⁹⁵¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 389, sostiene, en esta línea, que una renta vitalicia que se constituya por donación, o con causa distinta a la entrega de un capital, ofrece particularidades derivadas de su carácter gratuito, que

Lo más lógico es sostener que los contratos aleatorios gratuitos deben someterse a las normas propias de su categoría. En este sentido, como ya hemos dejado constatado, D. FEDERICO DE CASTRO afirma que deben considerarse aparte de la donación aquellos actos de liberalidad que gozan de regulación especial⁹⁵². Si consideramos que existen otros contratos gratuitos además de la donación, y que estos contratos no están sometidos al régimen restrictivo típico de este contrato, no existe motivo alguno, una vez demostrado que los contratos aleatorios gratuitos no constituyen donación, para subsumirlos en su régimen específico.

La existencia de contratos aleatorios gratuitos en la práctica es algo de lo que no se puede dudar, pues el propio Código Civil prevé la posibilidad de constituir la renta vitalicia a título gratuito en el artículo 1.807. Una vez comprobado que la donación no abarca la totalidad de contratos gratuitos existentes en nuestro derecho, y que el contrato aleatorio no oneroso conserva todas las características derivadas de su inherente aleatoriedad, resulta evidente que no puede subsumirse en el tipo de la donación. Debe aceptarse que estas estipulaciones son verdaderos contratos aleatorios, pues gozan de todos los requisitos vistos para integrar esta categoría contractual.

2.2.- EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA GRATUITO

2.2.1.- Introducción

Defendida la posibilidad de constituir contratos aleatorios a título gratuito, nos centraremos en el contrato que nos ocupa, el contrato de renta vitalicia gratuito, para tratar de deslindar este contrato de la donación propiamente dicha o de otras figuras análogas.

En principio, de la mera observancia de los artículos 1.802 y 1.807 CC podría derivarse que sólo es gratuito aquel contrato de renta vitalicia en el que no existe contraprestación. De esta manera, el contrato de renta vitalicia sería oneroso si existe contraprestación, independientemente de la equivalencia de la misma, y gratuito si ésta no existe. Sin embargo, como se ha visto al hablar del *alea*, este criterio no puede mantenerse, y no puede mantenerse porque en muchos supuestos la renta es exigua en relación con el capital transferido, o viceversa, la renta es muy elevada en relación con el mismo.

En estos supuestos es indudable que no puede hablarse de contrato oneroso de renta vitalicia, porque es necesaria una cierta equivalencia entre

determinan la inaplicabilidad de algunos de los preceptos propios de los contratos aleatorios.

⁹⁵² DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, cit., pág. 265.

las prestaciones⁹⁵³. Si tal equivalencia no existe tendremos que hablar de contrato gratuito o de negocio mixto con donación. En este mismo sentido la STSJ de Cataluña, de 2 de junio 1997, entiende que el contrato de renta vitalicia enjuiciado es aleatorio, y que no cabe la rescisión por lesión a pesar de la avanzada edad de los pensionistas y de que uno de ellos se hallaba afectado de una enfermedad incurable, puesto que el otro sigue viviendo nueve años después. Si bien, la Sentencia entiende que la parte del capital que excede lo estrictamente equitativo en cuanto a la onerosidad de las prestaciones debe reputarse al ánimo de liberalidad del padre a favor de los obligados al pago de la pensión, configurándose un negocio mixto con donación.

Para RODRÍGUEZ RAMOS es posible que el acreedor de la renta se obligue a entregar, hacer o no hacer algo sin que la renta deje de ser gratuita en esencia. Tal es el caso, dice el autor, de las donaciones modales, de las contraprestaciones ridículas en las donaciones encubiertas o en los negocios

⁹⁵³ En el mismo sentido se pronuncia ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Acta Salmanticensis, Salamanca, 1.967, págs. 57 y 58, quien considera que para la existencia de contrato oneroso es preciso que exista proporcionalidad entre las prestaciones, un equilibrio o relación entre las atribuciones por lo que respecta a su entidad económica. El autor excluye la necesidad de equivalencia, pues implica una igualdad de valor, en sentido matemático, que no debe admitirse en el ámbito jurídico, donde es la conducta social humana la sometida a valoración. La proporcionalidad, sin embargo, se mueve en criterios aproximativos y, en su opinión, debe apoyarse en criterios objetivos como concepciones sociales, criterios legales, formas normales de conducirse en el tráfico jurídico... De hecho, pone un ejemplo perfectamente equiparable a los supuestos de renta vitalicia que nos ocupan: un contrato de arrendamiento en el que la renta es muy inferior al valor en uso de la vivienda. En este caso, dice, no hay proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones, falla la finalidad compensatoria y una parte soporta un sacrificio que no guarda relación con la ventaja obtenida por la otra. Ciertamente, afirma el autor, que el arrendador puede actuar movido por un *animus donandi*, por el propósito de dar sin recibir una atribución proporcional, pero independientemente de su intención existe el dato objetivo de la ausencia de compensación y equilibrio entre ventajas y sacrificios. GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 314 y 315, considera que, objetivamente, onerosidad significa equivalencia de las prestaciones. El concepto, por tanto, requiere que ambas prestaciones tengan el mismo valor, por lo que si alguna de ellas es desproporcionada a la otra o sólo hay una prestación estaremos ante una gratuidad más o menos intensa. Desde el punto de vista subjetivo, el contrato es oneroso cuando existe correspectividad entre las prestaciones, por lo que no es necesaria una comparación de valor entre las mismas, sino que cada prestación tenga por causa la otra, investigándose la voluntad de las partes antes que el valor de las prestaciones. El sistema subjetivo es claramente preferible al objetivo, pues permite salvar los problemas derivados de la valoración de las distintas prestaciones que, por otra parte, sólo pueden ser realizadas correctamente por las partes. Sin embargo, tal y como afirma el autor citado, este criterio no puede llevarse al extremo de permitir afirmar la onerosidad de un contrato en el que la desproporción de las prestaciones sea manifiesta. En el mismo sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, ÁNGEL, “Comentario a...”, *cit.*, pág. 988, pues afirma que en Derecho español, a pesar de la escasa operatividad de la rescisión por lesión, cualquier contraprestación no vale como causa de un contrato oneroso, de lo que es clara prueba el artículo 619 CC en relación con el artículo 622 CC.

mixtos con donación, aunque en este último supuesto parece predominar el carácter oneroso sobre el gratuito⁹⁵⁴. En nuestra opinión también puede ocurrir al revés, que sea la renta la prestación inferior y que el contrato siga siendo de renta vitalicia gratuito, siempre y cuando no se trate de una donación disimulada o modal, lo que ocurre cuando la finalidad principal es transmitir el capital (normalmente un bien inmueble) sin contraprestación o con una contraprestación ridícula, careciendo el *alea* de un papel esencial, principal.

2.2.2.- Criterios objetivos para la delimitación del carácter gratuito del contrato de renta vitalicia

La primera cuestión a solucionar es el momento en el que el contrato de renta vitalicia deja de ser puramente oneroso pues, como se verá, al tratarse de un contrato aleatorio la delimitación no siempre resulta sencilla. Lógicamente deja de serlo cuando no existe contraprestación alguna, o cuando las prestaciones son muy desproporcionadas. Deben determinarse, por tanto, los criterios que nos permiten dilucidar cuando la desproporción entre las prestaciones es demasiado grande para poder hablar de contrato oneroso de renta vitalicia y debe hablarse de gratuidad o de *negotium mixtum cum donatione*.

La dificultad, para determinar el carácter oneroso o gratuito del contrato aleatorio de renta vitalicia, estriba en la fijación del límite objetivo más allá del cual no existe incertidumbre respecto a que parte sufrirá una ganancia o una pérdida.

La doctrina italiana también se ha ocupado del problema. VALSECCHI expone los dos criterios que suelen utilizarse por la jurisprudencia del país para determinar la existencia de onerosidad o gratuidad en el contrato de renta vitalicia⁹⁵⁵. El más antiguo, si bien con el que el autor se muestra más conforme, es aquel que atiende a la extensión máxima probable de la vida contemplada, calculada atendiendo a las condiciones concretas de la vida módulo. Frente a éste, señala que la jurisprudencia más reciente tiende a tomar como referencia la duración probable de la vida contemplada, deducida de las tablas estadísticas de mortalidad de las compañías aseguradoras. En contra de este criterio arguye, que se trata de una valoración abstracta realizada sobre una masa de asegurados, que arroja medias estadísticas de mortalidad y supervivencia, mientras el contrato que nos ocupa requiere una valoración concreta, específicamente referida a la vida módulo.

⁹⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia gratuita*, Comares, Granada, 2.006, pág. 89.

⁹⁵⁵ VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 166 a 170.

Además argumenta, de manera impecable, que se busca determinar cuando el contrato es gratuito, y la gratuidad existe cuando desaparece cualquier posibilidad de ganancia para el acreedor de la renta, lo que coincide con la máxima vida probable, con la casi segura exclusión de probabilidad de vida. Para que el contrato sea oneroso, por tanto, es necesario que el capital entregado resulte amortizado en el período de la vida máxima probable que se toma como módulo. La valoración final de cual sea este límite máximo debe hacerla el Juez *a posteriori*, teniendo en cuenta la edad, estado de salud, ambiente y actividad de la persona considerada. Estos datos deben ponerse en relación con el bien transferido y la renta constituida, y en virtud de todo ello decidir si la renta es onerosa o gratuita. Desde nuestro punto de vista, aunque la solución de la vida máxima que se pueda alcanzar nos parece la óptima, no debe descartarse acudir a las tablas de mortalidad establecidas por las compañías aseguradoras, como criterio orientador y un tanto objetivador de cual sea la duración máxima probable de la vida contemplada, por supuesto, atendiendo a sus particulares condiciones.

En nuestra doctrina, DIAZ GOMEZ señala que el límite objetivo mínimo es imposible de establecer, porque nunca puede garantizarse que una persona viva durante un determinado plazo de tiempo. Respecto al límite objetivo máximo, también es muy dudoso, pues nadie puede asegurar en que momento se producirá la muerte de otra persona. No obstante, aunque tal fecha no sea fija no es indefinida, pues en la actualidad nadie puede vivir doscientos años. Por ello compartimos la opinión del autor citado, en el sentido de que no existe incertidumbre respecto a quién sufrirá la pérdida o ganancia en el contrato, cuando la ganancia para el acreedor de la renta sólo pueda producirse como consecuencia de que la vida contemplada se mantenga durante un período de tiempo que nunca nadie haya alcanzado⁹⁵⁶.

De esta manera cabría entender que el contrato es gratuito si, atendiendo a la duración máxima de la vida de otros sujetos en las mismas condiciones, no se llega a superar la prestación del otro contratante. Sin perjuicio de este criterio, para los supuestos más dudosos, consideramos que el Juzgador debe orientarse por las tablas de mortalidad establecidas por las compañías aseguradoras, pues de lo contrario se deja abierta una puerta

⁹⁵⁶ DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, *El contrato...*, *cit.*, pág. 157 a 160, cuya argumentación seguimos y compartimos respecto a los criterios para su resolución. Si bien, en su opinión, si llegado tal límite objetivo las pensiones no han superado el capital entregado el contrato sería inexistente por falta de riesgo. Nuestra postura es diferente. Si llegado tal límite las pensiones no superan el capital el contrato no puede ser oneroso, sin embargo, no deja de ser aleatorio mientras exista incertidumbre respecto al momento en el que se producirá el evento incierto. KLEIN, GÉRARD, “*Aléa et équilibre...*”, *cit.*, pág. 16, también considera que el *alea* puede desaparecer o estar fuertemente atenuada en sentido siempre desfavorable al acreedor (él habla de vendedor, pues se refiere al contrato de *vente d’immeuble en viager*), porque es posible prever por la edad o el estado de salud la muerte cercana de la vida módulo, pero es imposible, en la fecha del contrato, asegurar su longevidad.

demasiado amplia a la discrecionalidad de los jueces y tribunales, que sin duda conllevaría decisiones dispares atendiendo a las concretas situaciones de hecho.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre este problema⁹⁵⁷. No obstante la STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2006, ya citada, establece como mecanismo propio de los contratos aleatorios onerosos para fijar el *dubius eventus* y el equilibrio de las posibilidades de ganancia o pérdida, los cálculos actuariales y estadísticos. En opinión de la citada Sentencia, tales cálculos permiten llegar a una aproximación certera del factor riesgo en los contratos de renta vitalicia. Tampoco puede olvidarse el criterio utilizado por las SSTS 10 de abril de 1956 y 7 de abril de 1961, la división del valor de las fincas en cuotas anuales en función de la vida probable del dueño del predio cedido. Este criterio se utilizó, en aquellas Sentencias, para negar el carácter de renta vitalicia del negocio jurídico discutido, por considerarlo el mecanismo habitual para el cálculo de las rentas en el contrato de renta vitalicia. Sin compartir este criterio, sí que consideramos que podría servir para determinar el carácter oneroso o gratuito de la misma.

Como decimos, uno y otro criterio pueden utilizarse en supuestos conflictivos para orientar y objetivizar la decisión del Juzgador. Si bien, la única regla segura es la que atiende a la duración máxima probable de la vida contemplada, calculada en función de las condiciones concretas de la vida módulo. Es decir, el contrato será gratuito cuando la única posibilidad de ganancia de una de las partes radique en que la vida módulo se extienda más allá de lo que nunca nadie ha vivido. En este supuesto el contrato es gratuito, en los demás debe tenerse muy en cuenta la voluntad de las partes y las concretísimas situaciones de la relación estudiada. No debe extrañarnos esta indefinición, pues no en vano estamos ante contratos aleatorios en los que el azar tiene el papel protagonista, de no ser así estaríamos ante meros contratos conmutativos.

2.2.3.- Delimitación de figuras

Para determinar el tipo contractual de una relación jurídica con prestaciones desproporcionadas entre sí, bien porque la renta es claramente superior al capital transmitido o porque es claramente inferior desde el principio, debemos centrarnos en la verdadera voluntad de las partes, además de en la estructura y función de la prestación más pequeña, pues es bien

⁹⁵⁷ Sí existe un mayor número de Sentencias, muchas de ellas ya citadas en este epígrafe y algunas otras en el relativo a la aleatoriedad, que niegan la existencia de *alea* o consideran la relación jurídica como donación o fraude por la evidente proximidad del fallecimiento de la vida contemplada. De estos supuestos ya nos hemos ocupado, y ya hemos establecido cuando existe o no aleatoriedad, ahora se trata de delimitar, suponiendo que tal aleatoriedad existe, el carácter aleatorio o gratuito del contrato.

sabido que el modo de la donación modal en ningún caso puede equipararse, ni estructural ni funcionalmente, a una contraprestación desproporcionada⁹⁵⁸.

A) La donación de renta

A pesar de que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que la renta vitalicia constituida sin contraprestación, o con una muy pequeña, conforma una donación, tal postura nos parece un tanto forzada y, sin duda, el producto de la tendencia a configurar cualquier contrato gratuito como el citado tipo contractual. De hecho, son numerosísimos los supuestos en los que, para dar validez a un contrato de renta vitalicia gratuito, se tienen que realizar auténticos esfuerzos interpretativos para considerar cumplidos todos los requisitos de forma de la donación⁹⁵⁹. Así, se ha mantenido que sólo admitiendo la existencia del

⁹⁵⁸ En el mismo sentido se pronuncia VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 200 y 201. Sin embargo, el autor entiende que la atención debe centrarse en la prestación más pequeña y no tanto en la voluntad de las partes, porque la calificación jurídica de la relación queda sustraída a su disponibilidad. En su opinión el punto clave para la distinción está en la diferente función y estructura de la contraprestación, aunque sea desproporcionada, y el *modus*. Así, entiende que aunque la renta sea desproporcionada no destruye su función de contraprestación, tal y como ocurre en las ventas a precio vil, que no se equiparan a donaciones modales sino a la categoría de negocios indirectos, concretamente al *negotium mixtum cum donatione*. Comparte nuestra opinión, sin embargo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 218 y 219, para quien, cuando la renta es desproporcionada al valor real del capital se plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica exacta del acto celebrado, que puede ser oneroso o gratuito. En su opinión, el único criterio capaz de solucionar el problema es investigar la verdadera voluntad de las partes, al amparo de lo establecido en los artículos 1.255 y 1.281 CC.

⁹⁵⁹ En este mismo sentido ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/5/1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.987, pág. 4.655, considera que el Tribunal Supremo califica como contrato de renta vitalicia una atribución patrimonial sin contraprestación, en atención a los servicios prestados a una empleada, para obviar el inconveniente de la forma de la aceptación, ya que nunca se había producido. El autor niega que el artículo 1.807 CC diga que el contrato de renta vitalicia pueda ser gratuito, pues, en su opinión, lo que viene a decir es que a la situación jurídica de renta vitalicia se puede llegar mediante otros actos o negocios jurídicos que no sean onerosos. No compartimos tal opinión. En primer lugar, porque no existe motivo alguno para negar la posibilidad de constituir un contrato de renta vitalicia gratuito. Pero además, porque si el artículo 1.807 CC debe entenderse en ese sentido no parece lógico que no haga tal referencia para autorizar las rentas vitalicias constituidas *mortis causa* o las constituidas por Sentencia Judicial... Evidentemente la renta vitalicia puede tener distintas fuentes, pero los artículos 1.802 y ss del Código se ocupan de los contratos de renta vitalicia, onerosa o gratuita, sin perjuicio de que su regulación pueda extenderse al resto de situaciones jurídicas de renta vitalicia en todo aquello que no sea incompatible. Por otra parte, parece más lógico entender que el artículo 1.807 CC contempla la posibilidad de constituir una renta vitalicia por contrato aleatorio gratuito que tratar de dar validez a tales contratos negando la necesidad de forma de la donación. Es evidente que la donación tiene estrictos requisitos formales exigidos legalmente, por lo que resulta más sencillo entender que es perfectamente válido un contrato de renta vitalicia gratuito, para el que no se exigen formalidades, que

contrato de renta vitalicia gratuito cabe aceptar la validez de numerosas rentas vitalicias gratuitas carentes de los requisitos formales de la donación, sin tener que acudir a complejos vericuetos jurídicos para darles validez⁹⁶⁰.

Si bien desde nuestro punto de vista no puede calificarse como contrato de renta vitalicia cualquier supuesto de hecho en el que exista una renta vitalicia sin contraprestación, o con una muy pequeña. Para que exista auténtico contrato de renta vitalicia gratuito el *alea* tiene que tener carácter esencial, estar en primer plano y tener carácter causal, de motivo causalizado, en el sentido ya visto. Cuando el *alea* no ocupe tal papel podremos hablar de donación de renta, así como cuando el *alea* sea tan escasa que pueda preverse el resultado final del contrato. Por ejemplo, si la vida módulo está tan cercana al final que pueden calcularse de manera muy aproximada las prestaciones finales de las partes. En definitiva, cabe hablar de donación cuando el contrato no sea verdaderamente aleatorio.

De esta manera, si la intención ha sido transmitir sin contraprestación o con una pequeña carga, sin que las partes hayan tenido en cuenta de manera principal el *alea*, o cuando el *alea* es tan débil que puede afirmarse que no existe, el verdadero contrato formalizado habrá sido el de donación (simple, modal o remuneratoria), por lo que deben respetarse todas las reglas formales de la misma⁹⁶¹. En este caso es indiferente que la prestación notoriamente inferior sea verdadera o simulada, pues en el primer caso habrá donación modal y en el segundo donación disimulada, con las consiguientes consecuencias prácticas respecto al incumplimiento de tal prestación en la modal, no así en la disimulada⁹⁶².

realizar una interpretación *contra legem* de los requisitos formales exigidos para la donación, entendiendo que no son necesarios para su validez.

⁹⁶⁰ Así lo afirma, GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 91.

⁹⁶¹ En sentido parecido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 219. Para el autor, que recordemos no reconoce la existencia del contrato de renta vitalicia gratuito sino que lo reconduce a la donación, si la intención de las partes fue donar se constituye una donación modal u onerosa, sin que la inadecuada contraprestación pueda tener carácter de tal.

⁹⁶² En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 99 y 100.

B) *Negotium mixtum cum donatione*⁹⁶³

Si la voluntad de otorgar a título gratuito no aparece, sino que resulta evidente o más probable la intención de establecer un contrato oneroso con prestaciones desproporcionadas, para así beneficiar al obligado a la prestación más pequeña, estaremos ante un negocio indirecto de la especie *negotium mixtum cum donatione*⁹⁶⁴.

Debe precisarse, en este punto, que es mayoritaria la doctrina que separa claramente el contrato con prestaciones desproporcionadas del contrato mixto, cuya estructura es muy diferente a la propia del contrato que nos ocupa⁹⁶⁵. Aunque ambos contratos surgen de una única fuente, en el contrato mixto concurren prestaciones de diversos contratos típicos, o que no corresponden a ningún contrato típico, lo que no ocurre en el primero. En el contrato que nos ocupa las partes utilizan el esquema de un contrato típico, en este caso el de renta vitalicia oneroso, con la intención de alcanzar finalidades diferentes a las propias del contrato utilizado. Es decir, los contratantes configuran un contrato oneroso en el que la desproporción de las prestaciones es buscada para alcanzar fines propios de la gratuidad o, incluso, de la liberalidad. Onerosidad y gratuidad concurren, por tanto, en un contrato único cuya causa y estructura es la propia del contrato oneroso, en este caso el previsto en el artículo 1.802 CC, a cuyas normas se somete.

El *negotium mixtum cum donatione* debe incardinarse en la categoría propia de las denominadas donaciones indirectas o negocios indirectos, en los que se utiliza la forma y la causa de un determinado contrato, en este caso el de renta vitalicia oneroso, persiguiendo de manera indirecta una finalidad extraña al mismo, en este caso la gratuidad o la liberalidad⁹⁶⁶. Las partes

⁹⁶³ Sobre el tema cabe destacar, ASCARELLI, TULLIO, “Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXVIII, 1.930-II, págs. 462 a 477, DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, págs. 443 a 457, FUENTESECA DEGENEFFE, MARGARITA, “*Negotium mixtum cum donatione* y negocio indirecto moderno”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1.997, págs. 675 a 695.

⁹⁶⁴ Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 219, aunque en relación con la donación, pues afirma que si las partes nada dijeron en concreto y conforme a las reglas interpretativas del artículo 1.281 CC no puede precisarse la exacta naturaleza del negocio, debe concluirse la existencia de una donación indirecta o de un auténtico *negotium mixtum cum donatione*.

⁹⁶⁵ En este sentido se pronuncian, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 202 y 203, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 220 y 221, y QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 161 a 163, compartiendo las explicaciones que a continuación exponemos en el texto.

⁹⁶⁶ Comparte esta afirmación, además de los autores citados en la nota anterior, como allí se dice, ASCARELLI, TULLIO, “Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXVIII, 1.930-II, pág. 463, RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*,

verdadera y directamente quieren el contrato utilizado, por lo que no deja de pertenecer a su tipo contractual, aunque una de las prestaciones sea desproporcionada respecto a la otra y no exista reciprocidad. Resulta evidente, por tanto, que el *negotium mixtum cum donatione* es un contrato oneroso que debe adaptarse a las reglas formales de tales contratos, en el caso que nos ocupa a las del contrato oneroso de renta vitalicia. Sin embargo, en cuanto a sus requisitos internos debe someterse a las reglas propias de la donación, para evitar los posibles fraudes que podría derivarse del negocio indirecto⁹⁶⁷.

La cuestión se complica cuando se constituye una renta vitalicia ínfima a cambio de la transmisión de un inmueble. En tales supuestos el Tribunal Supremo suele apreciar la existencia de una donación encubierta, exigiendo escritura pública para la validez del negocio⁹⁶⁸. Consideramos, no obstante, que si realmente se demuestra que la contraprestación es verdaderamente querida por los contratantes, si realmente hay contrato oneroso, aunque subsidiariamente se quiera beneficiar a una de las partes, tal exigencia no debe

págs. 100 a 103. El autor equipara el negocio mixto con donación y la donación indirecta considerándolos “*el mismo perro con distintos collares*”, ya que en ambos casos se quiere un contrato oneroso con el fin indirecto de donar. Como resulta evidente, estos autores hablan de liberalidad, aunque desde nuestro punto de vista basta con que el fin buscado sea la gratuidad. Para FUENTESECA DEGENEFFE, MARGARITA, “*Negotium mixtum...*” *cit.*, pág. 695, en las fuentes romanas la donación indirecta aparece como prototipo de *negotium mixtum cum donatione*, porque la *donatio* no fue construida en la jurisprudencia romana como figura negocial típica, sino como *causa donandi*, susceptible de ser realizada indirectamente mediante cualquier negocio de transmisión de bienes. En su opinión, la *donatio* indirecta contenida en el *negotium mixtum cum donatione* fue el prototipo del moderno negocio indirecto.

⁹⁶⁷ En este mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina, por ejemplo, ASCARELLI, TULLIO, “Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, XXVIII, 1.930-II, págs. 462 y 463, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 203, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 221, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 163 y RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 102, para quien, cuando lo donado indirectamente sea la renta vitalicia bastará la documentación privada, o la verbal sin entrega simultánea, para la validez del negocio, aunque serán aplicables las reglas de la revocación, colación o reducción.

⁹⁶⁸ En este sentido FERRARA, FRANCISCO, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducido de la 5ª ed. por ATARD, RAFAEL y DE LA PUENTE, JUAN A., Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1.926, págs. 228 y 229, considera que falta en la doctrina, y más aún en la Jurisprudencia, una exacta diferenciación entre los negocios relativamente simulados y los reales indirectos, pese a que existe una clara separación. En los primeros existen dos negocios, uno aparente y otro serio en el que el primero disfraza el segundo. No ocurre así en los indirectos, en los que el acto es verdadero en su totalidad aunque produzca efectos complejos, pues en estos últimos las partes no disfrazan el contrato.

subsistir, pues no estaremos ante una donación disimulada sino ante un auténtico *negotium mixtum cum donatione*⁹⁶⁹.

C) Contrato de renta vitalicia gratuito

Sin embargo, tal y como afirma RODRÍGUEZ RAMOS, tratar de solucionar todos los supuestos de renta vitalicia gratuita a través de esta vía resulta imposible, por las reticencias jurisprudenciales a la aplicación de la teoría del negocio jurídico indirecto y por la imposibilidad de solucionar todos los supuestos de hecho relacionados con la renta vitalicia, pues es evidente que en muchos casos no existe voluntad onerosa⁹⁷⁰. En este sentido, como ya se vio al hablar del *alea* si la renta es igual o inferior a los productos del capital, cuando exista tal desproporción entre las prestaciones que no permita hablar de contrato oneroso ni siquiera desde un punto de vista subjetivo, tiene que existir un ánimo accesorio de gratuidad para que el contrato sea válido como *negotium mixtum cum donatione*. Pero si la

⁹⁶⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 100 a 103, comparte esta opinión. Si bien, en el mismo sentido del texto, deja constancia de que cuando la renta vitalicia es lo pagado a cambio de un inmueble que indirectamente se dona el Tribunal Supremo, más por conveniencia práctica que por reparos teóricos, prefiere guardar las formas gratuitas cuando la desproporción sea evidente. Para el autor, conforme la opinión expuesta, esto debe ser así cuando lo único pretendido sea el enriquecimiento del donatario, pero no cuando las partes quieran el medio oneroso. Por su parte FERRARA, FRANCISCO, *La simulación...*, *cit.*, pág. 229 incide en la diferencia entre los negocios relativamente simulados y los indirectos, constatando las importantes consecuencias prácticas de tal diferenciación. Así, manifiesta que en el negocio indirecto no se tienen en cuenta los requisitos esenciales para la validez del acto que produce efectos análogos a los que se quieren obtener, por lo que puede tener validez aunque no se cumplan. Esto no ocurre, sin embargo, en el negocio disimulado. De hecho, en las págs. 230 y 231, el autor se ocupa de un supuesto típico y muy similar al que nos preocupa: la venta por un precio tan bajo que se vea claramente la intención de beneficiar. Tal y como ocurre en la realidad, manifiesta que en estos supuestos suele hablarse de donación disimulada, lo que no considera exacto, porque no sería simulada sino indirecta. Para el autor, cuando exista un motivo de correspondencia seria entre el valor de la cosa y el precio la venta subsistirá, pues en su derecho positivo, como en nuestro derecho común, no se exige equivalencia rigurosa entre el precio y el valor de la cosa vendida para que exista venta. Diferente es el supuesto en el que no exista precio o sea tan vil que carezca de toda correspondencia con la cosa vendida, pues entonces existirá liberalidad. Como vemos, esta doctrina es perfectamente extrapolable a nuestro supuesto de hecho.

⁹⁷⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 103. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, págs. 456 y 457, hace referencia a los problemas que plantea el negocio jurídico indirecto. Así, en su opinión, “*El sistema jurídico español, con su concepción “espiritualista” del contrato, basando en la causa la eficacia del negocio jurídico, no puede admitir el procedimiento de evasión en gran escala que supone la figura del negocio indirecto.*” Manifiesta el autor, además, que la doctrina del Tribunal Supremo parte de un concepto de negocio jurídico incompatible con el concepto de negocio jurídico que pusiera en circulación ASCARELLI, que permite dejar de lado el resultado práctico buscado por las partes. Por último, recuerda que contra la figura del negocio indirecto opera, también, la doctrina sobre el fraude de Ley, conforme a la cual una conducta es fraudulenta cuando el resultado perseguido es contrario a la Ley, tal y como recuerda la STS 15 de junio de 1964.

desproporción es demasiado grande para quedar absorbida por una simple disposición accesoria, el ánimo gratuito tiene que pasar al puesto principal de móvil, transformándose el negocio en gratuito. En sentido parecido se pronuncia GOMÁ SALCEDO, para quien en estos casos existe donación modal u onerosa⁹⁷¹. Desde nuestro punto de vista es indudable que el contrato se transforma en gratuito, pero habrá que atender a la intención de las partes, y a la existencia de *alea*, para decidir si el contrato es de renta vitalicia gratuito o de donación⁹⁷².

Frente a esta opinión, otras se fijan en la forma del contrato para determinar si la relación constituye contrato de renta vitalicia gratuito o donación. Así, se defiende la existencia de contrato de renta vitalicia gratuito cuando no se hayan observado los requisitos de forma de la donación, y el pensionista no quede obligado a nada con el deudor o quede obligado a algo de valor manifiestamente inferior que no reste liberalidad al contrato. Tal es la opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, para quien al tratarse de una liberalidad a sus reglas queda sometida, salvo en lo relativo a la forma, de la que queda liberada por la finalidad ordinariamente asistencial del contrato, que fundamenta, también, la cláusula de inembargabilidad del artículo 1807 CC⁹⁷³. La formalización por escrito, según el autor citado, no necesariamente supone la existencia de una donación. La diferencia entre ambos contratos radica, en su opinión, en lo solemne de la aceptación, que se requiere para la donación, siempre que no sea manual, pero no para el contrato de renta vitalicia gratuito, que es un contrato consensual en virtud de las reglas generales de la contratación (arts. 1.262 y 1.278 CC).

Sin embargo, como ya se adelantó, consideramos imposible reducir la diferencia entre el contrato de renta vitalicia gratuito y la donación a una mera divergencia formal. Prácticamente puede resultar útil para conceder validez a determinadas donaciones que omiten los requisitos formales de la donación, pero, indudablemente, el contrato que nos ocupa tiene un plus sobre la donación, el *alea*⁹⁷⁴. Para que exista este contrato es imprescindible la

⁹⁷¹ GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 317 y 318, como ya se vio al hablar del *alea* cuando la renta es igual o inferior a los productos del capital.

⁹⁷² Confirma este criterio la STS 6 de mayo de 1980 que, aunque en relación a un contrato, entonces, de vitalicio, es perfectamente aplicable al caso. La Sentencia considera que la calificación jurídica hecha por la Sala de instancia, de contrato vitalicio, es correcta y que no puede mantenerse la dada por los recurrentes, de donación onerosa, porque de la propia literalidad del contrato aparece claramente su carácter aleatorio, lo que le distingue perfectamente de la donación onerosa.

⁹⁷³ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 105, para quien, además, la finalidad asistencial fue la que permitió el fraccionamiento de la *donatio* de renta para liberarla de las solemnidades de la insinuación.

⁹⁷⁴ De alguna manera puede entreverse esta misma opinión en el comentario a la ya citada STS 23 de mayo de 1987, realizada por LÓPEZ VILAS, RAMÓN, en *Estudios de Jurisprudencia*

presencia del *alea*, pues si no existe no hay contrato de renta vitalicia. Por ello es fundamental que los contratantes quieran ese *alea* de manera principal y que se de la incertidumbre esencial al contrato aleatorio, como ya se explicó. Es decir, en el contrato de renta vitalicia gratuito la causa es gratuita, como en todo contrato de estas características, pero además debe venir completada con el *alea* propia de estos contratos, que adquiere la categoría de motivo causalizado exactamente igual que en el contrato de renta vitalicia oneroso.

Precisamente por ser esta nuestra postura, consideramos que el contrato no está sometido a los requisitos formales de la donación, ni en la oferta ni en la aceptación, pero no por su carácter asistencial, sino porque no es una donación. Es un contrato gratuito sometido a las reglas generales de forma de los contratos consensuales, porque es un contrato consensual y porque, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil italiano⁹⁷⁵ o en el

Civil, vol. I, Montecorvo, Madrid, 1.989, pág. 363. El autor, a la sazón ponente de la Sentencia, entiende que la calificación de contrato de renta vitalicia gratuito es más correcta que la de donación remuneratoria, atendiendo al carácter permanente y vitalicio del complemento de la pensión atribuido a la rentista como premio a los servicios prestados. De alguna manera, aunque sin más meditaciones, el ponente parece entrever el carácter aleatorio del contrato en su duración vitalicia. Sin embargo, no conseguimos comprender con que finalidad matiza, en la pág 364, que no se trata de presentar el supuesto de renta vitalicia recompensatoria constituida a título gratuito como contrapuesta a una donación remuneratoria. Evidentemente no se trata de categorías contrapuestas, sino distintas y con diferentes requisitos formales. De hecho, tras hacer esta matización sigue argumentando que “*La Sala más bien precisa la calificación adecuada al supuesto, en base al carácter vitalicio de la liberalidad efectuada y que había de hacerse efectiva por mensualidades, fundándose para ello en la figura y generalización de la renta vitalicia prevista en el art. 1.807 del Código Civil que la Sentencia expresamente cita, es decir, de la renta constituida a título gratuito sobre sus propios bienes*”. Es evidente que la calificación que mejor se adapta al supuesto de hecho es la de contrato de renta vitalicia gratuito, y es la única posibilidad de dar validez al contrato, pues no se cumplen los requisitos formales de la donación y la doctrina de los actos propios, que la resolución cita y el autor reitera en el comentario, no tiene cabida cuando de contratos nulos se trata.

⁹⁷⁵ El artículo 1.790 del Codice de 1.865, y el posterior artículo 1.872.2 del Codice de 1.942, establecen que la renta vitalicia también puede constituirse por donación o testamento, en cuyo caso reenvían a las normas establecidas por la Ley para tales actos, aunque el último excluye de sus formalidades a la renta vitalicia a favor de tercero. Dada la expresa previsión legal, la doctrina es prácticamente unánime a la hora de considerar la renta vitalicia constituida a título gratuito como donación o testamento, y a sus normas remite. Así, por ejemplo, ANDREOLI, MARCELLO, “*La rendita...*”, *cit.*, pág. 100, reitera lo establecido en el citado precepto y afirma que la renta vitalicia gratuita puede tener su fuente en la donación, además de en el testamento y en la renta vitalicia a favor de tercero, en cuyo caso se exige el cumplimiento de sus requisitos formales. VALSECCHI, EMILIO, “*La rendita...*”, *cit.*, págs. 175, 176 y 177, también afirma que la renta puede ser objeto de una liberalidad, sin que el ordenamiento jurídico ponga límite alguno. De hecho, como dice el autor, el artículo 1.872.2 del Codice de 1.942 prevé expresamente un negocio de esta especie, de donde deriva que la renta constituida por donación (o por testamento) constituye un renta típica y un contrato nominado. En su opinión, este tipo de renta constituye una particular especie de donación, a la que le son aplicables gran parte de sus normas reguladoras, entre ellas las de forma.

*Code*⁹⁷⁶, nuestro Código Civil no remite a la normativa de la donación⁹⁷⁷. Por ello, el mero acuerdo de voluntades entre las partes será suficiente para su perfección, sin que tenga que plasmarse en documento alguno aunque, indudablemente, siempre es preferible su documentación, a los efectos de la prueba de su existencia⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ El artículo 1969 del *Code* también prevé la posibilidad de constituir la renta vitalicia a título gratuito por donación entre vivos o por testamento, en cuyo caso debe revestir las formas previstas por la Ley para estas figuras. El artículo 1.970 *Code*, por su parte, establece la posibilidad de reducción y la necesidad de observar las reglas de capacidad del donatario. Precisamente por este motivo la práctica totalidad de la doctrina francesa considera la constitución de renta vitalicia gratuita entre vivos como una donación, y a sus reglas reenvía. Tal es el caso de LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 247, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 99, quienes la consideran una auténtica donación y a sus reglas la someten tanto en lo relativo a la forma como en cuanto al fondo. COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 629, defienden que la constitución de renta vitalicia a título gratuito no constituye un contrato aleatorio, sino una donación o, en la mayor parte de los casos, una disposición testamentaria. De hecho, consideran un error de método que los textos relativos a la constitución de renta vitalicia gratuita se incardinan en el mismo epígrafe que los contratos aleatorios. Inciden en esta idea PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 517, pues afirman que todo carácter aleatorio desaparece en la constitución a título gratuito, y que las reglas que el Código consagra a la renta vitalicia gratuita estarían mejor ubicadas en el título de las donaciones *intervivos* y de los testamentos.

⁹⁷⁷ En nuestro ordenamiento jurídico, el Proyecto de 1.851 sí contemplaba, en el artículo 1.704, una norma análoga a las contenidas en los artículos 1.969 y 1.970 del *Code*, en el que se basaba. El artículo 1.704 establecía: “*También puede uno constituir la renta vitalicia gratuitamente por donación o testamento sobre sus propios bienes, reteniendo su dominio para sí o para su heredero, en cuyo caso estará sujeta la renta a las reglas sobre capacidad, reducción o nulidad establecidas para los casos respectivos en los títulos I y IV de este libro*”. El precepto viene recogido, también, en el anteproyecto de 1.882-1.888, en el artículo 16 del Capítulo IV, en el Título dedicado a los contratos aleatorios o de suerte, fascículo tercero del Libro IV, sin más modificaciones que las relativas a la ubicación de las normas relativas a la donación y el testamento. Sin embargo, la disposición desaparece en el texto definitivo del Código Civil, sin que exista una justificación explícita en los trabajos preparatorios. No obstante, es destacable que el precepto nada decía respecto a la forma que debía observar el contrato, pues no remitía a las reglas de forma de donaciones y testamentos, a pesar del que el artículo 1.969 del *Code*, en el que se basaba, lo hace expresamente y de manera principal. Señala estos precedentes legislativos, también, CADARSO PALAU, JUAN, “Contrato y donación...”, *cit.*, pág. 226, entendiendo que la supresión del Código obedece al carácter superfluo de un texto cuyo sentido se desprende de las reglas generales. Sin embargo, el carácter superfluo desaparece cuando observamos la posibilidad de constituir contratos gratuitos *intervivos* diferentes a la donación.

⁹⁷⁸ Contradice esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 207 y 208, como no podía ser de otra manera, pues el autor considera que el contrato de renta vitalicia gratuito es una auténtica donación. Por ello exige el cumplimiento de todos los requisitos de forma de la donación. Si bien, señala que no es necesaria la formalización de la donación en escritura pública, pues no se trata de donación de bienes inmuebles, sino del derecho de crédito a la renta vitalicia que es cosa mueble. En el mismo sentido se pronuncian GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 150

En nuestra opinión el contrato de renta vitalicia gratuito sí debe someterse al resto de cautelas propias de la donación: capacidad, revocación, colación⁹⁷⁹, reducción... Esta solución deriva de que nuestro ordenamiento jurídico carece de un régimen jurídico propio de los negocios gratuitos, por lo que debe acudir al de la donación siempre que no sea incompatible con la finalidad del contrato. Además, como ya se dijo, estas cautelas tratan de evitar los fraudes que pueden derivarse de la utilización de la donación, fraudes que en muchos supuestos son extensibles a la renta vitalicia gratuita. Es indudable que, por ejemplo, con esta figura pueden tratar de burlarse las legítimas hereditarias, en cuyo caso debe reducirse la renta o declararse su nulidad por fraude legítimo, por causa ilícita⁹⁸⁰. Lógicamente, puesto que estamos ante un auténtico contrato aleatorio de renta vitalicia, también le serán de aplicación los artículos 1.803, 1.804, 1.806, 1.807, 1.808, y en determinados supuestos el artículo 1.805 CC.

Vendría a confirmar estas opiniones la STS 23 de mayo de 1.987, que califica de contrato de renta vitalicia gratuito, al amparo de lo establecido en el artículo 1.807 CC, la constitución de una renta sin contraprestación que

y ss. y ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios,...*, *cit.*, págs. 44, considera aplicables a la renta constituida a título gratuito los requisitos formales de la donación y, por tanto, los artículos 632 y 633 CC.

⁹⁷⁹ Respecto a la colación, resulta imprescindible el estudio del completo trabajo de ALONSO PÉREZ, MARIANO, “La colación de las donaciones remuneratorias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 461, julio-agosto, 1967, págs. 1.017-1.073.

⁹⁸⁰ Aunque no es el supuesto específicamente planteado en el texto, porque en el contrato celebrado no existía *alea*, la STSJ Galicia, Sala de lo civil y penal, de 15 de diciembre de 2000, seleccionada por el CGPJ, declara la existencia de un fraude legítimo en un supuesto contrato de vitalicio que esconde una donación. En el supuesto de hecho estudiado por la resolución las partes buscan simular un contrato oneroso de alimentos (entonces contrato vitalicio atípico), para defraudar derechos hereditarios. El contrato objeto de la Sentencia se formaliza ante notario, y el cedente transmite la nuda propiedad de su vivienda a cambio de la obligación alimenticia, haciéndose constar que el contrato se registrará por la Ley Gallega 4/95 en lo no previsto en la escritura. Tras su formalización se reclama la nulidad del contrato por inexistencia del *alea* esencial, dado el fallecimiento del rentista (vida módulo) en los trece días siguientes a la constitución. La Sentencia recurrida considera que el finado no conocía la proximidad de su fallecimiento, a pesar de haber estado internado en centros hospitalarios pocos días antes de morir, y que la única finalidad no podía ser la de donar, porque existía contraprestación alimenticia. Sin embargo, para la resolución que nos ocupa debe tenerse en cuenta que el cedente formaliza la escritura en su casa, y que el notario deja constancia de la existencia de razones de urgencia para la formalización del contrato, por lo que debe deducirse la previsibilidad del fallecimiento del rentista en fechas próximas, siendo ésta la razón de tal urgencia. Para la Sala las escasas probabilidades de prolongación de la vida del cedente a la formalización del contrato son suficientes para negar el carácter aleatorio u oneroso del contrato, pues revela de manera categórica una imposible o proporcionada prestación alimenticia, lo que le lleva a afirmar que la formalización del contrato no tiene otra finalidad que revestir formalmente un fraude urdido para desposeer a la demandante recurrente de sus derechos hereditarios. En este contrato no existe *alea*, por lo que nunca habría podido plantearse la existencia de contrato gratuito y aleatorio.

realiza un empresario a favor de una de sus empleadas, con la intención de remunerar los servicios que venía prestando⁹⁸¹. Esta Sentencia, como ya se ha dicho, no incardina el negocio jurídico en el ámbito de la donación, rechazando la relación de identidad entre gratuidad y donación, y considera válido el contrato de renta vitalicia gratuito a pesar de que no consta la aceptación escrita de la beneficiaria, ni que dicha aceptación se produjese en vida del constituyente. El contrato no reúne los requisitos de validez de la donación, establecidos en los artículos 623, 629, 630, 632.2 y 633 del CC, pero el Tribunal Supremo considera válido el acuerdo contractual como renta vitalicia⁹⁸². Aunque la *ratio* de la decisión se sitúa en la doctrina de los actos propios⁹⁸³, y la negación de que la estipulación constituya un contrato de donación se hace en los *obiter dictum*, “...parece que el camino hacia la estimación de la validez de la renta, es más practicable eludiendo los escollos formales derivados de la calificación como donación”⁹⁸⁴.

De hecho, esta Sentencia vuelve a ser citada para dar validez a un contrato de renta vitalicia, también con finalidad remuneratoria, en la SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2002. La citada resolución, con base en la Sentencia anterior, califica como contrato de renta vitalicia gratuita, al amparo del artículo 1.807 CC, un negocio similar. En el caso resuelto por esta Sentencia, una entidad mercantil otorga una pensión vitalicia a tres consejeros honorarios, correspondiendo a sus viudas el 50% de la pensión en caso de fallecimiento, como compensación a los servicios que habían venido prestando. Con posterioridad, el acuerdo adoptado por el consejo de administración pretende ser revocado, lo que da lugar a la *litis*. La entidad

⁹⁸¹ En este mismo sentido se pronuncia CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", *cit.*, pág. 225, al mantener que la calificación de renta vitalicia, y no de donación remuneratoria, preferida por el Tribunal Supremo, y acompañada de una precisa referencia normativa (art. 1.807 CC), quiere sin duda evocar una subsunción típica autónoma y diferenciada del contrato aleatorio gratuito de renta vitalicia.

⁹⁸² Para CARRASCO PERERA, ÁNGEL, "Comentario a...", *cit.*, pág. 985, con la Sentencia el Tribunal Supremo parece consumir un proceso tendente a la formalización rígida de los tipos negociales con causa gratuita. La donación deja de reputarse como el tipo general de las atribuciones gratuitas y como causa negocial de todas ellas, para convertirse en una más entre un número indeterminado de tipos que pueden ser fungiblemente utilizados para enriquecer a un tercero. De esta manera la renta vitalicia gratuita, descalificada como objeto de una donación obligacional, se eleva a la condición de tipo contractual autónomo, convirtiéndose en uno de aquellos tipos.

⁹⁸³ Doctrina que, como se ha dicho, no tiene cabida en el supuesto de hecho de la Sentencia. No tiene cabida porque la donación que no observa los requisitos de forma legalmente exigidos es nula, y la doctrina de los actos propios no impide impugnar un negocio nulo de pleno derecho, aunque en un principio se haya reconocido. En este mismo sentido se pronuncia ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, "Comentario a la...", *cit.*, pág. 4.658.

⁹⁸⁴ Así lo afirma CADARSO PALAU, JUAN, "Contrato y donación...", *cit.*, págs. 231 y ss. El autor demuestra que en este supuesto, calificado por el Tribunal Supremo como renta vitalicia gratuita, no se dan los requisitos necesarios para la constitución de la donación, y sin embargo se considera válida la renta vitalicia. De aquí se deriva, necesariamente, que la renta vitalicia gratuita no queda vinculada por la normativa propia de la donación.

apelante niega que las entregas dinerarias puedan ser consideradas contrato de renta vitalicia gratuita, calificándolas de donación simple, y afirma que nunca se produce aceptación expresa por parte de los beneficiarios, por lo que puede revocarse. No obstante la Sala, confirmando la Sentencia dictada en apelación, entiende que la calificación más adecuada a la relación jurídica es la de renta vitalicia gratuita, a pesar de tratar de dar validez a la relación, incluso como donación remuneratoria, atendiendo a la doctrina de los actos propios.

La postura que defendemos respecto al régimen jurídico aplicable al contrato de renta vitalicia gratuito tiene una ventaja añadida fundamental, es prácticamente el mismo que el propio del *negotium mixtum cum donazione*, lo que implica una menor importancia de la, tantas veces dificultosa, distinción entre ambas figuras.

2.2.4.- Las características del *alea* en el contrato de renta vitalicia gratuito

Parece claro que el elemento caracterizador del contrato de renta vitalicia gratuito es el *alea*. Este *alea* es la que configura la especialidad del contrato, exactamente igual que en el oneroso, y la que permite diferenciar el contrato gratuito de renta vitalicia de la donación. Si hay *alea* el contrato es de renta vitalicia gratuito, sino, es donación⁹⁸⁵. Es necesario, por tanto, delimitar cuando existe *alea* en el contrato gratuito.

⁹⁸⁵ Nos parece imposible identificar el *alea* con la existencia de prestaciones proporcionadas para ambas partes contratantes, como lo hace la STS 11 de junio de 2003. En el supuesto de hecho que resuelve la Sentencia se otorga un contrato de renta vitalicia, en el que la rentista cede varias fincas a su hijo a cambio de una renta vitalicia muy inferior al capital entregado. Se ejercita acción de nulidad del contrato por estar viciado el consentimiento de la rentista, alegando una actuación dolosa del demandado y obligado al pago de la renta que, según dice la actora, genera la creencia de un falso estado de necesidad que le lleva a la celebración del contrato. La Sala no considera probada la existencia de dolo, por lo que desestima la petición. Si bien, tras recordar que el contrato de renta vitalicia es un contrato aleatorio en el que es incierto el tiempo durante el cual debe pagarse la renta, nos sorprende, afirmando que si existe desproporción entre las prestaciones de las partes desaparece la aleatoriedad para una de ellas, por lo que puede declararse la nulidad del contrato por falta de causa siempre que no conste la existencia de *animus donandi*. No obstante, la Sentencia no declara la nulidad del contrato porque no considera que la desproporción de las prestaciones pueda considerarse integrante del dolo alegado, con lo que se desestima la petición de nulidad. Desde nuestro punto de vista la argumentación de la Sala no puede mantenerse, pues confunde la aleatoriedad con la onerosidad y parece reducir la posibilidad de constituir una renta vitalicia gratuita al ámbito de la donación. Sólo en el supuesto de que entendiéramos el *animus donandi* en el sentido restrictivo expuesto, es decir, como mero consentimiento aplicado a los contratos gratuitos, podría compartirse en parte la argumentación de la Sentencia, si se considerase probada la ausencia de voluntad de constituir un contrato gratuito de renta vitalicia, que se formalizase por error o dolo.

Evidentemente, para defender la existencia de *alea* en los contratos gratuitos no puede hablarse de ella como posibilidad de pérdida o ganancia, en sentido estricto, para ambas partes contratantes. En el contrato gratuito una de las partes gana y la otra pierde en sentido absoluto, pero sigue siendo incierta la entidad de esa ganancia y de esa pérdida, y tal incertidumbre es esencial para la consecución de las finalidades queridas con el contrato, de manera que el *alea* se inserta en su causa. El problema radica en determinar cuando el *alea* es suficiente para poder hablar de contrato aleatorio gratuito, y en el límite entre la onerosidad y la gratuidad.

Como ya se ha dicho, el *alea* del contrato de renta vitalicia deriva de la incierta duración de la vida módulo. Cuando tal incertidumbre no existe, no hay *alea* ni contrato aleatorio. De los supuestos de inexistencia de *alea* por falta de incertidumbre en cuanto a la duración de la vida contemplada ya nos ocupamos en el epígrafe dedicado al artículo 1.804 CC. Allí se explica que el contrato en el que no existe *alea*, por ser tan próxima la muerte de la vida contemplada que permite valorar las recíprocas prestaciones, no constituye contrato de renta vitalicia, sin perjuicio de que pueda valer como cualquier otro contrato.

En este momento nos centraremos en aquella hipótesis, ya apuntada, en la que la vida contemplada es incierta pero no lo suficientemente larga para que del contrato puedan derivarse pérdidas o ganancias para ambas partes contratantes. En este supuesto la duración de la vida módulo es incierta, pero por determinadas circunstancias, como la escasa cuantía de la renta o del capital entregado, desde el principio se sabe que la pérdida lo será para una de las partes, aunque no es posible determinar su entidad⁹⁸⁶. El caso típico es aquel en el que la renta es inferior a los productos del bien o capital cedido.

Para que del contrato de renta vitalicia se deriven posibilidades de pérdida o ganancia para ambas partes contratantes es necesario que la duración de la vida contemplada pueda ser lo suficientemente larga para que las rentas acumuladas superen el capital transferido. Tal posibilidad es imprescindible para que el contrato de renta vitalicia sea oneroso pero, como ya se ha visto, es posible que el contrato de renta vitalicia sea gratuito sin que pierda su carácter aleatorio⁹⁸⁷.

⁹⁸⁶ La jurisprudencia italiana considera el *alea* inexistente cuando la relación entre los riesgos y ventajas a los que los contratantes se exponen son fácilmente valuables en la conclusión del contrato, requiriendo una situación de incerteza acerca de la ventaja económica y la correlativa pérdida que puede alternativamente verificarse en el desarrollo y duración de la relación. Así lo afirma CAPALDO, GIUSEPPINA, *Contratto aleatorio...*, *cit.*, pág. 181, notas 72 y 73, con cita de Cass. 15 de mayo de 1996.

⁹⁸⁷ En sentido parecido se pronuncia la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de septiembre de 2006. La Sentencia resuelve a favor de la posibilidad de ejercitar una acción

Cuando esto ocurra, el requisito de la existencia de pérdida o ganancia para ambas partes contratantes se transforma en la posibilidad de que la prestación debida por el deudor de la renta sea mayor o menor, dependiendo de la duración de la vida contemplada. Se genera, así, la posibilidad de una ganancia incierta para el acreedor de la renta, recíprocamente ligada a la entidad de la pérdida del deudor de la misma, esencial para la existencia del contrato aleatorio que nos ocupa. La necesidad de esta reciprocidad en el *alea* se exige, también, en la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 1990. La Sentencia afirma que el factor suerte o azar, el *alea*, debe actuar sinalagmáticamente, de modo que el perjuicio derivado del mismo para uno de los contratantes signifique un beneficio correlativo para el otro. Además, la Sala añade que la aleatoriedad debe referirse a la operación en su conjunto, y no a un aspecto de escasa incidencia respecto del total.

Siempre que exista incertidumbre y la misma se haya tomado como elemento esencial del contrato para la determinación de la prestación principal, y para la satisfacción de los principales fines buscados por los contratantes, el contrato es aleatorio, existe *alea*⁹⁸⁸. Cosa distinta es que el contrato sea oneroso o gratuito. Así, será oneroso cuando existan recíprocas

de rescisión *ultra dimidium* en un contrato de renta vitalicia, con base en el carácter lesivo de la renta pactada en relación con el valor de la finca y la expectativa de vida del cedente. La citada Sentencia entiende, en lo que ahora nos interesa, que el contrato de renta vitalicia es un contrato bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo, que también puede constituirse a título gratuito. Además añade, de manera impecable, que en el contrato de renta vitalicia la aleatoriedad consiste en lo incierto de la duración de la obligación de pago de la renta, que depende de un elemento objetivamente incierto: el tiempo exacto que durará la vida contemplada. Posteriormente afirma la esencialidad del *alea* y la necesaria equivalencia del riesgo, en lo que estamos de acuerdo. Sin embargo, radica la equivalencia del riesgo en la existencia de iguales posibilidades de pérdida o ganancia para ambas partes contratantes, aunque luego reduce el ámbito de actuación de tal equivalencia a los contratos onerosos. Evidentemente, si se radica la equivalencia del riesgo en la existencia de idénticas posibilidades de pérdida o ganancia final, tal equivalencia solo puede reconducirse a los contratos onerosos. No obstante la Sentencia matiza, y cita una STSJ Cataluña del año 1.990 que exige la actuación sinalagmática del *alea*, de manera que el perjuicio derivado del *alea* para uno de los contratantes signifique un beneficio correlativo para el otro, acertando en lo que significa la equivalencia de riesgos y en la posibilidad de que tal equivalencia se de en los contratos gratuitos, como de hecho ocurre en el gratuito de renta vitalicia. Así, finalmente, la Sala reconoce que la equivalencia de las prestaciones es propia de los contratos onerosos y recíprocos, indicando que tal equivalencia, en los contratos aleatorios onerosos, radica en la existencia de equilibrio entre las posibilidades de ganancia o pérdida para las partes, por lo que si no existió podrán rescindirse. Desde nuestro punto de vista la argumentación de la Sentencia es, en general, bastante adecuada. Sin embargo, consideramos que falta desgranar los motivos en los que basa la voluntad onerosa de las partes, pues si las partes quisieron constituir un contrato de renta vitalicia gratuito no cabe la rescisión.

⁹⁸⁸ Si tal incertidumbre afecta a la prestación principal y ha sido querida por los contratantes de manera esencial, que han decidido configurar así su relación contractual y no de otra manera, por ejemplo para asegurar el bienestar del acreedor de rentas durante todo el tiempo que viva, no cabe duda de que el contrato es aleatorio, aunque gratuito.

posibilidades de pérdida o ganancia en sentido estricto, y será gratuito cuando exista seguridad de que la pérdida recaerá sobre uno de los contratantes. Si bien, el contrato seguirá siendo aleatorio si la entidad de la misma es ignorada y recíprocamente inversa a la ganancia de la otra parte. Por tanto, la exigencia de que las posibilidades de pérdida o ganancia lo sean para ambas partes contratantes va ligada a la idea de onerosidad y no a la de aleatoriedad⁹⁸⁹.

2.3.- LA RENTA VITALICIA A FAVOR DE TERCERO

2.3.1.- Introducción

No podíamos finalizar este epígrafe sin hacer referencia a la renta vitalicia constituida a favor de tercero. Contempla tal posibilidad el artículo 1.803.2 CC, al establecer que la renta “... *también puede constituirse a favor de aquellas u aquellas personas sobre cuya vida se otorga, o a favor de otra u otras personas*”⁹⁹⁰.

No debe confundirse la constitución de renta a favor de tercero con la renta formalizada mediante representante, sea legal o voluntario, en nombre del representado, ni con aquella en la que un donante dona una cantidad de dinero, o un determinado bien, para que se constituya en su propio nombre y beneficio una renta. No puede afirmarse la existencia de renta vitalicia a favor de tercero en estos casos, porque el futuro perceptor de las pensiones adquiere tal derecho en virtud de su directa intervención en el contrato, y no por la atribución que realizan los contratantes⁹⁹¹.

Existe constitución de renta vitalicia a favor de tercero cuando la parte que recibe el capital asume la obligación de pagar la renta a persona distinta del que lo entrega⁹⁹². Si así ocurre, la designación del tercero puede realizarse

⁹⁸⁹ Como también lo afirma GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 285, al entender que la exigencia de equivalencia se articula de manera singular en los contratos aleatorios por la ausencia de recíprocas prestaciones ciertas y determinadas, no estando ligada al concepto de *alea* sino a la naturaleza objetiva de la onerosidad contractual. La equivalencia de las prestaciones se alega como criterio delimitador entre onerosidad y gratuidad, también, por ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1.978, págs. 125 y ss.

⁹⁹⁰ Para RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 107 y 108, esta norma, como el artículo 1.807 CC, reafirma el tratamiento unitario de la renta vitalicia en el Código Civil, por ser de aplicación indistinta a la renta onerosa y a la gratuita, y por reunir sendos caracteres en un solo contrato, como veremos que puede ocurrir.

⁹⁹¹ En este sentido se pronuncian TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 119 y 120, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 467.

⁹⁹² GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 465, comparte esta definición.

en el propio contrato de constitución o en un momento posterior, siempre que se hayan fijado los criterios de determinación⁹⁹³.

En este supuesto el acreedor de la renta vitalicia debe aceptar la estipulación en su favor para adquirir de manera definitiva el derecho a recibir las pensiones⁹⁹⁴. Precisamente porque no es parte en el contrato, aunque deba aceptar, el tercero no necesita capacidad para contratar, basta la mera capacidad para adquirir derechos y la general de obrar, pues tiene que declarar por sí su voluntad de aceptar la estipulación en su favor⁹⁹⁵. Resulta indiferente, al igual que en el resto de supuestos de contrato de renta vitalicia, quien sea la vida contemplada. Es decir, la vida módulo puede ser la del constituyente, la del deudor, la del beneficiario o la de un tercero pues, como se verá, es completamente ajena al contrato, sólo sirve de módulo a la duración del mismo.

En realidad este precepto es una concreción, para la renta vitalicia, del contrato a favor de tercero que regula el artículo 1.257 CC⁹⁹⁶. Como es bien

⁹⁹³ Así lo afirma, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. I, pág. 434. Comparte esta opinión IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, cit., pág. 50. De hecho, esta autora comparte aquellas opiniones que afirman que el constituyente puede reservarse, de forma expresa, la posibilidad de nombrar al beneficiario unilateralmente y cuando lo estime oportuno, al igual que puede hacerse en el contrato de seguro (arts. 84 a 87 de la Ley de contrato de seguro).

⁹⁹⁴ Confirma las opiniones vertidas en el texto la STSJ de Galicia, Sala de lo civil y penal, de 15 de diciembre de 2000, seleccionada por el CGPJ. Esta Sentencia, aunque referida al vitalicio, es perfectamente extrapolable a los supuestos que nos ocupan, y deja meridianamente clara la imposibilidad de considerar al tercero parte contractual, así como la necesidad de su aceptación. La Sala afirma que “*La pluralidad de partes contratantes, bien como alimentistas, bien como alimentantes, admitida legalmente en los términos expuestos, no permite sin embargo la consideración como parte contratante y en la posición de alimentista a aquél que aún figurando como tal en el contrato no se obliga con la cesión o entrega de bienes propios. La cesión o entrega de bienes por el alimentista constituye un elemento esencial del contrato y por ello para apreciar una pluralidad de contratantes, en la posición de alimentistas, se requiere que la cesión o entrega comprenda bienes de cada uno o bienes comunes*”. Con base en tales argumentaciones niega la resolución el carácter de parte contratante de la codemandada, beneficiaria de la pensión sin haber entregado capital alguno, pues los bienes entregados para su constitución eran de propiedad privativa de su marido. Por ello entiende que la manifestación de la escritura pública en cuanto a su consentimiento es desafortunada, ya que nada tenía que consentir en cuanto a la cesión de la casa. De hecho, justifica la intervención de la beneficiaria en la escritura de constitución del contrato en la finalidad de dejar constancia, de forma fehaciente, de la estipulación alimenticia en su favor otorgada, a los efectos del artículo 1.257. 2 CC. Para la Sala, el régimen jurídico establecido por el citado artículo excluye el carácter de parte contratante del beneficiario, que sólo tiene un derecho subjetivo a exigir el cumplimiento de la estipulación establecida en su beneficio desde que comunica su aceptación al obligado.

⁹⁹⁵ Como también afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág.468.

⁹⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncian BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., págs. 224, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág.466.

sabido, la regla general es que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes, y así lo establece el párrafo primero del artículo citado. Sin embargo, y en virtud del segundo párrafo del artículo 1.257 CC, los contratos pueden contener estipulaciones a favor de tercero, en cuyo caso éste puede exigir su cumplimiento, siempre que comunique su aceptación al obligado antes de que aquella haya sido revocada. La constitución de renta vitalicia a favor de tercero requiere de la existencia de tres personas: la que entrega el bien o capital, a la que denominaremos estipulante; la persona obligada al pago de la pensión: el promitente; y el tercero que recibe la renta durante todo el tiempo que dure la vida módulo, designado como beneficiario⁹⁹⁷. La vida contemplada, como se ha dicho, puede ser la de cualquiera de los tres o la de otra persona por completo ajena al contrato.

2.3.2.- Clases de renta vitalicia a favor de tercero

La doctrina española, así como la francesa e italiana, suele señalar tres posibles vías de constitución de una renta a favor de tercero⁹⁹⁸:

1.- El establecimiento de una renta vitalicia con carácter accesorio a un contrato principal oneroso. Así, por ejemplo, cuando se pacte que la renta vitalicia forme parte del precio de una compraventa, siempre que se beneficie de ella persona distinta del vendedor.

2.- La creación de una renta vitalicia como carga de un contrato gratuito. En este caso, el supuesto más habitual es la realización de una donación en la que se impone al donatario la carga de pagar una renta vitalicia a favor de persona distinta del donante.

3.- Como contrato principal. En cuyo caso el constituyente de la renta entrega el capital al deudor de la misma para que sea pagada a un tercero durante todo el tiempo que viva la vida módulo.

⁹⁹⁷ Como también afirma RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 108.

⁹⁹⁸ Así lo hacen, por ejemplo, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 104 y 105, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 224, QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 133, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 466 y RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 108 y 109. También es la opinión de la doctrina francesa, aunque se ocupa menos del tema. Así, PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 385, n° 694 o LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 247 y 248, consideran que el artículo 1.973 *Code*, que permite la constitución de renta vitalicia en favor de tercero, es una aplicación y una extensión del artículo 1.121 *Code*. Este último precepto permite la estipulación en favor de tercero cuando se hace como condición de una hecha para el propio contratante, o de una donación hecha a otro, pero consideran que el artículo 1.973 *Code* permite, también, la estipulación autónoma a favor de tercero.

Como acertadamente indica GUILARTE ZAPATERO, de las distintas formas de constitución de la renta vitalicia a favor de tercero no derivan consecuencias especiales, pero sí resulta relevante el carácter oneroso o gratuito de la relación entre promitente y estipulante, y la de éste con el tercero⁹⁹⁹. Así, en los supuestos nº 1 y nº 3 la relación entre estipulante y promitente tiene carácter oneroso, y en el supuesto nº 2 tiene carácter gratuito. La importancia del carácter oneroso o gratuito del contrato que da lugar a la estipulación a favor de tercero radica en que el promitente puede oponer al beneficiario las excepciones que deriven del mismo¹⁰⁰⁰. De esta manera, si la estipulación deriva de una donación hecha al promitente, éste podrá oponer la revocación de la misma frente a la reclamación del tercero.

Si atendemos a la relación estipulante- beneficiario, en los tres casos pueden tener carácter gratuito o *solvendi causa*, pues la atribución puede tener la finalidad de satisfacer una deuda pendiente. En este último supuesto estaremos ante una modalidad especial de pago, ante un subrogado del mismo, al que se le aplican las reglas establecidas en los artículos 1.156 y ss CC¹⁰⁰¹. Lógicamente, es imprescindible la existencia real de la relación obligatoria a extinguir, pues es lo que legitima la atribución, y viceversa, la nulidad de la renta conlleva el mantenimiento del crédito del tercero frente al estipulante¹⁰⁰². Cuando no exista una relación patrimonial preexistente que se trata de extinguir, la atribución de la renta vitalicia al tercero es gratuita, y estaremos ante una especie de negocio indirecto al que le serán de aplicación las reglas ya vistas¹⁰⁰³. Es decir, debe observar la forma y la estructura del

⁹⁹⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 467.

¹⁰⁰⁰ Así lo señala, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág.471.

¹⁰⁰¹ En el mismo sentido se pronuncian BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 225 y TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 120 y 121, para quien la voluntad del estipulante de cumplir con un deber patrimonial preexistente frente al tercero excluye la atribución de la esfera de los actos de liberalidad, directos o indirectos. En su opinión, en este caso el fundamento de la atribución está en una *causa solvendi*, ajena a los mismos; Así, también, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 204.

¹⁰⁰² De la misma manera, confirma esta afirmación GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 471.

¹⁰⁰³ La generalidad de la doctrina considera que estamos ante una especie de donación indirecta. Así TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 121; VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 204 y 205; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 225. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 471, también entiende que el carácter gratuito de la relación entre estipulante y tercero implica su sujeción a las reglas sustantivas propias de la donación, tales como las relativas a la capacidad, revocación, nulidad... En el *Code*, el artículo 1.973 *Code*, de manera expresa, libera la renta a favor de tercero, constituida a título gratuito, de las formas requeridas para la donación, aunque considera aplicables las reglas relativas a la reducción y a la nulidad previstas en el artículo 1.970 *Code*.

acto jurídico a través del que se actúa y las propias de la donación en lo relativo a su sustancia interna¹⁰⁰⁴.

2.3.3.- La aceptación de la renta por el tercero

El artículo 1.257 CC, con carácter general, supedita la reclamación de la estipulación prometida, por parte del tercero, a la existencia de su aceptación. Sin embargo, el artículo 1.803 CC nada dice respecto de la aceptación del tercero. Esto ha dado lugar a numerosas disquisiciones doctrinales sobre si el precepto es una excepción a la regla general de las estipulaciones de tercero, o si no es más que una reiteración de la citada norma. Desde nuestro punto de vista el artículo 1.803 no es una excepción al artículo 1.257 CC, sino que se trata de una clara aplicación del mismo a la renta vitalicia¹⁰⁰⁵. De hecho, entendemos que ninguna justificación tiene, en este caso, considerarlo una excepción.

La solución es prácticamente igual en el Derecho francés. El artículo 1.973 del *Code* también prevé la posibilidad de constituir una renta vitalicia a favor de tercero, y la opinión general de la doctrina francesa es que tal previsión es una aplicación y una extensión del artículo 1.121 *Code*, cuyo párrafo segundo establece que la estipulación no puede revocarse si el tercero

¹⁰⁰⁴ La referencia a las normas propias de la donación se realiza, en nuestro caso, porque es el único negocio gratuito con una regulación sustantiva detallada. Por otra parte, es la solución que mantuvimos al hablar del contrato de renta vitalicia gratuito. BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 141, afirma que es un acierto del Código Civil no pronunciarse sobre el carácter oneroso o gratuito de este tipo de estipulaciones, para evitar las disquisiciones sobre si es adecuado, o no, eximir a la renta vitalicia a favor de tercero de las formalidades propias de la donación. IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 49, comparte esta opinión, pues afirma que “... se ha llegado a elogiar que el legislador español haya evitado trasladar al plano positivo la cuestión relativa a la conveniencia o no de eximir a dicha <<variante>> de renta de la aplicación de las normas que regulan las donaciones en el texto decimonónico”.

¹⁰⁰⁵ En el mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina española, que exige el citado requisito. Así, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 134, considera que la insuficiencia del artículo 1.803 CC, que se limita a establecer la posibilidad de la renta vitalicia a favor de tercero sin aludir a la aceptación, tiene su justificación en el encuadre sistemático del artículo 1.257 CC dentro de las “Disposiciones generales”. Para el autor, afirmar que el artículo 1.803.2 CC es una excepción al artículo 1.257 CC constituye un absurdo, pues la excepción a una regla general tan clara y terminante debería formularse en términos que no admitiesen duda alguna. Existe una justificación más para la necesidad de aceptación, pues, tal y como afirma, RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 106, en nuestro ordenamiento jurídico la regla es que nadie se obliga ni se beneficia sino cuando lo quiere y así lo manifiesta (*nemo nolenti acquiri potest*). Este principio afecta, por definición, a los contratantes y alcanza su máxima virtualidad en las estipulaciones a favor de tercero, por lo que será necesario el consentimiento de quien vaya a percibirla para su constitución, por muy provechosa que resulte la renta.

ha manifestado la intención de aprovecharse de ella¹⁰⁰⁶. No ocurre así, sin embargo, en Italia, donde la mera intención del tercero es suficiente para que éste adquiera el derecho, conforme a la doctrina general de la estipulación a favor de tercero que contiene el artículo 1.411 del Codice de 1.942¹⁰⁰⁷.

La aceptación del tercero en estas estipulaciones plantea numerosos problemas doctrinales y jurisprudenciales, que son propios de la figura en general y no del tema que nos ocupa, por lo que no se tratarán con detalle. Lo único que ahora interesa es que la aceptación del tercero es necesaria para la adquisición del derecho, y que ésta debe producirse antes de la revocación por parte del estipulante¹⁰⁰⁸. La aceptación posterior no produce efecto alguno, pero la anterior permite la consolidación del derecho y la imposibilidad para el estipulante, o sus herederos, de revocar la estipulación o

¹⁰⁰⁶ PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, pág. 385, n° 695, afirma que el artículo 1.973 *Code* es una aplicación y una extensión del artículo 1121 *Code*, y que el tercero no puede disfrutarla mientras no manifieste su intención de beneficiarse. Por tanto, dice el autor, mientras el tercero no manifieste su intención de aceptar la estipulación es revocable, pues no es más que una promesa LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 247 y 248, por su parte, deja constancia de que la opinión general de la doctrina francesa es que el artículo 1.973 *Code* es una aplicación y una extensión del artículo 1.121 *Code*. También QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 134, entiende que la aceptación del tercero, como requisito esencial de validez de la estipulación, se ve confirmada en el Derecho francés de manera similar al nuestro, citando argumentaciones de la doctrina francesa en la nota 240.

¹⁰⁰⁷ De hecho, el citado Código no contiene una admisión explícita de la renta vitalicia a favor de tercero, sino sólo un precepto, el artículo 1.875, que excluye la necesidad de los requisitos formales de la donación cuando la renta constituya una liberalidad a favor del tercero. No ha sido siempre así, el Código de 1.865 sí contenía un precepto que la regulaba, porque la doctrina general sólo permitía las estipulaciones a favor de tercero como accesorias a contratos onerosos o gratuitos, y siempre que se produjese la aceptación. El artículo 1794 del Codice 1.865 contemplaba expresamente la posibilidad de estipular una renta vitalicia a favor de tercero. Por ello, la doctrina discutía si sólo era una aplicación del principio general o si, por el contrario, era una excepción y el tercero podía adquirir la renta por el mero hecho de la estipulación, sin necesidad de aceptación. Esta última opinión es la que prevalece, por lo que la renta podía adquirirse como una carga accesorio de un contrato oneroso o gratuito, a través de la aceptación, o de manera automática, como la prestación principal de la figura autónoma contenida en el artículo 1.794. Tal y como afirman TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 115 y 116; VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 203.

¹⁰⁰⁸ En este sentido se pronuncia, también GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 468, para quien la aceptación no influye en la perfección del contrato, pero representa la adquisición definitiva del derecho a adquirir las pensiones y la imposibilidad de revocar por parte del estipulante. Para BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 222, la aceptación tiene una importancia decisiva, que le da el valor de verdaderamente constitutiva, para la atribución de efectividad jurídica a favor del tercero. QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 131, opina que la aceptación no es requisito indispensable para la validez del contrato, sino para el conocimiento de que la finalidad del contrato va a realizarse porque el tercero quiere beneficiarse de ella.

de modificar sus condiciones¹⁰⁰⁹. El precepto exige, además, que el tercero haya puesto en conocimiento del obligado la aceptación, de donde deriva que tiene carácter recepticio y que debe comunicarse al obligado. No obstante, se admite, con carácter general, la aceptación tácita del beneficiario¹⁰¹⁰.

La aceptación genera la posibilidad de que el beneficiario pueda exigir, por derecho propio y autónomo, el pago de la renta en los términos establecidos, pues así lo prevé el artículo 1.257 CC. Si bien, como sigue siendo ajeno al contrato, no puede ejercitar aquellos derechos derivados del mismo que presuponen la cualidad de parte en la relación, pues deben ejercitarse por el estipulante, que no deja de ser parte del contrato por la aceptación del beneficiario¹⁰¹¹.

Algún autor se pregunta sobre quién debe entenderse acreedor, cuando la renta se constituye a favor de tercero, para otorgar el consentimiento a la sustitución del deudor primitivo, a los efectos del artículo 1.205 CC. Tal y como afirma BADENAS CARPIO, lo cierto es que el deudor de la renta contrató únicamente con el constituyente de la misma, por lo que podría pensarse que, a pesar de ser una estipulación a favor de tercero,

¹⁰⁰⁹ En este punto debe hacerse un inciso, cuando los efectos de la estipulación a favor de tercero deban surtir efectos una vez fallecido el estipulante, siendo gratuita la relación entre ambos, la aceptación por parte de éste no impedirá una posterior revocación en disposición testamentaria, pues le serían de aplicación las reglas relativas a las donaciones *mortis causa*. Al serles aplicables a estas donaciones las reglas relativas a las disposiciones de última voluntad, por así establecerlo el artículo 620 CC, sería perfectamente posible la revocación de la estipulación mediante disposición testamentaria aunque se haya producido la aceptación del beneficiario. Comparten esta opinión ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 106 y 107, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 136 y 137, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 470.

¹⁰¹⁰ Así lo hacen, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 136, en base al carácter asistencial y de previsión de la renta vitalicia, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 468.

¹⁰¹¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 470 Y 471, considera que no puede solicitar la resolución del contrato por la falta o disminución de las garantías comprometidas, aunque las partes hayan convenido tal posibilidad en el contrato. Sin embargo, entiende que sí podrá actuar en el sentido previsto por el artículo 1.805 CC, reclamando el afianzamiento de las pensiones futuras. Incide en el hecho de que la posición de contratante del estipulante no se ve mermada por la posición de acreedor que ostenta el tercero, IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, págs. 55, 77 y 78. La autora afirma que el estipulante tiene legitimidad para exigir el cumplimiento al deudor, para formular la excepción de contrato no cumplido y para solicitar la resolución del contrato, cuando se incumpla lo acordado y se haya pactado la resolución expresamente en el contrato. En este último caso, entiende que si el beneficiario ha aceptado debe contar con su asentimiento o, al menos, indemnizarle los daños y perjuicios sufridos. No obstante, existen opiniones que otorgan al constituyente una legitimación ilimitada para ejercitar la acción resolutoria. Por otra parte, considera que es perfectamente posible que el constituyente ceda la facultad revocatoria al beneficiario mediante pacto expreso, lo que será muy beneficioso cuando se prevea que el constituyente fallecerá antes que el tercero.

sólo el constituyente puede autorizar el cambio en la persona del deudor. Tal posibilidad, según sigue argumentando el autor citado, podría sustentarse sobre el principio de que los contratos se perfeccionan atendiendo no sólo a su objeto y a su causa, sino también al consentimiento de las partes que en el intervienen. No obstante, consideramos preferible entender que el consentimiento en estos casos debe darse por el tercero acreedor de la renta, porque, indudablemente, la finalidad del artículo 1.205 CC es proteger al acreedor de la obligación, a quien realmente recibe la renta, independientemente de que la haya constituido o no¹⁰¹².

Tal afirmación requiere una precisión, si la novación conlleva la extinción de la obligación primitiva, porque así se desprende de la voluntad de las partes, no puede llevarse a cabo por el tercero, que nada tuvo que ver en su nacimiento salvo por la aceptación que le convierte en acreedor. En tales supuestos se requiere el consentimiento del constituyente, mientras que aquellas sustituciones del deudor que sólo impliquen modificación de la relación, sin extinción de la obligación primitiva, pueden ser aceptadas por el tercero. Lógicamente, antes de que se produzca la aceptación del tercero cualquier modificación o extinción de la relación tiene que ser aceptada por el constituyente, pues sin la aceptación el tercero no adquiere el derecho a la renta, ni puede considerársele acreedor¹⁰¹³.

2.3.4.- La revocación de la renta por el estipulante o la renuncia del tercero. Consecuencias.

Tanto el estipulante como el tercero tienen derecho a revocar, el primero, o a renunciar, el segundo, a la estipulación de renta. El estipulante tiene, además derecho a modificar las condiciones de la renta establecida, si bien, debe ejercitar cualquiera de los dos derechos antes de que se produzca la aceptación por parte del beneficiario¹⁰¹⁴.

El Código no hace referencia alguna a las características de estas manifestaciones de voluntad, lo cual no tiene mayor importancia en el supuesto de la renuncia, pues basta con la falta de aceptación. Respecto a la revocación, mayoritariamente se considera que debe consistir en un acto unilateral recepticio, que puede ejercitarse por el estipulante, o sus herederos, y debe dirigirse al promitente y al tercero, produciendo sus efectos desde el conocimiento de la misma por parte del promitente o del tercero¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² Así lo afirma, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 131, 132 y ss.

¹⁰¹³ Enuncia estos criterios sobre quien debe dar el consentimiento en cada caso, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 132 y ss.

¹⁰¹⁴ Tal y como afirma TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 122.

¹⁰¹⁵ En este sentido se pronuncian, también, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 122, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 135 y 136,

Características que también debe tener la renuncia si se hace de manera expresa.

La doctrina se ha planteado las consecuencias que puede tener la revocación o la renuncia en la relación contractual principal si las partes nada pactan al respecto. Tal y como señala GUILARTE ZAPATERO¹⁰¹⁶, las posibles soluciones son cuatro: 1.-Entender liberado al promitente de la renta en todo caso; 2.- Entender que la renta corresponde al estipulante en todo caso; 3.- Entender liberado al promitente si la relación entre promitente y estipulante es gratuita y que la renta corresponde al estipulante si es onerosa, 4.- Considerar que el contrato deviene nulo por frustrarse la finalidad del mismo.

La aplicación de la primera posibilidad en todo caso resulta a todas luces injusta, pues es indudable que, sea el contrato oneroso o gratuito, las condiciones del mismo se han estipulado teniendo en cuenta la atribución a favor del tercero, y el consentimiento de las partes se presta teniendo en cuenta tal atribución. Baste pensar, para darse cuenta de la injusticia de la solución, en la renta vitalicia a favor de tercero que se pacta en un contrato principal a título gratuito. Si el tercero renuncia, el promitente haría suyo el capital sin tener que realizar desembolso alguno, lo que no se corresponde, en principio, con la verdadera voluntad del estipulante.

Respecto a la última posibilidad, la nulidad del contrato, tampoco parece que sea la solución idónea para todos los supuestos, pues debe de tenerse en cuenta que, en ocasiones, la estipulación de renta tiene carácter accesorio respecto de otro contrato, que puede ser oneroso o gratuito. Que se frustre la finalidad perseguida con la estipulación a favor de tercero no tiene porqué implicar la frustración de la finalidad del contrato celebrado entre promitente y estipulante siempre y en todo caso.

La tercera solución implica que siempre que el contrato celebrado entre promitente y estipulante sea gratuito, el primero quede liberado del pago de la renta si el estipulante revoca o el tercero renuncia. Tampoco nos parece viable la solución para todos los supuestos, sobre todo si la frustración de la estipulación a favor de tercero es consecuencia de la renuncia de éste, pues es muy posible que el estipulante no hubiese querido el contrato, o al menos no lo hubiese querido en las condiciones pactadas.

Por eso consideramos que, salvo pacto en contrario, lo preferible es que el promitente quede obligado al pago de la renta a favor del

quien indica la eficacia retroactiva de la revocación y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 470.

¹⁰¹⁶ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, págs. 472 Y 473.

estipulante¹⁰¹⁷. Tal es la solución más justa, tanto si el contrato celebrado entre promitente y estipulante es oneroso como gratuito. Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la renta vitalicia puede ser la de extinguir una deuda con el tercero. En este caso, si el tercero renuncia, y no es ésta la solución, se vería frustrada la finalidad de la estipulación y el estipulante perdería la renta y seguiría estando obligado con el tercero.

3.- EL CARÁCTER CONSENSUAL Y BILATERAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA. SU POSIBLE CONSTITUCIÓN UNILATERAL

Antes de empezar a estudiar el carácter consensual y la eventual unilateralidad del contrato de renta vitalicia hay que justificar la viabilidad de constituir contratos aleatorios unilaterales, pues parte de la doctrina niega tal posibilidad con base en el *alea* propia de estos contratos. Se afirma que en los contratos aleatorios debe existir bilateralidad en el *alea*, lo que es cierto, pero en nada afecta esta bilateralidad del *alea* a su constitución unilateral, como se verá.

3.1.- LA CONSENSUALIDAD Y LA POSIBLE UNILATERALIDAD DEL CONTRATO ALEATORIO CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 1.790 CC

El artículo 1.790 CC considera que los contratos aleatorios se perfeccionan por el mero consentimiento, así se deriva claramente de su redacción: “*por el contrato aleatorio una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan...*”.

Dados los términos de la disposición, no existe ninguna duda acerca de la opción del legislador a favor de la consensualidad. Así lo opina SCAEVOLA, para quien lo primero que resalta en la definición es su carácter consensual¹⁰¹⁸, y muchos otros autores que defienden la consensualidad de los contratos aleatorios¹⁰¹⁹. La afirmación viene reforzada por un principio general, válido para todos los contratos, como es el contenido en el artículo

¹⁰¹⁷ Comparten esta opinión, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 106 y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 472 y 473.

¹⁰¹⁸ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 21.

¹⁰¹⁹ Entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 81, DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, “El Juego y la apuesta en el Derecho civil” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1.967, pág.730, pues sostiene que los contratos aleatorios son eficaces desde el momento mismo en que se ha realizado el encuentro de las declaraciones de voluntad de las partes, ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, en *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 11ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 2.002, págs. 839 y 840, donde reconoce que, pese a haber defendido el carácter real del contrato aleatorio de renta vitalicia ahora considera equivocada esa postura. En el mismo sentido se pronuncia en la 12ª ed., del año 2.004, págs. 839 y 840.

1.258 de nuestro Código Civil, “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*”¹⁰²⁰.

Por eso no parece que en este punto pueda criticarse al legislador, dada la coherencia de este precepto con los principios generales recogidos en el Código y la claridad de su redacción. Mayores aclaraciones se le habrían podido exigir en el caso de establecer una excepción al principio general del artículo 1.258 CC, pero no ha sido así, por lo que su redacción no es reprochable en este aspecto.

El escaso pronunciamiento del legislador, en relación con la consensualidad de estos contratos, está justificado por la existencia del principio general del artículo 1.258 CC. Ha sido la posterior regulación de la renta vitalicia y la dirección tomada por algún sector de la doctrina en relación con el carácter real, principalmente de este contrato, los que han convertido este aspecto de la definición en otro punto de incertidumbre jurídica¹⁰²¹.

Muy relacionadas con las críticas al legislador en el tema del carácter consensual del contrato aleatorio se encuentran las relativas a la unilateralidad de estos contratos. La definición deja clara la posibilidad de constituir contratos aleatorios unilaterales, literalmente los acepta sin necesidad de realizar interpretación alguna al decir: “*por los contratos aleatorios, una de las partes o ambas, se obligan a dar o hacer alguna cosa*”. Han sido las posteriores opiniones doctrinales, en relación con la adecuación o no de este carácter al contrato aleatorio, las causantes de la discusión.

Los reproches al artículo 1.790 CC en este sentido carecen de fundamento, pues con ellos no se pretende criticar la falta de claridad del artículo, sino una opción tomada en función de un criterio de admisibilidad¹⁰²². La definición de contrato aleatorio contenida en el precepto

¹⁰²⁰ En el mismo sentido, con relación a la renta vitalicia, se pronuncia, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág.105.

¹⁰²¹ Autores como CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, págs. 742 y ss., SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, págs. 826 y ss., MIGUEL TRAVIESAS, MANUEL, “El juego y la apuesta”, en *Revista de Derecho Privado*, 1.917, pág. 276, quien cita a MANENTI que defiende el carácter real del contrato de juego, o GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 362, defienden el carácter real de alguno de los contratos aleatorios, así, por ejemplo, el de renta vitalicia o el de apuesta.

¹⁰²² Como también afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 324.

sólo se critica, en este aspecto, por no compartir el criterio de la unilateralidad, pero no por una deficiente u oscura redacción del mismo¹⁰²³.

Es más, en defensa del legislador hay que admitir la coherencia mantenida con el posterior articulado del cuerpo legal, pues el propio Código Civil, en su artículo 1.807 CC, admite la posibilidad de contratos aleatorios unilaterales al tipificar la renta vitalicia a título gratuito sin entrega de capital. En este contrato sólo ha de prestar una de las partes, el pagador de la renta, y es un contrato que viene expresamente admitido y regulado dentro del título dedicado a los contratos aleatorios.

Se reprocha la admisión de contratos aleatorios unilaterales por considerar que en estos supuestos no existe la necesaria bilateralidad del *alea*¹⁰²⁴. No cabe duda de que un contrato aleatorio requiere que el riesgo sea común a ambas partes contratantes, pero esto no debe identificarse con una necesaria bilateralidad en las prestaciones. Es perfectamente posible encontrar *alea* bilateral en contratos de carácter unilateral, pues el evento incierto causante del *alea* afecta a ambas partes, aunque una de ellas no tenga que prestar.

En el caso concreto de la renta vitalicia gratuita sin entrega de capital sólo el constituyente de la renta está obligado a prestar, y ninguna obligación se requiere al rentista, pero es indudable que la muerte de la vida contemplada influye de manera inmediata y opuesta en las ganancias y las pérdidas para ambos. Este caso concreto pone de manifiesto que en los casos de unilateralidad del contrato subsiste la bilateralidad del *alea*¹⁰²⁵.

No existe impedimento alguno para la constitución de contratos aleatorios unilaterales, como no la existe para que existan contratos aleatorios gratuitos en los que sólo derivan obligaciones para una de las partes. Lo verdaderamente importante es que estos contratos cumplan los requisitos que deben informar todo contrato aleatorio, que el *alea* reúna las características vistas, que afecte a ambos contratantes y que sea esencial a la concreta estructura contractual y a la propia voluntad de las partes. No obstante, parece necesario concretar el concepto de bilateralidad contractual y examinar las distintas críticas realizadas a su posible constitución unilateral para

¹⁰²³ Normalmente esta crítica va muy unida a la realizada en contra de la admisibilidad de los contratos aleatorios a título gratuito porque, como es bien sabido, aunque no todos los contratos unilaterales son gratuitos sí lo son la mayoría. Así, veremos que los impedimentos alegados para la admisión del contrato aleatorio unilateral son prácticamente idénticos a los esgrimidos para la exclusión del gratuito.

¹⁰²⁴ Es el caso de GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 362.

¹⁰²⁵ En este sentido se pronuncia ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, "Los contratos...", *cit.*, pág. 624, en defensa de la bilateralidad del *alea* en aquellos supuestos, como el contrato de seguro, en los que la existencia de un contrato aleatorio no implica la ganancia de una de las partes y la pérdida de la otra.

despejar toda una serie de conceptos erróneos derivados de la evolución de los contratos aleatorios.

3.2.- LA UNILATERALIDAD O BILATERALIDAD DEL CONTRATO ALEATORIO EN GENERAL

3.2.1.- Introducción

La dificultad de determinar si esta categoría contractual puede ser unilateral se presenta desde el principio, pues concretar la noción de contrato bilateral ya es, en sí, un problema. La tradicional localización de la esencia de la bilateralidad en la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones surgidas coetáneamente en un mismo negocio contractual, radicando la bilateralidad en el sinalagma genético, se revela insuficiente, motivo por el cual la legislación italiana crea la categoría del contrato con prestaciones “correspuestas”¹⁰²⁶. Esta diferente denominación que encontramos en los textos italianos, y la confusión que imbuje al concepto de contrato bilateral, hace necesaria una precisión de los distintos términos utilizados y del verdadero significado actual del contrato bilateral. Para la realización de esta labor nos centraremos en el crucial trabajo del profesor Dr. ALONSO PÉREZ, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, quien realiza un detenido estudio sobre los orígenes y posterior evolución del contrato, para terminar dando un concepto claro y práctico, verdadera clave de lo que debe entenderse por contrato bilateral.

Aunque es clara la distinción entre negocio bilateral, que se refiere siempre al dato externo, cuantitativo, del número y proveniencia de las declaraciones de voluntad, y contrato bilateral, que hace referencia a la estructura interna del mismo, no es pacífica la noción de este último¹⁰²⁷. Como nos indica el autor citado la enunciación de POTHIER, que consideraba el contrato bilateral como siempre sinalagmático, en el que la

¹⁰²⁶ En este sentido, ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia..., cit.*, págs. 7 y 8, considera que las enseñanzas de DOMAT y POTHIER, convirtiendo al contrato unilateral en una categoría esencialmente vinculada a la causa de las obligaciones, dan lugar a una concepción del mismo únicamente preocupada por la reciprocidad de los vínculos nacidos de la relación contractual. El contrato sinalagmático se convierte así en una fuente productora de obligaciones recíprocas, mutuamente condicionadas, que se sirven de causa. Tal y como afirma el autor citado, esta concepción olvida los fines esenciales a los que se orienta el contrato como instrumento que opera el cambio de valores económicos, y carece de rigor científico, ya que apenas encuentra apoyo en las fuentes, a pesar de pretender encarnar la tradición romanista.

¹⁰²⁷ De nuevo, así lo manifiesta ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia del contrato...cit.*, págs. 10 a 13, quien, tras deslindar los conceptos de negocio bilateral y contrato bilateral afirma que, mientras la bilateralidad negocial no presenta dificultad alguna, por basarse en el aspecto cuantitativo de la existencia de dos declaraciones de voluntad, la bilateralidad del contrato sinalagmático presenta dificultades de fondo para su adecuada configuración.

interdependencia de las obligaciones nacidas del contrato era su característica esencial, ha sido objeto de nuevas interpretaciones. Así, los Pandectistas formulan el contrato bilateral como aquel en el que se sustancia un cambio de prestaciones recíprocas, superando el llamado sinalagma genético y evitando la confusión entre reciprocidad e interdependencia. Posteriores revisiones fundamentales en torno a la noción de atribución patrimonial, y a la figura del contrato con “prestaciones correspectivas” del Código Civil italiano de 1.942, tienen el mérito de buscar una noción finalista del contrato bilateral, pero terminan por confundir las ideas de onerosidad y bilateralidad. La figura del contrato con “prestaciones correspectivas” sustituye terminológica y conceptualmente al contrato bilateral en la doctrina y legislación italiana, aunque con un defecto fundamental, traslada la causa del contrato a la fase ejecutiva, y olvida su juego durante el nacimiento y la vida del contrato, con lo que incurre en los mismos fallos que la teoría anterior pero en una fase distinta de la biología contractual¹⁰²⁸.

Así, se empieza a distinguir entre sinalagma genético, donde la relación de recíproca interdependencia se manifiesta únicamente en el momento de nacer las obligaciones, y el funcional, para el que la relación se extiende también al momento de su ejecución, concentrando fundamentalmente el vínculo sinalagmático en la prestación. Tal distinción, como afirma ALONSO PÉREZ, no tiene razón de ser ni utilidad alguna, pues la expresión sinalagma o bilateralidad agota todo su sentido jurídico en la idea de acuerdo de voluntades, sin que sea posible vincularle la idea de interdependencia¹⁰²⁹.

En cualquier caso, sigue argumentando el autor, sea cual fuere el concepto que se mantenga de bilateralidad, parece que existe una característica ineludible en todas ellas que tipifica su esencia: la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones o prestaciones¹⁰³⁰. El problema se presenta en la determinación del sentido de la reciprocidad. Ésta no debe entenderse como causa o dependencia de las obligaciones bilaterales, sino como correlación entre las mismas, en el sentido de que ambas son necesarias por integrar el contenido pasivo del contrato, pues, tal y como afirma: “*las obligaciones en el contrato bilateral no se sirven de apoyo, ni una justifica la otra, simplemente ambas son imprescindibles para formar la simetría o contrapartida que es característica esencial de los contratos bilaterales*”¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ Comenta esta evolución ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia..., cit.*, en las págs 19 a 26, aunque antes, en las págs 12 a 19, realiza un minucioso estudio sobre la noción clásica del contrato bilateral, mostrando como el concepto evoluciona desde el derecho romano hasta la actualidad, sin que en las fuentes aparezca la idea de interdependencia de las obligaciones entendida como causalidad recíproca de las mismas.

¹⁰²⁹ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia..., cit.*, págs. 28 a 30.

¹⁰³⁰ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia..., cit.*, pág. 32.

¹⁰³¹ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia..., cit.*, págs. 35 a 38.

Debe considerarse con el autor citado, por tanto, que son las obligaciones las que se encuentran en posición correlativa. Hablar de prestaciones correlativas, como lo hace el ordenamiento jurídico italiano, tiene el inconveniente de parcelar la relación jurídica obligatoria, trasladando la esencia del contrato bilateral al sinalagma funcional, y no debe olvidarse que si las obligaciones son correlativas también lo serán las prestaciones, como parte integrante de las mismas¹⁰³².

Configurado de esta manera el contrato bilateral o “contrato con obligaciones correlativas”, como prefiere llamarlo ALONSO PÉREZ, es evidente que cualquier contrato aleatorio puede considerarse como tal. De manera especial puede considerarse bilateral el contrato de renta vitalicia, pues existe correlatividad entre la obligación de entregar el capital y la obligación de pagar la renta. Existe tal bilateralidad, incluso, en aquellos contratos de renta vitalicia gratuita en los que, según se ha visto, ambas partes deben entregar una prestación, aunque una de ellas sea muy inferior. En este caso existe bilateralidad y gratuidad, pues el contrato con obligaciones correlativas no coincide con el oneroso¹⁰³³.

Sin embargo, no existe bilateralidad cuando el contrato de renta vitalicia gratuito se constituye sin entrega de capital, pues en este caso es claramente unilateral, como tampoco son contratos bilaterales otros contratos aleatorios en los que no existen obligaciones correlativas. La aleatoriedad, de la misma manera que la onerosidad, es independiente de la bilateralidad, sólo cuando concurren las notas características de una y otra categoría contractual podremos hablar de contratos aleatorios con obligaciones correlativas, sin que la inexistencia de las mismas derive en ausencia de aleatoriedad.

3.2.2.- La tradicional consideración bilateral del contrato aleatorio y su posible carácter unilateral

Como ya se ha visto, tradicionalmente se introduce la categoría del contrato aleatorio como una subdivisión de los contratos onerosos, si bien, en alguna ocasión se la ha considerado especie de los contratos bilaterales¹⁰³⁴.

¹⁰³² ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia...*, cit., pág. 43 y 44.

¹⁰³³ En el mismo sentido se pronuncia ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia...*, cit., pág. 59, para quien los criterios rectores de la onerosidad son muy diversos a los que presiden la bilateralidad y, aunque coexistan en muchas figuras contractuales, no se confunden jamás al informar la naturaleza de tales contratos. La onerosidad juega con las ideas de “proporcionalidad entre las atribuciones patrimoniales” y “equilibrio en los desplazamientos patrimoniales”, mientras la bilateralidad nada tiene que ver con ellos, pues versa sobre “correlación de obligaciones”, “contrapartida o simetría de vínculos obligatorios”, “armonía recíproca en el comportamiento de los obligados”.

¹⁰³⁴ Es el caso de MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general...*, cit., T. I, pág. 422, aunque el autor no habla de contrato bilateral, sino de contrato con prestaciones recíprocas, dada la concepción de la bilateralidad que sostiene y la figura del contrato con “prestaciones

Este es otro de los problemas que se plantean en relación con los caracteres de esta categoría contractual: determinar si su carácter es siempre bilateral.

Es evidente que el Código Civil admite la constitución unilateral del contrato aleatorio, como ya se ha dicho, al establecer: “*Por el contrato aleatorio una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan...*” con lo que no cabe duda que es posible, al menos teóricamente, constituir contratos aleatorios de estas características. La mayoría de la doctrina, sin embargo, considera que tales contratos son siempre bilaterales¹⁰³⁵.

El problema se plantea desde un sector doctrinal para el que es imposible la convivencia de unilateralidad y aleatoriedad, por considerar que en estos últimos contratos el riesgo debe ser común a ambas partes contratantes, y que esta nota no aparece en los contratos aleatorios unilaterales¹⁰³⁶. Es indudable, sin embargo, que aunque la mayoría de los contratos aleatorios son bilaterales, pueden existir, y de hecho existen, contratos aleatorios en los que sólo nacen obligaciones para uno de los contratantes¹⁰³⁷.

No sólo el Código acepta la unilateralidad de estos contratos, sino que la mera observancia de los existentes nos confirma su posible constitución unilateral. Así, en el contrato de préstamo a la gruesa la única obligación es para el prestatario, que debe devolver el capital percibido y abonar la remuneración pactada; en el contrato de renta vitalicia gratuito, cuando no hay entrega de capital, sólo nacen obligaciones para el rentista...¹⁰³⁸.

La opción por la unilateralidad o bilateralidad del contrato, en ocasiones, se complica con las disquisiciones acerca de su carácter consensual o real. Así, en el contrato de renta vitalicia la postura adoptada en relación con su consensualidad será determinante¹⁰³⁹. La existencia de disputas acerca

correspectivas” que contiene el Código Civil italiano de 1.942. ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil...*, *cit.*, pág. 428, en el mismo sentido, clasifica los contratos bilaterales en aleatorios o conmutativos.

¹⁰³⁵ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *Sobre la esencia...*, *cit.*, pág. 49, GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, págs. 362 y 363, LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 418, aunque afirma que es posible que el contrato devenga unilateral, si la realización del elemento aleatorio supone el venir a menos alguna de las obligaciones, niega que el contrato aleatorio pueda ser originariamente unilateral.

¹⁰³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, *cit.*, pág. 418, GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 363.

¹⁰³⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, pág. 811, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 15.

¹⁰³⁸ En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 607.

¹⁰³⁹ La razón radica en que existen opiniones discrepantes acerca del carácter real o consensual de este contrato, y, por tanto, sobre su carácter unilateral o bilateral. SÁNCHEZ

del carácter consensual o real del contrato de renta vitalicia, sin poner en duda su aleatoriedad, nos indican que son escasos los autores que consideran incompatible el *alea* con la unilateralidad.

Más que en la posibilidad de que existan contratos aleatorios unilaterales, de lo que no cabe duda desde que hemos admitido que existen contratos aleatorios gratuitos en los que la obligación es sólo para uno de los contratantes, debemos centrarnos en las erróneas apreciaciones que han llevado a considerar bilaterales determinados contratos aleatorios que no lo son, y en desterrar aquellas posturas que consideran incompatible el *alea* con la unilateralidad.

3.2.3.- La existencia de *alea* bilateral en el contrato aleatorio unilateral. La bilateralidad del *alea*

La negación del carácter unilateral de los contratos aleatorios, en la mayoría de las ocasiones, tiene su base en la idea de que el riesgo debe ser común a ambos contratantes, en que en los contratos aleatorios unilaterales falta la necesaria bilateralidad del *alea*¹⁰⁴⁰. Nada tiene que ver, sin embargo, el número de obligaciones que derivan del contrato, y su correlatividad, con la necesaria bilateralidad del *alea*. Este término, como ya expusimos, hace referencia a la existencia de resultados finales inciertos para los contratantes, dependientes del evento aleatorio que afecta a la estructura del contrato¹⁰⁴¹. En este sentido, los problemas que afectan a la bilateralidad del *alea* son los relativos a la inexistencia de *alea* para uno de los contratantes¹⁰⁴². No existirá bilateralidad del *alea*, por tanto, cuando uno de los contratantes conozca el

ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, cit., T. IV, pág. 811, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 67, y CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, cit., pág. 742 consideran que el citado contrato tiene carácter real, afirmando su unilateralidad. QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 110, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 84, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 166, afirman, por el contrario, que su carácter es consensual y bilateral.

¹⁰⁴⁰ Así lo afirman LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, cit., pág. 418, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, cit., pág. 363. Estos autores consideran además, como se dejó apuntado, que las obligaciones de los contratos aleatorios son recíprocas y sinalagmáticas, en el sentido de que una es causa de la otra, defendiendo así el carácter oneroso del contrato aleatorio. En nuestra opinión, conforme con la postura de ALONSO PÉREZ, MARIANO, no es éste el sentido en el que debe entenderse la reciprocidad de obligaciones, porque ambas deben guardar una simetría y estar coordinadas, pero no puede entenderse que una sea causa de la otra, dado que nacen de intereses opuestos, sino que las dos son necesarias e integran el contenido del contrato.

¹⁰⁴¹ Así, también, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág. 261.

¹⁰⁴² En el mismo sentido, de nuevo, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, cit., pág. 261, para quien los problemas referentes a la bilateralidad del *alea* son aquellos referentes a la ausencia de *alea* para una de las partes y los relativos a la existencia de una incertidumbre objetiva.

advenimiento o la imposibilidad del evento, pues la incertidumbre sobre el resultado final afecta a una sola parte¹⁰⁴³.

Nada tiene que ver la bilateralidad del *alea*, tampoco, con la tradicional división de contratos aleatorios con riesgo unilateral o bilateral realizada por POTHIER¹⁰⁴⁴. Esta clasificación indica la posibilidad de que el evento incierto determine una o ambas prestaciones en el contrato aleatorio bilateral, pero en ningún caso hace referencia a que una de las partes tenga un conocimiento cierto sobre el evento incierto que genera el *alea*¹⁰⁴⁵. La confirmación de esta idea la realiza el propio autor, al afirmar que existe bilateralidad del *alea* en el contrato de seguro e introducirlo, no obstante, en la categoría de contratos aleatorios con riesgo de una sola parte¹⁰⁴⁶.

La clasificación de POTHIER se transmitió al Código de Napoleón, y dio lugar a las dos definiciones de contrato aleatorio que contiene: el artículo 1.104, para el que la posibilidad de ganancia o pérdida debe ser común para ambas partes contratantes¹⁰⁴⁷; y el artículo 1.964, en virtud del cual los efectos del contrato, en cuanto a las ganancias y a las pérdidas, pueden afectar a todas las partes o a una de ellas¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ A los efectos de nulidad del contrato la ausencia de bilateralidad del *alea* no afecta especialmente a los supuestos de contratos aleatorios en los que el *alea* contractual está ligada a un riesgo extracontractual, pues por expresa disposición legal (art. 4 de la Ley de Contrato de seguro) la ausencia de riesgo extracontractual genera la nulidad del contrato por esta causa, sin entrar a valorar la inexistencia de bilateralidad del *alea*. Sí será relevante, por el contrario, en los supuestos de juego o apuesta, o en el de renta vitalicia, en los que el conocimiento del resultado del evento por una de las partes conlleva la inexistencia del contrato aleatorio, en el mismo sentido GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 261 y ss.

¹⁰⁴⁴ Como confirma GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 266 y 267.

¹⁰⁴⁵ Comparte nuestra opinión respecto al sentido de la clasificación de POTHIER, DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 284. GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, pág. 263 y ss., considera que esta clasificación mira, en realidad, a la distinción entre contratos aleatorios en los que existe un riesgo extracontractual y aquellos en los que el riesgo viene creado por los contratantes, sin previa existencia de riesgo extracontractual. No obstante, también considera que nada tiene que ver la clasificación con la bilateralidad del *alea*.

¹⁰⁴⁶ Como también señala BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea...*”, *cit.*, pág. 786.

¹⁰⁴⁷ El artículo 1.104 *Code*, define el contrato aleatorio como un subtipo de los contratos bilaterales o sinalágmaticos, conforme a la clasificación realizada por POTHIER, que considera los contratos aleatorios una subcategoría de los onerosos, contraponiéndolos a los conmutativos. El precepto trata de definirlos contraponiéndolos a los conmutativos, y ahí radica su error. Dice el artículo 1.104 *Code* que el contrato: “*Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que es contemplada como el equivalente de lo que se da, o de lo que se hace por ella. Cuando el equivalente consiste en una chance de ganancia o de pérdida para cada una de las partes, consecuencia de un acontecimiento incierto, el contrato es aleatorio*”.

¹⁰⁴⁸ El artículo 1.964 *Code*, sin embargo, se centra exclusivamente en los efectos del contrato aleatorio, y establece “*El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos, en*

Sin embargo, no parece que el artículo 1.964 *Code* recogiese la distinción realizada por el ilustre autor en términos correctos, pues mientras éste realiza una mera clasificación estructural de los contratos aleatorios, aquel se orienta a una distinción finalista y referente al resultado económico, distinguiendo entre contratos aleatorios en los que sólo una parte corre el riesgo de pérdidas y ganancias y contratos aleatorios en los que el riesgo es común a ambas¹⁰⁴⁹. A partir de esta distinción se produce una gran confusión sobre qué deba entenderse por bilateralidad del *alea*, porque la mayor parte de la doctrina francesa entiende que en los contratos aleatorios el riesgo de pérdida o ganancia debe ser común para ambas partes contratantes, de hecho, precisamente en eso radican el *alea*. De esta manera, como consecuencia de ambas definiciones y del intento de la doctrina por compaginarlas, se relacionan con la bilateralidad del *alea* toda otra serie de problemas que nada tienen que ver con ella: la onerosidad y la bilateralidad de los contratos aleatorios.

Tal y como afirma MONTÉS, el artículo 1.104 *Code* define el contrato aleatorio como subtipo de los bilaterales, en el que la equivalencia de las prestaciones consiste en la recíproca posibilidad de ganancia o pérdida que depende de un acontecimiento incierto. Por el contrario, el artículo 1.964 *Code* no se ocupa de la causa de las recíprocas obligaciones de las partes, sino de los efectos beneficiosos o perjudiciales para las mismas dependientes de un evento incierto¹⁰⁵⁰. Los intentos por compaginar ambas definiciones, o de

cuanto a las ganancias y a las pérdidas, ya para todas las partes, ya para una de ellas, dependen de un acontecimiento incierto”, con lo que parece admitir la unilateralidad del riesgo, entendido como posibilidad de ganancia o pérdida para una de las partes. Pone de manifiesto el *quid* de estas dos definiciones, MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, pág. 164.

¹⁰⁴⁹ En el mismo sentido se pronuncia DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, pág. 283, en referencia, también, a la definición del contrato aleatorio contenida en el artículo 1102 Codice de 1.865. Este precepto define el contrato aleatorio como aquel en el que de un evento incierto derivan ventajas para uno o ambos contratantes.

¹⁰⁵⁰ MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, págs. 160 y 161. Sin embargo, sigue argumentando el autor en la pág. 162, PORTALIS, al presentar el artículo 1.964 *Code*, invoca el precio del riesgo, recordando la elaboración medieval que concebía el contrato aleatorio como una compraventa de riesgos y distinguía los contratos aleatorios entre contratos con riesgo para una sola parte o riesgos para las dos contratantes. Tal como se ha visto, y según recuerda, GAMBINO, AGOSTINO, *L'assicurazione...*, *cit.*, págs. 44 a 47, en el derecho intermedio la validez de la categoría de los contratos aleatorios se garantizaba con el esquema de la compraventa, caracterizada por la *susceptio periculi*. Finalizada la intervención de la compraventa en el período inmediatamente anterior a la codificación europea, la validez viene afirmada para todos los contratos en los que la prestación cierta de una parte se contraponga a la prestación incierta de la otra, o sean inciertas ambas. El concepto de la *susceptio periculi* se desplaza de la compraventa y viene considerado de manera autónoma como caracterizador de una nueva categoría contractual. Es POTHIER quien, en base a tal construcción autónoma de la asunción del riesgo, cualifica una serie de contratos distintos de la compraventa denominándolos aleatorios, en oposición a los contratos conmutativos. Las posteriores referencias del autor a la

dar preferencia a la una sobre la otra, han sido muy numerosos en la doctrina francesa y extranjera, aunque la mayor parte de la doctrina francesa se inclina por la primera formulación¹⁰⁵¹.

No obstante tal posición doctrinal, tanto el legislador italiano de 1.865 como el español prefirieron la formulación del artículo 1.964 *Code*, si bien, mientras el artículo 1.964 *Code* sitúa el *quid* de la categoría en la incertidumbre de la ganancia o pérdida del contrato, el nuestro radica su principal característica en el hecho de que una o ambas prestaciones dependen de un evento incierto, señalando que la relación de equivalencia con la prestación de la otra parte, cuando exista, puede ser cierta o estar sometida, también, a los resultados del acontecimiento incierto¹⁰⁵².

compraventa tienen la finalidad de describir en términos elementales la estructura del seguro, por analogía a la de la compraventa. Sus palabras no son más que una paráfrasis del conocido concepto, propio de los juristas del Derecho común, *susceptio periculi*: “En los contratos aleatorios, lo que uno de los contratantes recibe no es el equivalente de lo que ha dado, o de lo que se ha obligado a dar; sino el equivalente del riesgo asumido, *suscepti periculum Premium*”. También la distinción entre contratos con riesgo bilateral y unilateral repite la diferencia advertida por los autores del Derecho intermedio entre la *commutatio periculi*, propia de la renta vitalicia, y la *susceptio periculi* en sentido estricto, propia del seguro marítimo, en el que existe un riesgo anterior a la estipulación del contrato que viene asumido por el asegurador. Como sigue argumentando el autor, la concepción de POTHIER influye en la sucesiva legislación europea, en relación a la convicción de la necesaria onerosidad de los contratos aleatorios, aunque para la doctrina prevalente del derecho común la asunción del riesgo podía ser onerosa o gratuita. La razón de la inclusión de tales contratos en la categoría de los contratos *interesses de part et d’autre*, excluyendo la posibilidad de que los contratos aleatorios no formen parte de la misma, radica, en opinión de GAMBINO, en que POTHIER prefirió dar prevalencia al intento de liberalidad sobre el elemento de la incertidumbre de las prestaciones, cuando el contrato era aleatorio y gratuito, a fin de incluirlos en la categoría de los contratos gratuitos antes que en la de los aleatorios.

¹⁰⁵¹ Así lo pone de manifiesto, MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, págs. 165 a 167. Para el autor, según explica en las págs. 163 a 165, el *Code* parece admitir dos tipos de contratos aleatorios, los del artículo 1.104 *Code* en los que existe equivalencia entre las prestaciones recíprocas, caracterizados por la *chance de gain ou de perte*, en el que entrarían la *ventitio spei* y las variantes aleatorias de contratos conmutativos, y los consagrados por el artículo 1.964 *Code*, en los que el evento incierto determina la ganancia o la pérdida para una o ambas partes contratantes, en los que entrarían la renta vitalicia, el juego y la apuesta, el préstamo a la gruesa y el contrato de seguro.

¹⁰⁵² En el mismo sentido se pronuncian, GAMBINO, AGOSTINO, *L’assicurazione...*, *cit.*, págs. 48 a 50, quien afirma que el artículo 1.102 del Codice de 1.865 deriva directamente del artículo 1.964 del *Code*, y que ambos ponen de relieve el perfil económico, considerando el *alea* como *chance de gain ou de perte*, centrándose en la incertidumbre de las ventajas y las pérdidas derivantes del contrato. El autor hace expresa mención a nuestro artículo 1.970 CC, considerando que su definición hace referencia a una característica estructural del contrato aleatorio: la determinación de las prestaciones de una o ambas partes a través de un evento incierto, que, en su opinión, vislumbra un nuevo perfil desde el que considerar la naturaleza y el ámbito de los contratos aleatorios. Además indica que este mismo perfil es tenido en cuenta por el artículo 1.537 del Código Civil Portugués de 1.867 y que el artículo 1.838 del Código Civil Mejicano de 1.932 tiene en cuenta ambos perfiles, el económico y el

En realidad de la distinción que realizan los artículos 1.104 y 1.964 *Code*, así como del artículo 1.102 *Codice* de 1.865¹⁰⁵³, deriva la concepción tradicional del contrato aleatorio que, como veíamos, subraya la incertidumbre del resultado económico en el momento de la estipulación como su nota más característica. De estas posiciones emana, a su vez, la consideración del riesgo o *alea* como incertidumbre en cuanto a las ganancias y a las pérdidas de los contratantes, y, también, la exigencia de *alea* bilateral, entendiendo por tal la necesidad de que ambas partes tengan las mismas posibilidades de pérdida o ganancia.

Parece claro, por tanto, que el problema que plantean los artículos 1.104 y 1.964 del *Code* deriva de una inexacta interpretación de la clasificación de POTHIER, que culmina en una determinada concepción de los contratos aleatorios, exclusivamente centrada en la incertidumbre sobre el resultado final, que ya fue rechazada en su momento, pues no puede caracterizar a los contratos aleatorios por sí sola. Exactamente lo mismo ocurre con las discusiones sobre la bilateralidad del *alea* planteadas desde aquellas posturas, pues en ningún caso puede circunscribirse a la necesaria existencia de iguales posibilidades de pérdidas y ganancias para ambas partes contratantes, como ya se ha demostrado. Descartada también la posibilidad de que la citada bilateralidad del *alea* haga referencia a la preexistencia o no del riesgo por su irrelevancia, dado que el riesgo que interesa al contrato aleatorio es el inherente al contrato exista o no riesgo extracontractual, de nuevo volvemos al aspecto estructural de la clasificación original de POTHIER, que indicaba la posibilidad de que el evento incierto determinase una o ambas prestaciones en el contrato aleatorio bilateral.

Este es el verdadero sentido de aquella distinción entre contratos aleatorios con *alea* unilateral y bilateral realizada por POTHIER, que posteriormente malinterpretaron los legisladores del *Code* y que nada tiene que ver, tampoco, con la necesaria bilateralidad del *alea* en el sentido en el que la defendemos.

El error de quienes afirman la inexistencia de *alea* bilateral en los contratos aleatorios unilaterales es consecuencia de la orientación de esta clasificación en las definiciones del Código francés, pues hacen referencia al aspecto finalístico del resultado económico con la distinción entre contratos

estructural. MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, págs. 170 y 171, también considera que el artículo 1.790 CC califica el contrato como aleatorio atendiendo al hecho de que las prestaciones dependen de un acontecimiento incierto que ha de ocurrir en un momento indeterminado, y no por razón del resultado ventajoso o perjudicial para las partes, superándose el perfil económico bajo el que aparecía en los códigos francés e italiano. Indica, además, que el mismo perfil económico tienen en cuenta el artículo 2.050 del Código Civil argentino y el 1.323 del Código Civil de Bolivia.

¹⁰⁵³ El *Codice* de 1.942 no contiene definición alguna de contrato aleatorio, por eso no se hace mención al mismo.

aleatorios en los que solo una parte corre el peligro de ganar o perder, y aquellos en los que este riesgo viene corrido por ambos contratantes¹⁰⁵⁴. Rechazadas aquellas teorías que radican la esencia del contrato aleatorio en la existencia de recíprocas posibilidades de pérdida o ganancia para ambas partes contratantes, sin más, ningún sentido puede dársele a tal clasificación, ni a la necesaria onerosidad y bilateralidad del contrato aleatorio. El concepto de contrato aleatorio aquí defendido se basa en la incertidumbre sobre el resultado final derivado de la incidencia de un evento incierto con determinadas características, y en ningún caso identifica el *alea* con la onerosidad, ni la exige, como tampoco exige la bilateralidad del contrato, que es independiente a la aleatoriedad.

Respecto a la bilateralidad del *alea*, que conlleva la incertidumbre de ambos contratantes respecto al evento incierto, sólo queda decir que nada tiene que ver con la bilateralidad del contrato, son diferentes e independientes¹⁰⁵⁵. El contrato bilateral, entendido como contrato con obligaciones correlativas (o con prestaciones correspectivas como es defendido por algún sector de la doctrina), hace referencia a la existencia de dos obligaciones o dos prestaciones correlativas, respectivamente. Esto nada tiene que ver con un contrato con *alea* bilateral, que implica un resultado final incierto para ambas partes contratantes derivado de la incertidumbre sobre el acaecimiento de un evento incierto¹⁰⁵⁶.

La unilateralidad o bilateralidad del contrato es indiferente a la bilateralidad del *alea*. No puede admitirse, por tanto, la negación del contrato aleatorio unilateral con base en la idea de que carece de *alea* bilateral. Si este último concepto sólo hace referencia a la necesidad de que el evento incierto que determina las prestaciones lo sea para ambas, y tal incertidumbre existe en los contratos aleatorios unilaterales, nada impide la estipulación de contratos con estas características. Así quedo demostrado en la defensa del contrato aleatorio gratuito, en el que tan solo nace una obligación para uno de los contratantes, pero el resultado final es incierto para ambos.

¹⁰⁵⁴ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, *cit.*, págs. 283 y ss. Ver, en este sentido, MONTÉS, PENADÉS, VICENTE LUÍS, “Observaciones sobre...”, *cit.*, págs. 165 y ss., donde se plasman las opiniones de la doctrina posterior al *Code* relacionando ambas definiciones con la existencia o inexistencia de posibilidades recíprocas de pérdida o ganancia para las partes.

¹⁰⁵⁵ En el mismo sentido, SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 188.

¹⁰⁵⁶ En este sentido se pronuncia, también, BUTTARO, LUCA, “In tema de giuoco”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1.952, pág. 416, donde diferencia el contrato con prestaciones “correspectivas” del contrato con *alea* bilateral.

3.2.4.- Los problemas suscitados por la idea de la necesaria bilateralidad del contrato aleatorio. La existencia de contratos aleatorios unilaterales

Se plantea aquí el problema de quienes identifican los contratos bilaterales con aquellos que denominan contratos con “prestaciones correspectivas”. En el contrato aleatorio, por su especial estructura y las incidencias que sobre la misma genera el *alea*, puede ocurrir que aunque ambas partes se obliguen en la celebración del contrato, en el momento de su ejecución, sólo una obligación sea exigible. En estos supuestos se ha dicho, que si finalmente una sola prestación llega a realizarse el contrato es unilateral, pero si las dos se materializan constituye un contrato a “prestaciones correspectivas”¹⁰⁵⁷.

Esta opinión puede llevar a considerar unilateral un contrato claramente bilateral como la “*emptio spei*”, si finalmente la prestación del vendedor no puede ser realizada¹⁰⁵⁸. Tal contrato, sin embargo, es siempre bilateral, pues de él derivan obligaciones correlativas para ambas partes contratantes: el vendedor se obliga a entregar los objetos que penden de la *spei*, si llegan a existir, y el comprador se obliga a pagar el precio sea cual sea el resultado del contrato. La ausencia de una de las prestaciones es consecuencia de la especial incidencia del *alea* en la estructura de estos contratos, pero en ningún caso debe afectar a la calificación bilateral del mismo.

Estos contratos bilaterales que se asimilan a los unilaterales por la existencia de una única prestación final, y la existencia de verdaderos contratos aleatorios unilaterales, plantean numerosos problemas a la tradicional consideración bilateral de esta categoría contractual. Así, surge el problema de justificar esta calificación cuando existen dos obligaciones en la estipulación del contrato pero finalmente una sola se debe cumplir¹⁰⁵⁹, y en aquellos supuestos en los que sólo existe una obligación para uno de los contratantes, como en la apuesta gratuita, o en el supuesto de apuesta en la que dependiendo del resultado del evento sólo uno cumplirá.

Para dar solución al problema y poder considerar bilaterales estos contratos se llega a afirmar, sobre todo en la doctrina italiana, que en todo contrato aleatorio existen dos obligaciones de asunción de riesgo, cuyo objeto es el riesgo. Para algunos autores de estas obligaciones derivan las únicas prestaciones del contrato, pues no lo será aquello que en definitiva una parte

¹⁰⁵⁷ DI GIANDOMENICO, GIOVANNI, *Il contratto e...*, cit., pág. 272.

¹⁰⁵⁸ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, cit., pág. 355, deja constancia de estas opiniones y se posiciona a favor de la consideración bilateral del contrato.

¹⁰⁵⁹ No olvidemos que para la legislación italiana existe el contrato con “prestaciones correspectivas” y no el contrato con obligaciones correlativas.

da a la otra¹⁰⁶⁰. Otros, sin embargo, afirman que las prestaciones derivadas de la obligación de riesgo se contraponen a la obligación de pago de los contratantes¹⁰⁶¹. De esta manera, con la fijación de las obligaciones y las prestaciones de los contratantes en la asunción del riesgo, se intenta justificar la calificación de determinados supuestos de apuesta, claramente unilaterales, como contrato con “prestaciones correlativas”¹⁰⁶².

De este modo se consigue inventar una contraprestación, cuando una vez verificado el evento la prestación se concentra en uno solo de los contratantes, y superar la evidencia de que el contrato nacido bilateral devenga unilateral en fase de ejecución¹⁰⁶³. No podemos compartir estas opiniones, pues como ya se dijo el riesgo no puede ser el objeto de la obligación, ni mucho menos de las prestaciones¹⁰⁶⁴.

Desde nuestro punto de vista son diferentes aquellos supuestos en los que del contrato deriva una sola obligación, que se traduce en una única prestación, de aquellos otros, como la *emptio spei*, en los que en la estipulación del contrato realmente existen obligaciones para ambas partes contratantes, aunque si el objeto que pende de la *spes* no llega a realizarse sólo una de las obligaciones es exigible y sólo una de las partes debe cumplir. Este contrato sí es claramente bilateral, puesto que ambos contratantes recíprocamente se obligan y las obligaciones son diferentes para cada uno, aunque finalmente sólo uno de ellos deba cumplir por la especial estructura de estos contratos¹⁰⁶⁵. Sin embargo, ambos supuestos (contratos aleatorios unilaterales y contratos bilaterales con una sola prestación) se identifican cuando la bilateralidad del contrato se concreta en la existencia de dos prestaciones correlativas, y en ambos supuestos se justifica la bilateralidad de la prestación en la asunción de un riesgo recíproco.

Quizás resulte oportuno hacer una distinción: La bilateralidad del contrato en aquellos supuestos en los que, por la propia estructura del contrato, a pesar de haberse obligado ambas partes (cada una a algo diferente) una sola tiene que cumplir, surge del juego de las diferentes obligaciones¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁰ BOSELLI, ALDO, “Rischio, *alea...*”, *cit.*, pág. 780 y ss.

¹⁰⁶¹ BUTTARO, LUCA, “In tema de...”, *cit.*, pág. 406.

¹⁰⁶² BUTTARO, LUCA, “In tema de...”, *cit.*, pág. 406.

¹⁰⁶³ SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 184, comparte la opinión de que es el intento de configurar estos contratos como contratos con prestaciones correlativas la causa de esta atípica construcción.

¹⁰⁶⁴ Ver, en este sentido, el primer apartado del epígrafe dedicado a la onerosidad o gratuidad del contrato aleatorio.

¹⁰⁶⁵ ALONSO PÉREZ, MARIANO, *El riesgo...*, *cit.*, pág. 355, defiende que la *emptio spei* “...no deja de ser un contrato con prestaciones correlativas pues hay una evidente reciprocidad en cuanto el vendedor se compromete a entregar los objetos que penden de la *spes* y el comprador a pagar el precio sea cual sea el resultado”.

¹⁰⁶⁶ Tales como la *emptio spei* o determinados tipos de apuesta.

No es necesario imaginar la asunción de un riesgo como prestación a cargo de una de las partes¹⁰⁶⁷, o considerar que se trata de un supuesto de contrato nacido como bilateral pero que deviene unilateral en el momento de su ejecución¹⁰⁶⁸, ya que el contrato es siempre bilateral porque de él derivan obligaciones para ambas partes contratantes, aunque finalmente sólo uno deba cumplir.

El problema se plantea en los supuestos de apuesta de dos personas que se someten a una misma obligación, y en los que después de conocido el resultado del evento incierto sólo una de ellas se ve obligada a cumplirla. En estos supuestos desde el momento de perfeccionarse el contrato se sabe que un sólo apostante se verá obligado al pago, pero es incierto cuál de los dos será. Existe una situación subjetiva de incertidumbre, muy semejante a la de contratos como el de cuenta corriente en el que no se puede determinar quién será el deudor y quién el acreedor hasta el momento de liquidación y cierre de la cuenta, pero una sola obligación deriva del contrato¹⁰⁶⁹. Aquí, al igual que en la apuesta gratuita, sí estamos ante un contrato unilateral, pues no existe la necesaria reciprocidad de obligaciones, o prestaciones, que imbuye la bilateralidad.

Las posturas que consideran el contrato de apuesta siempre bilateral, sobre la base de que es bilateral en el momento de la estipulación y deviene unilateral en la ejecución, no pueden mantenerse, pues esta construcción no ampara los supuestos en los que sólo uno de los contratantes se ve obligado¹⁰⁷⁰. Tampoco puede aceptarse que en este contrato existan dos “obligaciones correlativas” y recíprocamente condicionadas¹⁰⁷¹, porque en realidad del contrato deriva una sola obligación con el mismo contenido, si bien indeterminada en relación con quién será el deudor y quién el acreedor hasta el advenimiento del evento incierto. Y mucho menos pueden admitirse las posturas que justifican la bilateralidad de todo contrato aleatorio en una supuesta obligación o prestación de asumir el riesgo que deriva del contrato, porque el riesgo, al menos técnicamente, no puede ser objeto de una obligación.

En definitiva, se debe concluir que los contratos aleatorios unilaterales son posibles y existen en la realidad, como queda demostrado con los contratos de apuesta que hemos visto, y con los contratos aleatorios

¹⁰⁶⁷ SCALFI, GIANGUIDO, *Corrispettività e...*, *cit.*, pág. 184.

¹⁰⁶⁸ Así lo defiende MANENTI, como deja constancia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, en “El juego y...”, *cit.*, pág. 731.

¹⁰⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, en “El juego y...”, *cit.*, pág. 731, BUTTARO, LUCA, “In tema de...”, *cit.*, pág. 415.

¹⁰⁷⁰ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, en “El juego y...”, *cit.*, pág. 731, BUTTARO, LUCA, “In tema de...”, *cit.*, pág. 415.

¹⁰⁷¹ FUNAIOLI, CARLO ALBERTO, “Il giuoco e...”, *cit.*, pág. 52.

gratuitos, en los que por su misma esencia uno sólo de los contratantes se ve obligado. No puede ser de otra manera, puesto que cumplen con todos los requisitos de los contratos aleatorios y ninguna previsión legal impide su estipulación a título unilateral, de hecho, el Código Civil implícitamente los acepta. La aleatoriedad, como ya pusimos de manifiesto en la defensa de la gratuidad del contrato aleatorio, nada tiene que ver con la onerosidad, ni con la bilateralidad de los contratos, son cosas diferentes y en ningún momento puede defenderse que sean presupuestos necesarios de la aleatoriedad.

3.3.- EL CARÁCTER CONSENSUAL Y BILATERAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA ONEROSO

Una vez delimitada la posibilidad de constituir contratos aleatorios unilaterales, cabe preguntarse si verdaderamente el contrato de renta vitalicia lo es. Dejando al margen los supuestos en los que el contrato se constituye a título gratuito, sin contraprestación, en los que evidentemente tiene tal carácter, la pregunta se centra ahora en los contratos de renta vitalicia onerosos. La cuestión está fuertemente vinculada con uno de los problemas más discutidos en nuestra doctrina clásica: el carácter consensual o real de este contrato.

Los debates acerca del carácter consensual o real del contrato de renta vitalicia derivan de la desafortunada dicción del artículo 1.802 CC, al afirmar que: “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión*”. Estas palabras, unidas a la tradición histórica del contrato, llevaron a gran parte de nuestra doctrina¹⁰⁷², y a algún sector de la jurisprudencia¹⁰⁷³, a

¹⁰⁷² En este sentido se pronuncia DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 799 y 800, para quien pasa por cosa juzgada que el contrato se alinea entre los llamados reales, y sincrónicamente en el grupo o categoría de los unilaterales. Comparten esta opinión: SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de...*, *cit.*, T. IV, págs. 826 y 827, pues afirma que la obligación de pagar la pensión no nace hasta que se entrega el capital y, por tanto, su perfección no depende del mero consentimiento, sino de la entrega de la cosa. Admite la posibilidad de un contrato preparatorio de renta vitalicia, en el que dos personas se comprometen a celebrar dicha renta, pero este supuesto lo considera perteneciente a la esfera de la promesa mutua, no auténtico contrato de renta vitalicia. En su opinión el contrato de renta vitalicia es, además, unilateral, pues una vez perfecto sólo genera la obligación de pagar la renta, aunque la promesa mutua de renta vitalicia la califica de bilateral; CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, *Curso elemental de Derecho...*, *cit.*, págs. 177 y 178, para quien el contrato es real porque es requisito para su existencia que el capital se transfiera, desde luego, con la carga de la pensión. En su opinión también es unilateral, porque, como consecuencia de la entrega del capital, el que lo recibe queda obligado a pagar la pensión. PEREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, en ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 778, afirman que nuestra doctrina encuentra la base para afirmar el carácter real y unilateral del contrato: la entrega de los bienes, incorporada al acto de celebración del contrato, no es una prestación sino un elemento constitutivo de la relación. Confirman, además, la posibilidad de celebrar un contrato consensual de renta vitalicia, al que califican de “promesa de renta vitalicia”,

afirmar el carácter real y unilateral de la relación. Así, se afirma que el contrato oneroso de renta vitalicia es real porque no se perfecciona hasta la

que sería consensual y engendraría prestaciones recíprocas. En la Edición de 1.950, pág. 459, los anotadores afirman que tal posición doctrinal se fundamenta en el hecho de que el artículo 1.802 establece obligaciones sólo para el deudor de la renta, y en que el contrato implica, “desde luego”, la transferencia del dominio de determinados bienes. Para PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio..., cit.*, págs. 320 y 321, el artículo 1.802 del Código da a entender la esencia real del contrato, que precisa para su constitución la entrega de la cosa, aunque considera perfectamente válido el contrato de promesa de constituir una renta vitalicia. También introduce el contrato entre los unilaterales, pues el citado precepto sólo hace referencia a la obligación del deudor de pagar la pensión; De la misma manera, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil..., cit.*, pág. 742, otorga al contrato carácter real, según sus propias afirmaciones como la mayoría de los tratadistas de la época, porque su efecto característico, que es el pago de la pensión, no nace hasta que se hace entrega del capital. Consecuentemente considera el contrato unilateral, porque al ser real no produce obligaciones, una vez perfecto, más que a cargo del deudor de la renta. No obstante, el autor afirma la validez del contrato de promesa de renta vitalicia, y deja constancia de opiniones contrarias que consideran el contrato consensual.

¹⁰⁷³ También la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal se ha pronunciado en alguna ocasión a favor del carácter real del contrato de renta vitalicia. Tal es el caso de la STS 16 de mayo de 1940, que en su segundo considerando establece “*el contrato de renta vitalicia, tal y como se define en el artículo 1802 del Código Civil, es un contrato aleatorio, bilateral, real y oneroso, porque en él existe el riesgo o azar que implica la indeterminación del momento en que ha de dejar de pagarse la renta por la incertidumbre del momento del fallecimiento de él o los que la reciben, porque son dos las personas que en él intervienen generalmente, porque se perfecciona por el cambio de dominio de los bienes que en él juegan y, por último, porque la entrega de esos bienes y el pago de las rentas son la mutua prestación a que se obligan los contratantes.*” La Sentencia define el contrato de renta vitalicia como real, afirmando que la perfección del contrato se produce por el cambio de dominio de los bienes que en él juegan, y hasta ahí nada puede objetársele porque es una opinión discutible pero aceptable. Sin embargo, califica el contrato como bilateral, incurriendo en el tradicional error de confundir la bilateralidad del contrato con la del negocio jurídico, pues la bilateralidad del contrato nada tiene que ver con el número de personas que intervienen. Si se quiere calificar el contrato como real, inevitablemente debe ser unilateral, pues sólo una obligación deriva del mismo: el pago de la renta. Por otra parte, para justificar el carácter oneroso del contrato hace referencia a que la entrega de los bienes y el pago de las rentas son las mutuas prestaciones a las que los contratantes se obligan, lo que es totalmente incompatible con que la entrega de los bienes sea requisito para la perfección del contrato, pues en este caso no se la puede considerar como prestación derivada de la relación. Comparten estas opiniones sobre la fundamentación de la Sentencia, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho..., cit.*, 1.966, pág. 778. Consideran real y unilateral el contrato de renta vitalicia, también: la STS 14 de octubre de 1960, en su primer considerando, pues califica el contrato como unilateral y otorga a la transmisión del fondo el carácter de trámite constitutivo. Por su parte, la STS 18 de enero de 1996 entiende que la perfección del contrato se opera por el cambio de dominio de los bienes. La RDGRN de 31 de mayo de 1951, da por hecho el carácter real y unilateral del contrato, pues afirma que ese es el motivo de que el notario autorizante de la escritura discutida redactase como condición resolutoria expresa la reversión de la nuda propiedad de los bienes transmitidos, sin obligación de devolver las pensiones recibidas, para garantizar el derecho de los titulares de la renta en caso de incumplimiento, puesto que al ser el contrato unilateral no entra en juego el artículo 1.124 CC.

entrega del capital, y unilateral, porque una vez perfecto sólo produce obligaciones para el deudor de la renta¹⁰⁷⁴.

A tales afirmaciones contribuye el artículo 1.805 CC, del que PEREZ GONZALEZ Y ALGUER deducen la unilateralidad del contrato de renta vitalicia por excluir la aplicación del artículo 1.124 CC¹⁰⁷⁵. Sin embargo el citado precepto de alguna manera niega la unilateralidad, pues si el contrato es realmente unilateral resulta innecesario, ya que el ámbito de aplicación del artículo 1.124 CC es el propio de los contratos bilaterales con prestaciones recíprocas. La razón de ser del artículo 1.805 CC sería precisamente la contraria, señalar una excepción a la aplicación del artículo 1.124 CC en un contrato bilateral y con prestaciones recíprocas, el contrato oneroso de renta vitalicia. En la actualidad son muy escasos los autores que defienden el carácter real y unilateral del contrato oneroso de renta vitalicia, y en general se afirma su consensualidad y bilateralidad¹⁰⁷⁶.

Resulta necesario, por tanto, repasar las distintas posiciones mantenidas por nuestra doctrina, y algunas otras del Derecho comparado, para poder pronunciarse con seguridad en el tema.

La doctrina tradicional, como se ha dicho, sostiene el carácter real del contrato. En su opinión, la obligación de satisfacer el pago de las pensiones no nace hasta que se entrega el capital. Así, la perfección del contrato no se produce por el mero consentimiento, sino por la entrega de la cosa. Para estos autores hasta la entrega del capital no existe verdadero contrato, sino un mero precontrato o una simple promesa de renta vitalicia.

¹⁰⁷⁴ En este sentido se pronuncia GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia y condición resolutoria, notas sobre la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1.951”, *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre, 1.954, pág. 214, indicando que la casi totalidad de la doctrina comparte la opinión de que el contrato de renta vitalicia es real y unilateral, y que considera ajustada la calificación, de contrato real y unilateral, de la RDGRN de 31 de marzo de 1.951.

¹⁰⁷⁵ Los anotadores en ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 778, afirman que de conformidad con el carácter unilateral del contrato el artículo 1.805 CC excluye el artículo 1.124 CC, al que consideran la regla típica de los contratos bilaterales. En el mismo sentido se pronuncian en ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.950, pág. 459. Aunque posteriormente, en la pág. 463, reconocen que el precepto se justifica, más que por la unilateralidad del contrato, por el carácter unitario del derecho a la renta vitalicia. En este mismo sentido se pronuncia DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 800, citando, incluso, a tales anotadores.

¹⁰⁷⁶ Para otros, como POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor LUÍS DIEZ PICAZO*, T. II (Derecho civil: Derecho de obligaciones), 1ª ed., Thomson Civitas, 2.003, pág. 2.832, resulta indiferente la naturaleza del contrato de renta vitalicia, dado que considera la categoría de los contratos reales un mero residuo histórico. Si bien, el autor citado opina que no es demasiado sólido refugiarse en su carácter real, y en consecuencia unilateral, para excepcionarlo de determinadas normas como el artículo 1.124 CC.

En realidad, aquellas opiniones que consideran el contrato de renta vitalicia como un contrato real, pero admiten la posibilidad de constituir una promesa de renta vitalicia o un precontrato de renta vitalicia, en cuyo caso la relación es consensual porque no hace falta la entrega de la cosa para su perfección, no hacen más que mantener la categoría de los contratos reales para finalmente, a través del precontrato, llegar a las mismas consecuencias a las que se llegaría utilizando la figura del contrato consensual. Es decir, tales posturas lo único que hacen es dar un rodeo para admitir la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega en una materia en la que la ley rechaza la existencia de contrato sin entrega¹⁰⁷⁷. Por ello, al menos en los supuestos de contrato de renta vitalicia, en los que el carácter real del contrato es más que dudoso, resulta preferible afirmar su carácter consensual, mucho más acorde con las tendencias del moderno derecho de contratos, donde la categoría de los contratos reales están en plena decadencia.

Entre la doctrina extranjera las posturas varían. En la francesa suelen distinguirse, a los efectos de considerar la relación real o consensual, los supuestos en los que el capital consiste en dinero y aquellos en los que se compone de cosas muebles o inmuebles. En el primer supuesto el contrato se configura como real, por sus históricas semejanzas con el mutuo. Por el contrario, cuando el capital entregado se compone de cosas muebles o inmuebles la relación se afirma consensual, por sus analogías con la compraventa¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁷ En el mismo sentido se pronuncia QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 108 y 109, relacionando la situación del mutuo con la renta vitalicia.

¹⁰⁷⁸ Mantienen esta postura, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 102 a 105. Los autores entienden que cuando la renta vitalicia se constituye mediante la alienación de un bien mueble o inmueble el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, sin necesidad de entregar la cosa. Por el contrario, el contrato es real cuando se estipula a cambio de una suma de dinero, porque, en su opinión, en tales supuestos nos encontramos ante un préstamo, real y unilateral. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 518, defienden que cuando la renta vitalicia se constituye mediante la enajenación de un inmueble o un mueble en realidad existe una venta del bien, y el contrato es consensual y sinalagmático. Sin embargo, consideran existente un préstamo, y por tanto un contrato unilateral y real, cuando la renta es la contrapartida de una suma en dinero. COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 630, afirman que si la renta se constituye mediante una suma en metálico el contrato se acerca mucho a un préstamo, que no se perfecciona más que *re*, mediante la entrega de la cantidad convenida, y es unilateral. Si la renta se constituye mediante la enajenación de una cosa cierta, mueble o inmueble, constituye una variedad de venta o de cambio, que se perfecciona desde el momento en el que hay recíproco consentimiento. En opinión de LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 242, la constitución de una renta vitalicia mediante una suma de dinero es un mutuo, no una renta. Para el autor ambos contratos son de naturaleza distinta, pues uno es real y el otro consensual. Además, afirma que el contrato de compraventa es bilateral mientras el mutuo es unilateral.

La mayor parte de la doctrina italiana, sin embargo, se inclina a favor de la consensualidad del contrato. Las razones se centran en la imposibilidad de identificar el contrato de renta vitalicia constituido a cambio de un capital con el mutuo, en el principio general de la consensualidad de los contratos, y en su afinidad con la compraventa¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁹ Así, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.107, critica las tesis que consideran el contrato de renta vitalicia como bilateral y oneroso cuando se constituye a cambio de un bien mueble o inmueble, y como real y unilateral cuando se constituye a cambio de un capital en dinero. Para el autor, mientras la ley reconoce expresamente la afinidad entre la compraventa y el contrato de renta vitalicia constituido a cambio de la cesión de un inmueble, no afirma tal afinidad entre el contrato de renta vitalicia constituido mediante el desembolso de un capital y el mutuo, a diferencia del Código Civil francés (art. 1.909). Por ello, sentencia que no puede decirse que esta figura sea, como el mutuo, un contrato real. El mutuo tiene por causa y esencial presupuesto la previa consignación de una suma de dinero con la obligación de restituir otra igual. Sin embargo, esta definición no se corresponde con el contrato de renta vitalicia, ya que no puede hablarse de restitución de la misma suma, pues la pagada no se reembolsa íntegramente, sino que se entregan anualidades que comprenden los intereses y una cuota de amortización del capital, de manera que podrían exceder el valor del capital según la duración del contrato. Así, afirma que la distinción entre contrato de renta vitalicia consensual sinalagmático y contrato unilateral real no responde a las exigencias de esta categoría de contratos, ni tiene cabida en el *Codice*. La citada distinción no debe entenderse literalmente ni aplicarse sin reservas, dice el autor. Si la renta vitalicia se constituye mediante la alienación de un inmueble o de cosa mueble, el contrato, en cuanto afín a la venta es sinalagmático y consensual, sin que sea necesaria la entrega de la cosa. Si la renta se constituye a cambio de una suma de dinero, su lejana afinidad con el mutuo no debe inducir a ver siempre en esta figura un contrato necesariamente real y unilateral. En este sentido, continúa argumentando que el sólo consentimiento, sin la entrega inmediata de la suma, puede en ocasiones dar lugar a obligaciones recíprocas entre los contratantes, con efectos jurídicos no diversos de aquellos propios de las otras figuras de contrato de renta vitalicia. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 138 y 139, considera que hoy día no puede dudarse de la naturaleza consensual del contrato de renta vitalicia oneroso, aunque en el pasado fue una opinión difundida que el contrato constituido mediante la transferencia de un capital en dinero era real y unilateral, por su asimilación al mutuo. Para el autor, demostrada la falta de identidad entre el mutuo y el contrato de renta vitalicia con capital en dinero la consensualidad del contrato de renta vitalicia deviene evidente. En primer lugar por el principio general de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, sin la necesaria entrega de la cosa, excepcionalmente exigida para determinados contratos. Por otra parte, porque no existe en la disciplina del contrato norma alguna que induzca a pensar que la entrega es requisito necesario de su perfección. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 7, 8, 10 critica las opiniones que califican el contrato de renta vitalicia como real o consensual dependiendo de la naturaleza del capital entregado. El autor afirma que la tradición misma del Derecho intermedio prescinde de la necesaria contextualidad de la entrega del dinero, en el momento de la estipulación del contrato, como requisito de perfeccionamiento del mismo. De hecho, entiende que podía realizarse en un momento posterior al mismo, permaneciendo inalterada su esencia. Según su opinión, invocar una pretendida afinidad entre el contrato de renta vitalicia constituido por un capital en dinero y el mutuo, para así extender al primero el carácter real del segundo, además de otras reservas, implica no tener en cuenta las profundas diferencias estructurales y funcionales existentes entre los dos contratos. Así, dadas las evidentes diferencias entre el contrato de renta vitalicia y el mutuo, parece evidente la posibilidad de concluir,

El Código Civil argentino también se ocupa de esta concreta característica del contrato, pues en su artículo 2.071 deja claro su carácter real al establecer: “...no quedará concluido sino por la entrega del dinero, o por la tradición de la cosa, en que consistiese el capital”. Dada la claridad del texto legislativo, la práctica totalidad de la doctrina se muestra favorable al citado carácter real¹⁰⁸⁰.

En la actualidad, como ya se ha afirmado, nuestra doctrina rechaza con rara unanimidad el carácter real del contrato de renta vitalicia. Las importantes diferencias existentes entre el contrato de renta vitalicia y el mutuo hacen imposible tratar de configurar el carácter real del contrato con base en algún tipo de afinidad, como hace la doctrina francesa¹⁰⁸¹. Sin embargo, las semejanzas existentes entre este contrato y el contrato de compraventa, que llevan a algunos sectores doctrinales a identificarlos incluso hoy en día, han sido utilizadas para justificar el carácter consensual del contrato.

Por otra parte, como argumenta BELTRÁN DE HEREDIA, cuando se dice que la naturaleza del contrato oneroso de renta vitalicia es real, se utiliza el término en un sentido anticuado que no se corresponde con la realidad actual de los hechos¹⁰⁸².

En el Derecho romano clásico el mero acuerdo de voluntades no era suficiente para producir efectos obligatorios, por lo que debía articularse a través de un contrato formal, la *stipulatio*. No obstante, la tipicidad de ciertos negocios jurídicos de cambio les releva de formalidades, así ocurre con los contratos consensuales: compraventa, sociedad, arrendamiento y mutuo.

fundadamente, que el contrato de renta vitalicia oneroso mantiene, desde el punto de vista de su proceso formativo, una naturaleza jurídica unitaria de contrato consensual. Descarta su eventual inclusión en la categoría de los contratos reales, dado que el negocio se perfecciona con el concurso de los consentimientos, tanto en los supuestos en los que la contraprestación del acreedor de la renta consista en una suma de dinero como cuando consista en otra cosa mueble o inmueble.

¹⁰⁸⁰ Dice el artículo 2.071 CC Argentino: “El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho, pena de nulidad, sino por escritura pública, y no quedará concluido sino por la entrega del dinero, o por la tradición de la cosa, en que consistiese el capital”. El carácter real del contrato en el citado ordenamiento viene confirmado por ZAGO, JOSÉ ALBERTO, *El contrato...*, cit., págs. 42 y 43, para quien la entrega de la cosa es un elemento indispensable en el perfeccionamiento del negocio y no una exigencia de eficacia del contrato perfeccionado. El autor afirma, además, que no existen discrepancias al respecto en la doctrina argentina. También confirman el carácter real del contrato, GASTALDI, JOSÉ MARÍA y CENTANARO, ESTEBAN, *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1.997, págs. 59 y 60, aunque dejan constancia de la existencia de opiniones contrarias, que lo consideran consensual por su falta de mención en el artículo 1.142 del Código.

¹⁰⁸¹ En el mismo sentido se pronuncian BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 77, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 404.

¹⁰⁸² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 80.

Junto a estos contratos existían los reales (mutuo, depósito, prenda y comodato), en los que de la mera entrega de una cosa nacía la obligación de restituirla, sin necesidad de un acuerdo de voluntades anterior. El Derecho postclásico admite los contratos innominados, en los que su fuerza obligatoria no residía en la simple convención, sino en la ejecución de la prestación a la que estaba obligada una de las partes. Era necesario, por tanto, el acuerdo de voluntades y la ejecución de una de las prestaciones, mediante la entrega de la cosa, para que el acuerdo produjese efectos obligatorios. Estos contratos no eran reales en sentido estricto, pero tenían una cierta semejanza en su estructura, lo que llevó a la doctrina clásica a confundirlos y a llamar contratos reales a los innominados. Hoy el consentimiento es suficiente para producir obligaciones, de hecho es la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello no tiene sentido el mantenimiento de los contratos innominados, que desaparecen en los códigos modernos, transformándose la esencia de los contratos reales. Por ello el contrato de renta vitalicia, que perteneció a los innominados, se convierte en contrato consensual en estos nuevos códigos¹⁰⁸³.

El artículo 1.802 CC se ha utilizado para argumentar la excepcionalidad del sistema español a este proceso evolutivo. Sin embargo, tal excepción es más aparente que real, dada la existencia del artículo 1.258 CC¹⁰⁸⁴. Nuestro ordenamiento jurídico consagra la consensualidad de los contratos como regla general en el artículo 1.258 CC. Por ello, las excepciones a la misma tienen que ser establecidas concretamente por el legislador y, en caso de duda, su interpretación debe ser restrictiva y favorable a la consensualidad¹⁰⁸⁵.

En este mismo sentido, PUIG BRUTAU afirma que el contrato de renta vitalicia no es real en el sentido romano de que la obligación nazca por efecto de la entrega del capital, pues en este sentido sólo lo son los contratos reales nominados, pero no los innominados, en los que el fundamento de la obligación contraída radica en la promesa, como ya se ha visto. En su opinión, los contratos reales en sentido romano sólo son el depósito, la prenda y el comodato, aquellos contratos en los que se produce un mero desplazamiento de la posesión o detentación de una cosa, en lugar de la transmisión del dominio de la misma. Por ello no considera contrato real, en el sentido romano del término, al contrato de renta vitalicia, porque el deudor

¹⁰⁸³ Así lo señalan DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 800, GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 318, nota 12, y págs. 320 y 321, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 80.

¹⁰⁸⁴ En este sentido se pronuncia, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 80 y 81.

¹⁰⁸⁵ Comparte esta opinión, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 81.

de la renta adquiere el dominio de la cosa en el acto de constitución, sin que pueda hablarse de un simple desplazamiento de la posesión¹⁰⁸⁶.

Con base en estas argumentaciones PUIG BRUTAU afirma que si el contrato se constituye de la manera expresada en el artículo 1.802 CC, y existe una transmisión inmediata del capital en el acto de la celebración del contrato, el contrato es bilateral imperfecto, por la posible evicción de las cosas transmitidas. Sin embargo, si las partes se ponen de acuerdo y se obligan antes del acto de ejecución, el contrato es consensual y bilateral, pues ambas partes quedan obligadas a las recíprocas prestaciones de transmitir el capital y pagar la renta¹⁰⁸⁷.

Incide en la distinción de contratos reales *quoad constitutionem* y *quoad effectum* BADENAS CARPIO, quien sostiene que la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, respecto al primer significado de contrato real, es la consensualidad. Ello no impide, según su opinión, la existencia excepcional de contratos reales, donde la entrega de la cosa es requisito esencial para la perfección del contrato. Si bien, considera que esto no implica que todos los contratos que lleven aparejada la entrega de una cosa deban considerarse, por esta sola circunstancia, contratos reales, pues es necesario que tenga una singular importancia en el momento de la perfección. El autor entiende que los únicos contratos reales son aquellos en los que la entrega de la cosa tiene una función *contrahendi vel obligandi causa*, en los que necesariamente la entrega debe tener lugar en el mismo instante de la perfección del negocio jurídico¹⁰⁸⁸.

¿Cuál es entonces el significado y la razón de ser de la dicción del artículo 1.802 CC, del que parece derivarse que sin entrega del capital no hay derecho a las rentas?

ALBALADEJO, antiguo defensor del carácter real del contrato, explica la dicción del artículo 1.802 CC de manera un tanto simplista. En su opinión, el precepto se expresa en los términos vistos porque contempla el supuesto de que el acuerdo se celebre con la entrega simultánea del capital al obligado al pago de la renta. Si bien, inmediatamente, considera

¹⁰⁸⁶ PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 563. También se pronuncia en este sentido en *Compendio de Derecho civil*, vol. II (Derecho de obligaciones; contratos y cuasi contratos; obligaciones derivadas de actos ilícitos), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 1.994, pág. 546.

¹⁰⁸⁷ PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 564. El autor en *Compendio...*, *cit.*, pág. 546, afirma que es corriente la opinión de que el contrato es unilateral porque el precepto sólo deja establecida la obligación de pagar la renta. Sin embargo, considera que ello no excluye que las partes puedan ponerse de acuerdo y quedar obligadas antes de la ejecución, en cuyo caso el contrato aparecerá con todo su relieve de consensual y unilateral, por quedar ambas partes obligadas a las recíprocas prestaciones de pagar la renta y transmitir el capital.

¹⁰⁸⁸ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 168 y 169.

perfectamente posible que las partes acuerden la entrega posterior del capital, con el pago anterior o posterior de la renta¹⁰⁸⁹.

Desde nuestro punto de vista, la disposición se explica atendiendo a razones históricas y de evolución del contrato. En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO entiende que tal dicción responde a la preocupación medieval por reprimir la usura que exigía, en relación con los censos, la entrega del capital de presente y normalmente ante notario. También obedece, según el citado autor, a la preocupación por apartarse del criterio imperante en aquellos momentos en los que, en algunos supuestos de constitución de renta, no se operaba la enajenación definitiva del capital hasta la muerte del cedente¹⁰⁹⁰.

Debe tenerse en cuenta la fuerte vinculación entre la renta vitalicia y el censo consignativo en la evolución de la primera. La renta vitalicia entra a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura del censo de por vida, especie de los consignativos, y a muchas de sus normas se somete, entre ellas a todas aquellas que tratan de preservarlo de la usura¹⁰⁹¹.

Parece claro, tras todo lo expuesto, que la entrega del capital no es requisito para la perfección del contrato, sino presupuesto de eficacia del mismo, dado que la perfección del contrato se produce desde el mismo momento en el que existe acuerdo de voluntades¹⁰⁹². Ello no impide que las

¹⁰⁸⁹ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL., “Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla” *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1.981, pág. 5, donde afirma que ahora considera más acertado estimar que el contrato es consensual, de manera que por el simple acuerdo de los interesados las partes quedan obligadas a realizar sus respectivas prestaciones. Se pronuncia en el mismo sentido, también, en *Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*, vol. II, 8ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.989, pág. 429. Comparte la opinión manifestada en el texto QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 103.

¹⁰⁹⁰ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 404. Para ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia”, *Libro homenaje al profesor MANUEL ALBALADEJO GARCÍA*, vol I, 1ª ed., coord. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, 2.004, pág. 1.414, la expresión “desde luego” del artículo 1.802 CC es una reminiscencia del sistema anterior, a pesar de que el legislador suprime toda referencia al censo vitalicio e introduce la renta vitalicia siguiendo el modelo francés, sin que pueda entenderse que aquel se transforma en la figura que nos ocupa.

¹⁰⁹¹ Confirma esta opinión, GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 321.

¹⁰⁹² En el mismo sentido se pronuncia ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.414. También BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 86 y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 167, para quienes la entrega de la cosa no es un momento preobligacional, sino una consecuencia del propio contrato. Ello, sin perjuicio de que la obligación de pagar la renta no surja hasta el momento en el que el acreedor entrega el capital, tal y como ocurre en la

partes puedan pactar una entrega aplazada del capital, dado el carácter dispositivo de la regulación del contrato de renta vitalicia en el Código Civil, dejando a salvo lo establecido en el artículo 1.804 CC¹⁰⁹³. Conforme a esta configuración puede afirmarse que del contrato oneroso de renta vitalicia, consensual y bilateral, nacen dos obligaciones: la de pagar la renta convenida y la entrega del capital. Este último desplazamiento patrimonial es la consecuencia de cumplir con una obligación previa derivada del contrato, y no requisito de perfección del mismo. De hecho, si la única obligación que derivase del contrato fuese la de pagar la renta, la entrega del bien carecería de causa o su realización obedecería a una mera intención gratuita del constituyente¹⁰⁹⁴.

Como se ha visto, las razones que suelen alegarse para sustentar este carácter consensual son¹⁰⁹⁵: 1.- el valor general del artículo 1.258 CC, que establece la regla general de la consensualidad de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico. 2.- La analogía del contrato de renta vitalicia con la compraventa, 3.- la tendencia moderna a superar la distinción entre contratos reales y consensuales, así como la distinta significación de tal clasificación en el derecho romano y en la actualidad. 4.- las diferentes expresiones utilizadas en los contratos reales nominados y en el artículo 1.802 CC, reveladoras de que la entrega no tiene la función de sustituir al consentimiento, sino que es un simple presupuesto y título justificativo de la obligación de devolver.

Desde nuestro punto de vista el contrato de renta vitalicia es consensual porque esa es la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 1.258 CC establece un principio general, cuyas excepciones deben venir claramente establecidas. Tal es el caso de los tradicionales contratos reales nominados del Derecho Romano, el mutuo, comodato, depósito y prenda, para cuya perfección se requiere la entrega de la cosa, que posteriormente se debe devolver, sin que tal restitución tenga el valor de contraprestación.

Tal y como afirma QUIÑONERO CERVANTES, en la actualidad la entrega de la cosa no tiene la significación que se le venía atribuyendo. La entrega no puede darse desprovista del consentimiento de las partes, no puede sustituir al consentimiento, porque éste es un elemento esencial del

compraventa, en la que el comprador no está obligado a pagar el precio hasta la entrega de la cosa.

¹⁰⁹³ Tal y como lo afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 405.

¹⁰⁹⁴ Como también señalan, DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 801, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 86, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 167.

¹⁰⁹⁵ De la misma manera, resumen y exponen estos argumentos, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 405, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 3059.

contrato¹⁰⁹⁶. De esta manera, una vez perfeccionado el contrato por el consentimiento, la entrega juega como presupuesto de eficacia. La entrega, así concebida, no implica la inexistencia del deber de pagar la renta cuando falte la entrega del capital. Las rentas no dejan de deberse por ello, pero el incumplimiento de una de las obligaciones nacidas del consentimiento contractual resta eficacia a la obligación de pago de la renta. Además, en el contrato de renta vitalicia, a diferencia de los contratos reales vistos, no existe obligación de devolver, por lo que todavía tiene menos sentido la exigencia de la entrega previa para la perfección del contrato.

El contrato oneroso de renta vitalicia es, por tanto, consensual y bilateral. La entrega de la cosa se realiza en consideración al pago de la renta, son dos obligaciones correlativas, simétricas, que permiten la consecución de la finalidad con la que ambas partes celebran el contrato. Esta conclusión puede extraerse del artículo 1.802 CC, a pesar de su imprecisión técnica, cuando dice que el dominio se transfiere con la carga de la pensión, pues, aunque no se trata de una carga real, indica con claridad que la entrega del capital no es una entrega pura y simple, sino que se hace en atención a la obligación de pago de la renta¹⁰⁹⁷.

Por tanto concluimos, con GOMÁ SALCEDO, que superadas las particularidades históricas, romanas y de nuestro derecho tradicional, y acogida la regla general de la consensualidad proclamada en el Ordenamiento de Alcalá, no existe razón alguna para que el contrato oneroso de renta vitalicia no pueda perfeccionarse por el mero consentimiento¹⁰⁹⁸. De esta manera, tras el consentimiento el pensionista tiene acción, sin más, para exigir el pago de la renta prometida, y el deudor puede pedir la entrega del capital. Si tal entrega no se produce, cabe oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, siempre que el acreedor de la renta la reclame sin haber entregado el capital. Por último, sólo queda matizar que la consensualidad del contrato, que defendemos, no condiciona el carácter real o personal del derecho que se

¹⁰⁹⁶ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 105, 106 y 108. También en *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.758, afirma el carácter consensual del contrato, considerando que la entrega del capital es un presupuesto de eficacia y no un requisito indispensable para su perfección. Insiste en que tal opinión es insostenible, sobre todo si se piensa que la categoría de los contratos reales es sólo histórica y que el artículo 1.258 CC es válido para todos los contratos.

¹⁰⁹⁷ En sentido similar se pronuncia QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 110, aunque el autor parece entender que la dicción del artículo 1.802 CC implica que mientras la cosa no se entregue no hay obligación de pagar las pensiones, lo que no nos parece del todo correcto, pues nada impide que se pacte una entrega posterior del capital. Para SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 186, el contrato es bilateral en el momento de su constitución y unilateral tras la perfección del contrato, pues sólo resta la obligación de pago de la renta. Tal opinión es una consecuencia de centrar la esencia del contrato bilateral en las prestaciones y no en las obligaciones, como ya se ha visto.

¹⁰⁹⁸ GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T.II (obligaciones y contratos), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2.005, págs. 802 y 803.

genera, ni el hecho de ser, o no, esencial la transmisión dominical o de titularidad del capital¹⁰⁹⁹. Estos otros aspectos del contrato, serán tratados en el capítulo dedicado a sus elementos objetivos y subjetivos, por considerar aquel, sistemáticamente, el lugar idóneo para hacerlo.

¹⁰⁹⁹ Comparte esta opinión CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 40.

CAPÍTULO III:

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO

1.- PLANTEAMIENTO

Los elementos subjetivos del contrato de renta vitalicia son fundamentalmente dos: el constituyente de la renta, que suele ser a su vez acreedor de la misma, y quien recibe el capital, que ocupa el lado pasivo de la relación y debe la renta¹¹⁰⁰. No obstante, la estructura subjetiva del contrato puede complicarse, pues es posible que el constituyente de la renta no sea el acreedor, como ya se ha visto, y que el deudor de la misma varíe. Al igual que ocurre en prácticamente todos los contratos y máxime en éste, que es aleatorio y el riesgo asumido por las partes es mayor, los contratantes tienen que tener plena capacidad de obrar.

Puede intervenir un tercer elemento subjetivo en el contrato, en función de la denominada “vida contemplada”, que no es parte en el contrato salvo que coincida con la vida del acreedor o del deudor¹¹⁰¹. De hecho, la persona cuya vida determina la duración del contrato puede ser el módulo de la relación sin saberlo, pues no se necesita su consentimiento, sino sólo el de las partes contratantes. Como ya afirmaba POTHIER, cuando la vida contemplada es la de un tercero ajeno al contrato sólo se designa en el contrato para determinar la duración de la relación, que coincide con su propia vida, por lo que es indiferente quién sea o si carece de capacidad¹¹⁰².

Se ocupa de los elementos subjetivos del contrato el artículo 1.803 CC. Este precepto, en su primer párrafo, establece las personas sobre cuya vida puede constituirse la relación, determinando que puede otorgarse sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. El segundo párrafo indica las personas a cuyo favor puede concretarse la

¹¹⁰⁰ La denominación de constituyente, para la persona que entrega el capital, es general en la doctrina y, en opinión de BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 130, puede inducirse de los textos legales, tanto del español como del francés o del italiano, pues en todos ellos se hace alusión a “constituir” la renta.

¹¹⁰¹ Precisamente por este motivo para BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.001, pág. 2035, la persona sobre cuya vida se constituye la renta no forma parte de la estructura subjetiva del contrato, sino de la objetiva.

¹¹⁰² POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 125, nº 226.

renta, afirmando la posibilidad de constituirla a favor de la vida (o vidas) módulo o a favor de personas distintas¹¹⁰³.

El legislador regula el contrato de renta vitalicia, casi siempre, pensando en el supuesto básico que contempla el artículo 1.802 CC: el contrato en el que quien entrega los bienes es el acreedor de la renta y quien los recibe el deudor de la misma. Sin embargo, es perfectamente posible que el acreedor de la renta no coincida con el constituyente, con la persona que entrega los bienes o dinero que constituyen el capital. Además, también puede ocurrir que los acreedores o deudores sean una pluralidad de personas, en cuyo caso habremos de estar a lo que el Código establece para la pluralidad de acreedores o deudores.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de alimentos, en el que el carácter personalísimo de la relación plantea numerosas dudas sobre la posibilidad de que los sujetos sean personas jurídicas, en el contrato de renta vitalicia no cabe duda de tal posibilidad¹¹⁰⁴. La única especialidad de estos supuestos es que la relación con la persona jurídica se realiza a través de sus representantes o administradores¹¹⁰⁵. No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la vida contemplada. Obviamente, la vida contemplada debe ser la de una persona física, y no jurídica, pues sus peculiaridades en materia de

¹¹⁰³ Tal y como señala GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 453, el artículo 1.803 CC sigue la doctrina de la mayor parte de los Códigos modernos en todos aquellos puntos que regula. Sin embargo, su estructura es diferente, pues nuestro legislador contempla en un mismo precepto las cuestiones de la duración de la renta, su beneficiario y la posibilidad de constituir una renta vitalicia a favor de tercero, mientras la mayoría de los Códigos lo hacen en preceptos distintos.

¹¹⁰⁴ Así lo confirma la STS de 30 de julio de 2002, que considera acreditada la existencia de la obligación de pagar una renta vitalicia a la actora, por parte de una sociedad anónima, como consecuencia de la cesión de una concesión municipal. De la misma manera, la SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2004, reconoce la formalización de un contrato de renta vitalicia entre una persona física de 91 años de edad, en calidad de cedente – pensionista, y una entidad mercantil, como cesionaria adquirente del inmueble transmitido. No obstante, se declara la nulidad del mismo por la incapacidad de la rentista. En el mismo sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 219 y 220, para quien la persona jurídica es sujeto de derechos y puede asumir obligaciones y adquirir créditos que sean compatibles con su naturaleza. Cuando sea una persona jurídica la acreedora o deudora de la renta vitalicia lo será como forma unitaria, y no los singulares miembros que la componen, de manera que es perfectamente posible que la renta vitalicia se estipule por la persona jurídica a favor de alguno de sus miembros y viceversa. También, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 33, comparte esta opinión, dejando a salvo la posibilidad de que sus estatutos lo prohíban.

¹¹⁰⁵ Así lo matiza QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 46. También ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 33, quien afirma que las personas jurídicas actuando a través de sus representantes o administradores se comportan como las personas físicas porque, como éstas, pueden asumir obligaciones, realizar actos de adquisición, de goce y de disposición de derechos.

extinción acabarían con la aleatoriedad del contrato¹¹⁰⁶. Pero no sólo debe ser una persona física, sino determinada, como viene expresamente exigido por el artículo 1.802 CC.

Trátase de personas físicas o jurídicas, éstas requieren capacidad de obrar para convertirse en contratantes. Tal requisito deriva de las repercusiones patrimoniales derivadas del contrato, en el que una de las partes realiza un acto de disposición más o menos importante¹¹⁰⁷.

2.- EL SUJETO ACTIVO

2.1.- PROBLEMÁTICA

Con la denominación sujeto activo queremos hacer referencia al acreedor de la renta. El artículo 1.802 CC se refiere a ella como la persona a la que “*el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas...*”¹¹⁰⁸.

Lo más habitual es que el acreedor de la renta sea también la persona que la constituye, quien entrega el capital a cambio del cual nace la obligación de pago de la pensión. Sin embargo, la renta puede constituirse a favor de persona distinta del que entrega el capital, pues el artículo 1.803 CC nada establece al respecto. En estos supuestos, cuando la renta se instituye a favor de una, o varias, personas distintas a la que da el capital, el contrato se convierte en una estipulación a favor de tercero. Como ya se vio al ocuparnos de la renta vitalicia a favor de tercero, en estos supuestos sólo el constituyente de la renta es parte del contrato de renta vitalicia, pues el acreedor de las rentas no es más que un tercero ajeno al contrato.

¹¹⁰⁶ En el mismo sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina. Así, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 92, o QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 46 quien, citando a FEDERICO DE CASTRO, afirma que la vida contemplada debe ser siempre una “vida humana” y no la creada artificialmente mediante una personificación. También GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 414, nota 109, hace referencia a esta imposibilidad, indicando que es una limitación admitida como indiscutible por la generalidad de la doctrina. Entre los autores italianos comparten la idea de que la persona jurídica no puede designarse como vida contemplada, entre otros, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 219 o ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 33.

¹¹⁰⁷ Así, la ya citada SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2004, declara la nulidad de un contrato de renta vitalicia en el que la rentista, aunque todavía no había sido declarada incapaz, carecía de capacidad comercial. La declaración de incapacidad se produce con posterioridad a la celebración del contrato, pero la Sentencia declara su nulidad porque la situación que sirve de base a la resolución de incapacidad ya existía en el momento de su celebración, de hecho, un informe médico la reflejaba.

¹¹⁰⁸ Son muy diversas las acepciones con las que se designa al acreedor de la renta. Así por ejemplo, “credirrentista”, por influencia de la doctrina francesa que habla del “*crédirentier*”, rentista, beneficiario, “vitalizado” en clara referencia a la denominación italiana “*vitaliziato*”.

Tal y como recuerda BELTRÁN DE HEREDIA, la coincidencia entre quien entrega el capital y el acreedor de la renta puede faltar originaria o sucesivamente¹¹⁰⁹. En el primer caso, la falta de coincidencia deriva de que la estructura contractual sea la de un auténtico contrato a favor de tercero. En este supuesto el constituyente de la renta entrega el capital, pero el acreedor de la renta es una tercera persona designada por él. Tal posibilidad, según se expuso, viene amparada con carácter general en el artículo 1.257 CC.

Respecto a la falta de identidad entre el acreedor de la renta y constituyente que se produce con posterioridad a la constitución del contrato de renta vitalicia, caben varias posibilidades. Así, es perfectamente posible que el acreedor de la renta transmita voluntariamente su derecho a la renta, que éste sea objeto de una transmisión forzosa, o que se produzca la sucesión en el derecho cuando el acreedor muera antes que la vida contemplada¹¹¹⁰.

Por último, debe señalarse que lo más habitual es que la vida módulo de la relación coincida con la del acreedor de la renta. Es decir, la duración de la obligación de pago de la renta suele estar determinada por la duración de la vida del acreedor de la pensión, pues la finalidad principal de la relación es asegurar su subsistencia mientras viva. Sin embargo, nada exige tal coincidencia, porque el artículo 1.803 CC da plena libertad a las partes a la hora de determinar el acreedor de la renta, al contemplar la posibilidad de establecerla “*a favor de la persona sobre cuya vida se otorga o de personas distintas*”.

2.2- PLURALIDAD

Es perfectamente posible que la titularidad del derecho de crédito sea plural, que no pertenezca a una sola persona. Tal posibilidad no sólo se limita a la concurrencia coetánea de varios acreedores, sino que puede existir una pluralidad de acreedores sucesivos. En estos casos los distintos beneficiarios disfrutan de la pensión unos detrás de otros. Así, cada acreedor sucesivo tiene derecho a la renta durante el lapso temporal establecido, al finalizar el cual comienza a disfrutarla el siguiente acreedor, según el orden fijado, siempre que se mantenga la existencia de la vida módulo, pues desaparecida ésta se extingue el contrato. Durante cada período es beneficiario de la renta el acreedor designado, de manera que sólo él está legitimado para recibirla y ejercitar los derechos inherentes a su posición jurídica¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 93.

¹¹¹⁰ Tal y como afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág.412.

¹¹¹¹ Así lo establece la RDGRN de 13 de diciembre de 1.889, contenida en ROCA SASTRE RAMÓN MARÍA y DE MOLINA JUYOL, JUAN *Jurisprudencia registral* (colección de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado referentes a los Registros de la Propiedad y Mercantil, recopiladas, ordenadas y completadas con índices para facilitar su manejo), T. II (años 1883-1895), Bosch, Barcelona, 1953, págs. 577 a 579. En el mismo sentido se pronuncian, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La*

En los supuestos de pluralidad de acreedores sucesivos suele defenderse la aplicabilidad del límite establecido en el artículo 781 CC para las sustituciones fideicomisarias. Sin embargo, parece evidente que la finalidad del citado precepto, restringir la vinculación de los bienes, trasladada al contrato de renta vitalicia, donde se busca limitar la duración del derecho, se consigue con su vinculación a la duración de la vida módulo¹¹¹². Por ello defendemos la aplicación del citado precepto sólo a aquellos supuestos en los que sean varias las vidas módulo, y no cuando sean varios los acreedores, salvo que éstos sean a la vez módulo de la relación. Es perfectamente posible, por tanto, la designación de varios acreedores sucesivos, aunque alguno de ello no haya nacido o no se haya concebido¹¹¹³. No obstante, resulta imprescindible que estén perfectamente determinados y debe tenerse en cuenta que sólo pueden disfrutar de la renta si se mantiene la vida contemplada, que sí vendría sometida a los límites del artículo 781¹¹¹⁴.

El supuesto de concurrencia simultánea de acreedores, como el de concurrencia sucesiva, no viene específicamente previsto en el capítulo que el legislador dedica al contrato de renta vitalicia, por lo que ha de estarse a lo establecido en los artículos 1.137 y ss. CC En virtud de tales preceptos la regla general es la mancomunada simple, de manera que el crédito se presume dividido en tantas partes como acreedores haya. Nada impide que

renta vitalicia..., *cit.*, pág. 142, y IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 50.

¹¹¹² En tal sentido se pronuncia, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 98.

¹¹¹³ Comparte esta opinión BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 217 y 218. Para el autor la renta puede constituirse a favor de personas nacidas, concebidas pero no nacidas, e incluso respecto de los hijos no concebidos de una persona viva en el momento de constituirse el negocio, en cuyo caso, sus intereses serán defendidos por un administrador. La cuestión no plantea dudas respecto de los nacidos, ni siquiera para los concebidos pero no nacidos, puesto que se les tendrá por nacidos para todo aquello que les beneficie, exactamente igual que en nuestro derecho, pues así lo establece el artículo 29 CC Respecto del último supuesto, el autor entiende que, a pesar de que no puede existir derecho sin sujeto, no es necesario que el sujeto exista en el mismo momento en el que el derecho nace, pues existen derechos que están en espera de los futuros titulares, como las liberalidades a favor de los hijos de una determinada persona viva. En el mismo sentido se pronuncian PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 527, pues consideran que es perfectamente posible la constitución de renta reversible a favor de individuos no concebidos en el momento de estipularse el contrato, siempre que se admita que la estipulación de tercero cabe a favor de persona futura. Sin embargo, BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 109, defienden la necesidad de que todos los beneficiarios de la renta se hayan concebido, porque son llamados a recibir una liberalidad y las liberalidades sólo pueden realizarse en beneficio de personas concebidas en el momento de la donación.

¹¹¹⁴ Hacen hincapié en la necesidad de determinación PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 527. Los autores afirman que los beneficiarios de la renta deben ser señalados en el contrato, siendo imposible que el acreedor se reserve el derecho a designar posteriormente la persona sobre cuya cabeza la renta es reversible, pues tal posibilidad deja al deudor a merced del acreedor primitivo.

las partes puedan pactar la solidaridad, aunque deben hacerlo de manera expresa¹¹¹⁵. Si se pacta la solidaridad cada acreedor puede exigir la totalidad del crédito al deudor, liberándose éste en el mismo momento en el que realice el pago, sin perjuicio de las posteriores relaciones entre los acreedores.

La doctrina suele preguntarse por el destino de la porción de crédito de cualquiera de los acreedores si fallece. La cuestión fundamental se centra en determinar si el resto puede beneficiarse de la misma, es decir, en la posibilidad de que el derecho del acreedor fallecido acrezca al resto de acreedores, siempre y cuando la relación permanezca subsistente por la supervivencia de la vida contemplada. De no ser así, si no pueden beneficiarse de ella el resto de acreedores, ha de concretarse si se extingue o se transmite a sus herederos.

En nuestro ordenamiento jurídico se está a lo que las partes hayan pactado, dada la existencia del artículo 1.255 CC y la falta de una solución concreta en el Código Civil. El problema se plantea cuando las partes nada pactan, dada la omisión del legislador. El *Code*¹¹¹⁶, el Código Civil italiano de 1.865¹¹¹⁷ o el BGB alemán tampoco contienen previsión alguna al respecto.

¹¹¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 93, quien afirma que a falta de pacto se aplicarán las reglas jurídicas de la mancomunidad simple, por constituir la regla general en la materia. También comparte esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 40.

¹¹¹⁶ Ante la falta de previsión del *Code*, la doctrina trata de solventar el vacío legal. Así, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 111, entienden que todo depende de la voluntad de las partes, que en caso de duda debe ser interpretada por el Juez según las circunstancias del caso y los términos del contrato. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 526, se pronuncian en el mismo sentido. Estos autores consideran que todo depende de la voluntad de las partes, que en caso de duda se interpreta por los Tribunales. No obstante entienden que, en general, los contratantes pretenden hacerla indivisible, de manera que el último acreedor sobreviviente percibe íntegramente las pensiones. En estos casos, afirman, la renta se denomina reversible en cabeza del sobreviviente.

¹¹¹⁷ También la doctrina italiana de la época, dada la falta de previsión del Código Civil italiano de 1.865, se ocupa del tema. Así, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 216 y 217, considera que la solución depende de la voluntad de los contratantes, que en materia contractual es soberana. Tal voluntad, en caso de duda, debe interpretarse por el juez conforme a los términos del contrato, si bien, afirma que tal voluntad puede manifestarse implícitamente, bastando demostrar que la intención fue constituir una renta única a favor de los distintos acreedores. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.097, entiende que, en caso de pluralidad de acreedores, la decisión de si se produce una proporcional disminución de la renta o una entera o proporcional reversibilidad de la misma a favor de los supervivientes depende de la modalidad de constitución de la relación. Para el autor, las partes pueden considerar el derecho a la renta como un todo único debido por entero y conjuntamente a todos ellos, pero limitado, para cada uno, a la coexistencia de un derecho idéntico en los coacreedores. De esta manera, fallecido un acreedor el derecho se expande a los demás, a los que el deudor continúa obligado a pagar la totalidad de la renta aunque diversamente repartida. En los casos en los que el contrato de renta vitalicia se constituya por disposición testamentaria, añade, esta voluntad da lugar a un derecho de

Sin embargo, sí la prevé el Código Civil italiano de 1.942, que en el artículo 1.874 establece el derecho de acrecer al acreedor premuerto por parte del resto de los acreedores, salvo en los casos en los que se haya pactado lo contrario¹¹¹⁸. También contiene una previsión semejante el Código Civil portugués, que en su artículo 1.241 se pronuncia a favor del acrecimiento¹¹¹⁹.

Debe dilucidarse, por tanto, cuál es la solución más adecuada en nuestro ordenamiento jurídico para aquellos supuestos de pluralidad de acreedores simultáneos cuando uno de ellos fallece: la extinción de su porción, el acrecimiento de la misma al resto de acreedores o la transmisión a sus herederos. La primera posibilidad, la extinción de la porción de renta del acreedor fallecido, parece descartable, pues la obligación de pagar la renta sólo se extingue con el fallecimiento de la vida módulo, no con la muerte del acreedor¹¹²⁰. De hecho, como afirma BADENAS CARPIO, sería contrario a la esencia del contrato la extinción de la renta, aunque sea parcial, antes del

acrecimiento. Aunque considera inaplicables las reglas del acrecimiento a los contratos de renta vitalicia onerosos y gratuitos, afirma que la voluntad de las partes puede conseguir los mismos efectos del acrecimiento mediante pactos añadidos al contrato, en especial con la cláusula de reversibilidad. La posibilidad de acudir a la citada cláusula la fundamenta en el artículo 610 del proyecto de Código de las obligaciones entre Italia y Francia, que la contempla como facultativa, y en los artículos 1.071 y 1.072 del Código Civil para el caso de las donaciones, que contemplan la cláusula de reversibilidad. En su opinión la cláusula, en el caso de la renta vitalicia, tiene un contenido diverso: que la muerte de un acreedor no extinga su cuota, ni reduzca la renta, sino que beneficie al resto de los acreedores incrementándose su porción con el reparto proporcional de la del fallecido. Considera, además, que la doctrina prevalente es favorable a la reversibilidad de la renta aunque no exista pacto al respecto, siempre que no exista pacto en contrario, aunque señala la existencia de opiniones en contra.

¹¹¹⁸ Así lo confirma TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 117, quien considera que la disposición se inspira en la *ratio* que está en la base del derecho de acrecimiento. Todos los acreedores se consideran como potencialmente llamados a la totalidad del derecho, pero con la limitación del concurso del resto de los acreedores. Excluida la limitación, por ejemplo por la muerte de uno de los acreedores, el derecho se expande a los supérstites. Para el autor, en la génesis de la solución escogida por el Código está la influencia ejercitada por el modelo que constituye el legado vitalicio.

¹¹¹⁹ El artículo 1.241 del Código Civil portugués establece: “*No silêncio do contrato, sendo dois ou mais os beneficiários da renda, e falecendo algum deles, a sua parte acresce à dos outros*”.

¹¹²⁰ Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 95 y 96, pues considera que si fallece uno de los acreedores solidarios el lado pasivo de la relación no se altera. Para el autor, el lado pasivo de la obligación es el que fundamentalmente pone de relieve el legislador en el artículo 1.802 CC, de manera que la obligación sólo cesa cuando desaparezca la vida contemplada, al margen de los procedimientos generales de extinción de las obligaciones. Si fallece uno de los acreedores, en su opinión, ha de buscarse al sucesor legal en sus titularidades jurídicas. Es la opinión mantenida, también, por GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 462, quien afirma que la renta vitalicia no se extingue mientras viva la vida módulo, y que las mismas consideraciones deben aplicarse para su reducción. Sin embargo el Código Prusiano, en su artículo 615, establece la extinción proporcional de la renta constituida a favor de varias personas cuando alguna de ellas muere, beneficiando al deudor. Así lo indica BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 217.

fallecimiento de la vida contemplada, pues la pensión debe entenderse como una unidad en sí misma considerada¹¹²¹. Por este motivo, puede dudarse si tal porción acrece a los acreedores o se transmite a los sucesores del fallecido, pero el deudor debe la totalidad de la renta, sin que pueda considerarse extinguida la parte perteneciente al acreedor fallecido. Obviamente, esta es la solución en caso de que no exista pacto en contrario, pues de existir deberá estarse a lo expresamente pactado.

Respecto de las otras dos posibilidades, puede plantearse que la solución depende de la clase de concurrencia que exista en cada caso. Si hay mancomunidad simple, aunque el vínculo contractual es único, los créditos de los distintos acreedores son independientes, están perfectamente separados. Precisamente por esta razón no tiene sentido que exista derecho de acrecimiento para el resto de los acreedores. Por ello, compartimos aquellas opiniones que mantienen la opinión de que, en estos casos, lo más lógico es que sean los herederos del acreedor fallecido los que le sucedan en su derecho de crédito¹¹²².

Si existe solidaridad la situación es diferente. En estos supuestos los créditos de los distintos acreedores no están tan claramente delimitados, de hecho existe un único derecho de crédito de titularidad colectiva, de manera que uno sólo de los acreedores puede solicitar del deudor la totalidad de lo debido. Por estas razones tiene sentido que, existiendo solidaridad, la porción que correspondería al acreedor fallecido acrezca a los demás¹¹²³. No obstante, BELTRÁN DE HEREDIA entiende que la regulación positiva de la solidaridad conduce, de nuevo, a la autonomía e independencia de los créditos. Por lo que, en su opinión, desaparece cualquier razón para defender el derecho del resto de los acreedores a acrecer en la parte de la renta

¹¹²¹ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs 143 y 144.

¹¹²² Es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 95 y 96 y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 41, quien afirma que lo lógico es que la porción del crédito pase a incrementar el patrimonio de sus herederos, y no el “*quantum*” de los créditos de los acreedores supervivientes. En este sentido, defiende que la regla general sea la de no acrecimiento, tal y como la regla general es la de la mancomunidad. Comparte la opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 462 y 463.

¹¹²³ De hecho ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs 25 y 26, considera que el artículo 1.874 del Codice sólo es aplicable a los supuestos en los que la renta se pacte solidariamente en beneficio de los acreedores, pues si se pacta la mancomunidad no existe una única renta vitalicia constituida a favor de varios acreedores, sino la constitución contextual, en un único acto formal, de varias rentas vitalicias debidas a distintos acreedores. Para el autor las partes son libres de pactar en contra del precepto, estableciendo que la cuota perteneciente al acreedor premuerto se extinga, exonerando al deudor, o que se deba a los herederos del acreedor premuerto hasta la extinción de la vida contemplada. No obstante, parece derivarse todo lo contrario del citado precepto, dado que establece el acrecimiento para todo supuesto en el que exista una pluralidad de acreedores y no se haya pactado lo contrario.

correspondiente al acreedor fallecido. Para el autor es preferible defender la sucesión de sus legítimos herederos, pues siendo un derecho “perfecta e individualmente suyo” puede disponer de él *mortis causa*¹¹²⁴.

QUIÑONERO CERVANTES realiza una precisión, que desde nuestro punto de vista no es más que un criterio que permite detectar la voluntad de las partes contratantes. En su opinión, si el contrato contiene una designación conjunta de beneficiarios, concretando no sólo las personas sino también las cuotas que les corresponden, el derecho de acrecer sólo cabe cuando se estipule expresamente. En realidad este supuesto es una concreción de la regla general, cuya base se encuentra en la presunción de que si el contrato designa los beneficiarios y sus cuotas lo hace porque desea que cada uno ellos reciba esa cantidad, sin que el resto de los acreedores pueda beneficiarse del fallecimiento de uno de ellos. O lo que es lo mismo, viene a ser una aplicación extraña al Derecho de sucesiones de las reglas que disciplinan el derecho de acrecer en los artículos 982 y 983 CC. Obviamente, no se trata de una aplicación propiamente “analógica”, pues no existe identidad de razón, pero sí un criterio razonable para identificar, deducir o entrever cuál fue la voluntad de los contratantes.

Por el contrario, el autor entiende que si la designación sólo se hace respecto de los beneficiarios, realizando una atribución conjunta sin hacer referencia a las cuotas, el fallecimiento o renuncia de cualquiera de ellos determina el acrecimiento a los demás, como consecuencia del principio “*concurso partes fiunt*”. Aquí, de nuevo, entendemos que el autor pretende fijar la presunción de que, en estos casos, la intención del constituyente es beneficiar a los beneficiarios, y no a sus herederos, de manera que si alguno de ellos renuncia o muere su parte acrece al resto. Ello resulta evidente si se atiende a las palabras con las que termina estas precisiones: “...*debemos dejar patente que la interpretación de la voluntad no ha de admitir dudas sobre cuál ha sido la intención del constituyente.*”¹¹²⁵.

Desde nuestro punto de vista deben tenerse en cuenta tales criterios interpretativos, pues consideramos que en esta materia debe primar la voluntad de las partes. Máxime, cuando resultan concordantes con el criterio propugnado por el legislador en un supuesto tan semejante como el derecho de acrecer sucesorio de los artículos 982 y 983 CC. Sin embargo, no cabe duda que la regla general para los casos dudosos debe ser la mancomunidad

¹¹²⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 97. Le sigue en este punto, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 462 y 463.

¹¹²⁵ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 44.

del crédito y la sucesión de los herederos en la porción del crédito del acreedor fallecido¹¹²⁶.

Existe un supuesto concreto de pluralidad de acreedores que requiere su exposición y delimitación específica: la renta constituida a favor de cónyuges. Como se ha puesto de manifiesto, el criterio que hemos elevado a regla general es perfectamente excluible si de las propias circunstancias de la relación, o del clausulado establecido en el contrato, puede derivarse una voluntad contraria. En este mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO entiende que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general es la transmisión de la cuota a los herederos del acreedor, “*salvo que resulte clara la voluntad de los interesados en sentido distinto*”, lo que considera que normalmente ocurrirá cuando la renta se constituya a favor de cónyuges¹¹²⁷. Compartimos la opinión de que en estos supuestos lo más habitual es que la voluntad de los cónyuges sea el acrecimiento de la renta al supérstite en caso de fallecimiento de uno de ellos¹¹²⁸. Por ello parece conveniente el establecimiento de una

¹¹²⁶ Comparte la conveniencia de aplicar esta regla en los casos dudosos, “*por ser la más consecuente con la naturaleza de las cosas y la esencia propia de las obligaciones múltiples*”, QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 43, quien además afirma que es la aconsejable por el perjuicio que podrían sufrir los herederos del acreedor premuerto.

¹¹²⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 463.

¹¹²⁸ Algunos autores españoles hacen referencia a lo que la doctrina francesa e italiana denominan reversibilidad de la renta. A ella se refiere, por ejemplo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGO, *Comentarios al...*, *cit.*, pág. 2037, afirmando que cuando los constituyentes de la renta sean varias personas, por ejemplo un matrimonio, suele pactarse una cláusula de reversibilidad, por la que el deudor queda obligado a satisfacer la renta hasta que fallezca el último de los acreedores, siendo éstos la vida módulo. Con mayor detenimiento se refiere a la reversibilidad de la renta BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs 143 y 144. El autor explica que la reversibilidad de la renta implica la subsistencia de la integridad de la renta a pesar del fallecimiento de alguno de los beneficiarios, mientras el acrecimiento hace referencia a los destinatarios de la porción de renta del beneficiario fallecido. Para el autor, la reversión puede definirse como el derecho del sobreviviente a percibir la renta pactada, sin reducción, aunque fallezca uno de los beneficiarios. No obstante, tal postura se contradice, por ejemplo, con la de DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.097, quien afirma que las normas sobre el acrecimiento o sobre la reversibilidad se aplican según se trate de una renta vitalicia testamentaria o contractual. Nuestra opinión es más favorable a esta tesis, a que no debiera hablarse de acrecimiento, sino de reversibilidad, en los supuestos de renta vitalicia contractual, tal y como hace BERCOVITZ, pues realmente hablar de acrecimiento en la renta vitalicia contractual no es del todo preciso, porque no es un auténtico derecho de acrecimiento. No obstante, es el que se ha utilizado por ser la denominación más habitual en la doctrina, que precisamente por la generalización de su uso, consideramos perfectamente aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa. El rechazo a la configuración de la reversibilidad realizada por BADENAS CARPIO viene confirmada por la doctrina francesa. Así BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 111, o PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 526, consideran que la renta se denomina reversible en cabeza del sobreviviente cuando el último acreedor sobreviviente percibe íntegramente las pensiones, lo que

especie de presunción en tal sentido, que perfectamente podrá desvirtuarse si de los propios términos del contrato, o de sus circunstancias, se deriva lo contrario. Si bien, puesto que nada establece el Código al respecto, lo mejor es dejar clara la voluntad en el contrato, ya que Jueces y Tribunales no siempre lo entenderán así.

Se nos plantea ahora el problema de que, instituidos varios acreedores sucesivos, fallezca uno de ellos sin que haya nacido el siguiente instituido. Parece lógico aplicar a este supuesto, por analogía, el régimen jurídico establecido para las sustituciones fideicomisarias. En tales supuestos se exige que el fideicomisario haya nacido en el momento en que el fiduciario fallezca, pues la limitación al segundo grado exige un sucesor actual. Así, en el caso de que el fideicomisario no haya nacido antes de que el fiduciario fallezca, su derecho a la sucesión pasa a su sustituto vulgar, si lo hubiese, o, en calidad de tales, a los fideicomisarios posteriores, o al cofideicomisario con derecho de acrecer¹¹²⁹. A pesar de que hemos dicho que las limitaciones propias de las sustituciones fideicomisarias no tienen sentido en el supuesto de los acreedores sucesivos plurales para evitar la perpetuidad de la renta, puesto que su duración depende de la vida contemplada, lo cierto es que su régimen jurídico sí puede ayudarnos a solucionar el problema que nos ocupa. De esta manera, si el acreedor sucesivo no ha nacido cuando muere el anterior beneficiado su derecho a la renta pasa al siguiente beneficiado, si lo hubiere, y si no lo hubiere a los herederos del fallecido, mientras viva la vida contemplada. Solución, hemos de recordar, aplicable en defecto de pacto en contrario entre las partes. Tal régimen jurídico es acorde, además, con el hecho de que en tales supuestos la adquisición del derecho por el no nacido esté condicionada suspensivamente a su nacimiento, de manera que si no llega a nacer antes de que el derecho se extinga lo perderá.

indudablemente indica que la reversibilidad también hace referencia a los destinatarios de la porción de renta del beneficiario. No obstante, incluso si tomásemos el término reversibilidad en el sentido mencionado por BADENAS CARPIO, creemos que ya nos hemos pronunciado a favor de la reversibilidad de la renta, desde el mismo momento que hemos negado la posibilidad de que la porción de renta perteneciente al acreedor fallecido se extinga, distinguiendo si debe acrecer al resto de beneficiarios o transmitirse a los herederos del fallecido.

¹¹²⁹ Así lo manifiesta LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, T.V (Sucesiones), 2ª ed. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA JOAQUÍN, Dykinson, Madrid, 2.004, pág. 277. Esta precisión, sin embargo, no se contiene de manera expresa en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, T.V (Sucesiones), 3ª ed. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA JOAQUÍN, Dykinson, Madrid, 2.007, págs. 269 y ss.

3.- EL SUJETO PASIVO

3.1.- PROBLEMÁTICA

Con la denominación sujeto pasivo normalmente nos referimos a quien recibe el capital y, como contraprestación, se obliga a pagar la renta o pensión.

El Código Civil se refiere a él como deudor, sin más, al establecer “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor...*”. Tal denominación, como apunta GUILARTE ZAPATERO, no es técnicamente correcta, pues acreedor y deudor de la renta son a la vez acreedores y deudores del resto de obligaciones que surgen del contrato de renta vitalicia. Por otra parte, como sigue argumentando el autor, el acreedor de la renta no queda liberado con la transmisión de los bienes o dinero que constituyen el capital, sino que mantiene su obligación de saneamiento¹¹³⁰.

El deudor originario de la renta no tiene porqué mantenerse durante la totalidad de la relación, siendo perfectamente posible que varíe. De esta manera, podemos encontrarnos con que el deudor de la renta vitalicia no sea la misma persona que recibió el capital y se obligó a pagar la pensión. La modificación de la posición pasiva puede producirse, como en todos los contratos, por transmisión *inter vivos* en cualquiera de sus modalidades, sucesión *mortis causa* o, según algún sector doctrinal, por disposición legal¹¹³¹.

Los supuestos más habituales de modificación de la persona del deudor se producen por sucesión *mortis causa*. Esta modificación tiene lugar siempre que la vida contemplada es distinta a la del deudor y éste fallece antes que aquella. En estos casos, obviamente, la obligación de pagar la renta vitalicia se transmite a los herederos, pues la relación no se extingue hasta el fallecimiento de la vida módulo. Salvo que las partes hayan establecido lo contrario, o hayan previsto una condición o término distinto, sólo cuando la vida módulo coincide con la del deudor, o éste sobrevive a aquella, la obligación de renta vitalicia no se transmite a sus herederos.

Como la relación jurídica no tiene carácter personalísimo, a diferencia del contrato de alimentos, no parece que exista problema, tampoco, en que

¹¹³⁰ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 411.

¹¹³¹ Así lo afirman, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 130 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGO, *Comentarios al...*, *cit.*, pág. 2035. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 412, sin embargo, mantiene que en el caso del deudor de la renta su obligación sólo se transmite cuando el deudor fallezca antes que la vida contemplada. Por ejemplo, porque se produzca su muerte antes que la de la vida módulo.

pueda operarse una modificación de la persona del deudor *inter vivos*¹¹³². En estos supuestos, la modificación está supeditada a la aceptación del acreedor, pues así lo establece el artículo 1.205 CC y lo confirma reiteradamente la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo¹¹³³.

La tercera manera en la que puede producirse la modificación de la persona del deudor, según un sector doctrinal, es por disposición de la Ley. Tal posibilidad viene indicada por BADENAS CARPIO, y tiene su base en el

¹¹³² El cambio de deudor puede tener lugar, principalmente, por tres vías: delegación, expromisión y asunción de deuda, sin que necesariamente deba existir novación. En los supuestos de delegación, aparece un nuevo deudor que ocupa el puesto del deudor originario o se acumula al mismo. En estos casos el delegante se convierte en deudor del delegatario, apareciendo un nuevo deudor (el delegado). La delegación puede novar la obligación o no hacerlo, y sólo se produce novación, con la consiguiente desaparición del deudor originario, cuando tal sea la voluntad del delegatario (acreedor). En estos casos, conforme a lo establecido en el artículo 1.206 CC “*La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda*”. Con relación a la expromisión, tiene lugar cuando el nuevo deudor, mediante un negocio jurídico unilateral aceptado por el acreedor, se obliga a pagar la deuda, quedando al margen el deudor primitivo. En virtud del artículo 1.205 CC, la expromisión puede realizarse sin que el antiguo deudor preste su consentimiento e, incluso, sin su conocimiento. La expromisión puede ser novatoria o cumulativa. En este último caso, en el que no hay novación, el acreedor acepta al nuevo deudor sin liberar al anterior, quedando ambos deudores obligados de forma solidaria. El contrato de asunción de deuda, aunque no se encuentre tipificado en nuestro Código Civil, es admitido y considerado como negocio atípico por doctrina y jurisprudencia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 CC. Supone la existencia de un negocio jurídico bilateral entre dos deudores que requiere el consentimiento y la aprobación del acreedor, o bien su ratificación posterior. En principio, el nuevo deudor asume la deuda del deudor originario, se coloca en su lugar y libera al primero, aunque la deuda sigue siendo la misma. No obstante, para que el deudor originario quede liberado es menester el consentimiento del acreedor, pues si no lo aprueba o ratifica no queda liberado. En este último caso responderán los dos deudores, solidaria o cumulativamente, pero si el acreedor acepta y el nuevo deudor es insolvente, el primero queda liberado, sin que el acreedor pueda dirigirse frente a él. Debe tenerse en cuenta que la asunción no perjudica a tercero, por lo que las garantías prestadas por un tercero desaparecen, salvo que consintiere a la asunción. Sin embargo, las prestadas por el deudor originario son asumidas por el nuevo deudor, salvo que pacten lo contrario y el acreedor acepte.

¹¹³³ Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 99 y 100. Respecto de la postura jurisprudencial favorable a tal criterio, es clara muestra la STS de 8 de octubre de 1984, que afirma “...la debatida figura de la asunción de deuda, que algún caracterizado sector de la doctrina científica admita únicamente mediante la necesaria novación subjetiva con extinción de la prior obligatio, requiere indispensablemente el consentimiento expreso o tácito del acreedor por imperativo del artículo mil doscientos cinco del Código Civil, sin cuya concurrencia no podrá producirse el resultado, aun simplemente modificativo, de la liberación del primitivo deudor, como la jurisprudencia ha declarado -sentencias de veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, diez de febrero de mil novecientos cincuenta, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, veinte de enero de mil novecientos sesenta y uno, catorce de junio de mil novecientos sesenta y seis, veinticinco de abril y siete de junio de mil novecientos setenta y cinco y nueve de junio de mil novecientos ochenta y uno, entre otras”.

artículo 157 de la Ley Hipotecaria: en la hipoteca de rentas¹¹³⁴. Establece el citado precepto que puede constituirse hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, en cuyo caso “...el que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento”. De esta disposición, parte de la doctrina deduce que el legislador hipotecario prevé una auténtica asunción legal de la obligación personal de pagar la renta por el rematante de los bienes hipotecados, como se verá¹¹³⁵, lo que implicaría la modificación legal de la persona del deudor.

3.2.- PLURALIDAD

De nuevo, el sujeto pasivo de la relación puede ser plural. En estos supuestos existe comunidad sobre el capital transmitido (sea éste en dinero, bienes muebles o inmuebles), y serán aplicables las reglas sobre la copropiedad, por lo que se presumirán iguales las porciones correspondientes a cada uno de los partícipes. Esta regla tiene una excepción, cuando los deudores sean dos cónyuges casados en régimen de gananciales, pues en este caso el capital también será ganancial¹¹³⁶.

Respecto a la mancomunidad o solidaridad de esta parte pasiva de la relación, depende de la naturaleza con la que haya sido pactada la obligación de pago de las pensiones. Tal y como se dijo en el supuesto de los acreedores plurales, la regla general es la mancomunidad, que será la que rija cuando nada se haya pactado¹¹³⁷. La mancomunidad implica que, pese a su origen común, la prestación se divida en tantas partes como deudores haya, reputándose deudas distintas cada una de las porciones de deuda¹¹³⁸.

¹¹³⁴ En este sentido, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 136, afirma que si se garantiza la obligación de pago de la renta con la citada hipoteca y el deudor deja de pagar alguna de las pensiones, ejecutando el acreedor la hipoteca, el adjudicatario del bien gravado se convierte en el nuevo deudor de la renta vitalicia, por que así lo establece el artículo 157 de la Ley hipotecaria.

¹¹³⁵ La controversia apuntada en el texto se estudia en el capítulo V “Garantías de la obligación de pago de la renta”, epígrafe 2.2 “Aspectos controvertidos de la hipoteca de renta”.

¹¹³⁶ Ponen de manifiesto la regla general de la copropiedad y la excepción del matrimonio casado en gananciales, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 138, y IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, cit., págs. 47 y 48.

¹¹³⁷ En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 100

¹¹³⁸ Así lo afirman, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 138 y 139, quien precisa que ello no implica que el acreedor pueda exigir un número indeterminado de pensiones a cada deudor mientras dure la relación de renta, sino que sólo puede exigir una porción de cada pensión a cada uno, como es evidente, y IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, cit., pág. 48.

Cabe plantearse si esto debe ser así, aunque no se diga nada, cuando el capital entregado se haya repartido de manera desigual entre tales deudores. Desde nuestro punto de vista, y atendiendo a la voluntad de las partes que hemos considerado soberana en esta materia, el reparto desigual del capital indica una asunción desigual de la deuda, pues parece lógico que el que más se beneficie con el capital sea también quien mayores obligaciones asuma respecto de la renta. No obstante, lo preferible es pactar de manera detallada el régimen jurídico que haya de observarse.

El fallecimiento de cualquiera de los deudores, como se vio, no provoca problemas en relación con el acrecimiento de la deuda al resto, pues se transmite a los sucesores del fallecido, salvo que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario¹¹³⁹. Cuando la vida contemplada es la de los deudores, lógicamente, no existe acrecimiento ni sucesión, pues en este caso el fallecimiento de uno de ellos provoca la extinción de su porción de deuda, como se estudiará en el epígrafe relativo a la vida contemplada¹¹⁴⁰.

De la misma manera que ocurría en la parte activa de la relación, puede pactarse, en la pasiva, la solidaridad. De hecho, esta suele ser la opción más habitual por evidentes razones de garantía al acreedor, pues en estos supuestos la insolvencia de cualquiera de los deudores se suple por los demás. Precisamente por estos motivos la solidaridad parece la solución idónea a pactar en los supuestos de contrato de renta vitalicia con deudor plural, sobre todo en atención al régimen relativo a la resolución cuando los deudores sean varios y no ejecuten la prestación¹¹⁴¹.

¹¹³⁹ Así lo afirma, de nuevo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 100 y 101.

¹¹⁴⁰ Parece compartir esta opinión IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 48.

¹¹⁴¹ En este sentido IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 48, afirma “...el <<malestar>> doctrinal y el <<recelo>> jurisprudencial por la opción del legislador decimonónico, ante la creciente solidez de la responsabilidad solidaria en aras a favorecer la íntegra protección del crédito que ostenta el acreedor.” De hecho, la autora afirma que cuando sean varios los deudores y no ejecuten la prestación, “...autorizadas opiniones doctrinales y destacadas resoluciones jurisprudenciales optan por entender que, en tal hipótesis, las deudas parciarias verán menguada su natural independencia por causa de su origen común, imponiéndose la presunción y propagación de la solidaridad para no desnaturalizar un negocio <<en condiciones de univocidad obligacional>>”.

4.-LA VIDA MÓDULO DE LA RELACIÓN¹¹⁴²

4.1.- INTRODUCCIÓN

La vida módulo de la relación cumple la función de determinar la duración del contrato de renta vitalicia, precisamente por ello constituye el módulo temporal en el que se desarrolla el contrato y no una condición¹¹⁴³. La muerte de la vida contemplada extingue el contrato de renta vitalicia y concreta las ganancias o las pérdidas de las partes contratantes, pues es el evento incierto que determina el *alea*.

¹¹⁴² Como se ha venido haciendo a lo largo de todo el trabajo, denominaremos a este módulo temporal objetivo del contrato, indistintamente, “vida módulo” o “vida contemplada”. Para QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 75 y 76, sin embargo, resulta más correcta la primera denominación, o incluso la de “vida módulo objetivada”, por la función y finalidad que se le otorga. En su opinión, la denominación “vida contemplada” parece referirse a un elemento ajeno y estático a la relación jurídica, cuando es un elemento consustancial, determinante e inherente a la figura que nos ocupa. Sin entrar a valorar en detalle tal opinión, y desde luego compartiendo el carácter esencial de la vida módulo, lo cierto es que en muchas ocasiones no deja de ser un elemento ajeno y estático al contrato. Y decimos que en ocasiones es ajeno y estático, porque este módulo de la relación puede estar conformado por una vida ajena a sus elementos subjetivos, independiente a ellos, cuya única finalidad es la de determinar el espacio temporal en el que el contrato se desarrolla. Es decir, realmente es una vida “que se contempla” a los exclusivos efectos de determinar la duración del contrato. Ello en absoluto le quita un ápice de su importancia, pues ya se ha dicho que es esencial al contrato y determinante de la prestación del deudor de la renta, pero tampoco consideramos que la denominación “vida contemplada” la denoste.

¹¹⁴³ Comparte esta opinión, en términos semejantes, QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.760, pues adjudica a la vida contemplada la consideración de término esencial y no el de condición. También, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.096, considera que el contenido de este elemento esencial mejor que con una condición se corresponde con un término final *certus an, incertus quando*, porque la incertidumbre sólo afecta al momento en el que la muerte se produce. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 27, en el mismo sentido, entiende que la vida contemplada más que actuar como condición respecto de la relación, como erróneamente se ha afirmado, actúa como término final. De la misma manera, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 109 y 110, se opone a aquellas opiniones que afirman que la vida contemplada actúa como término final respecto de la obligación unitariamente considerada, pero vale como condición suspensiva respecto a los singulares pagos. Para el autor, dada la naturaleza unitaria de la prestación, la muerte de la vida contemplada extingue la obligación y los pagos que la conforman. Aunque compartimos estas opiniones en cuanto se oponen a considerar que la vida contemplada actúe como condición, entendemos que este elemento del contrato no adopta la configuración de plazo de cumplimiento en sentido propio. Es decir, la vida módulo no es un “término” en sentido estricto, sino que indica el espacio temporal en el que necesariamente debe desarrollarse la relación para ser auténtico contrato de renta vitalicia. No obstante, en ocasiones hablaremos del término de la relación, en el sentido defendido de módulo temporal de la misma. Comparte la opinión de que la vida contemplada no es término del contrato en sentido estricto, sino espacio temporal en el que el contrato se desarrolla necesariamente, IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 63.

Esta vida módulo puede ser singular o plural y, además, puede corresponderse con la del acreedor del contrato, que es lo más habitual, con la del deudor o con la de un tercero ajeno a la relación. Parece claro, no obstante, que nunca puede establecerse sobre la vida de una persona jurídica, pues sus peculiaridades en materia de extinción conllevarían el carácter perpetuo de la renta, lo que es incompatible con el *alea* característica del contrato y quiso ser evitado por el legislador, que las configura como temporales, aunque indefinidas¹¹⁴⁴.

La posibilidad de constituir la renta vitalicia sobre la vida del acreedor, del deudor o de un tercero ajeno a la relación deriva de la dicción del artículo 1.803 CC, en cuya virtud el contrato de renta vitalicia puede constituirse sobre la vida del que da el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas. El precepto establece de manera específica, además, que el acreedor de la renta no tiene porqué ser el módulo de la renta vitalicia, pues menciona que puede constituirse a favor de la vida contemplada o de personas distintas. Se hecha de menos, sin embargo, una mención concreta a la eventualidad de que la vida contemplada sea la del deudor de la renta, aunque tal posibilidad es indudable¹¹⁴⁵.

Cuando la vida contemplada se corresponde con la de un tercero ajeno a la relación, la denominada “vida módulo” es un elemento subjetivo más del contrato, pero no puede considerarse parte del mismo a su titular. Y no puede considerarse parte del mismo porque su voluntad es irrelevante, no se requiere su aceptación. De hecho, ni siquiera necesita saber que es el módulo del contrato. La única finalidad de esta vida contemplada es determinar el espacio temporal del contrato, que se extenderá durante toda su duración aunque el acreedor o el deudor fallezcan antes.

El titular de la vida módulo carece de toda clase de derecho, obligaciones, facultades o deberes, derivados del contrato de renta vitalicia. Su voluntad, su capacidad o, incluso, su noticia o conocimiento de la existencia del contrato, resultan totalmente irrelevantes, tanto para el nacimiento como para la ejecución del contrato. Su vida se convierte en un mero acontecimiento futuro e incierto (respecto al cuándo), en un hecho de carácter objetivo, del que se hace depender la duración de la renta. Bajo ningún concepto ello le puede elevar a la categoría de parte.

Pese a que no se duda de la continuación del contrato cuando es el deudor el que fallece manteniéndose la vida contemplada, sea ésta del

¹¹⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 107 y 108.

¹¹⁴⁵ La doctrina es unánime respecto a la posibilidad de que la vida contemplada sea la del deudor de la renta, como también lo pone de manifiesto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 454.

acreedor o de un tercero, sí se ha defendido su extinción cuando muere el acreedor, aunque no haya desaparecido la vida contemplada¹¹⁴⁶. No obstante, en la actualidad resulta difícil encontrar opiniones en tal sentido, e incluso algunos autores que en su momento defendieron la extinción del contrato con la muerte del acreedor, independientemente de la subsistencia de la vida contemplada, en la actualidad mantienen la posición contraria¹¹⁴⁷.

Parece apoyar la tesis de que la muerte del acreedor extingue el contrato de renta vitalicia, aunque no sea su vida la tomada como módulo, el artículo 1.806 CC. El citado precepto establece que “*La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta se pagará en proporción a los días que hubiera vivido...*”. Tal precepto hace pensar en el carácter personalísimo de la renta y en la existencia de un doble término final: la muerte de la vida contemplada, o la del acreedor si se produce antes. Sin embargo, no cabe duda de que el derecho a la renta no es personalísimo, así lo acepta la mayoría de la doctrina y así se deriva del mero carácter patrimonial de la misma¹¹⁴⁸. Por otra parte,

¹¹⁴⁶ Tal es el caso de LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol 2º, 1.986, pág 486, pues afirma que la renta constituida por tiempo superior a la vida del rentista, y sin reversión a favor de otra persona, constituye un supuesto excepcional que debe pactarse expresamente. En sentido similar ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, en *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 8ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.989, pág. 427, mantiene que el espíritu de la Ley es que la pensión pueda durar lo que la vida del tercero, aunque luego afirma que cesa por la muerte del pensionista incluso si le sobrevive, sin que pueda pasar a sus herederos. ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág 780, entienden que si la renta vitalicia fuese prometida hasta un cierto término o acontecimiento, como la muerte del obligado, debe suponerse que se extingue también con el fallecimiento anterior del beneficiario. Si bien, tal afirmación se debe a que están comentando el parágrafo 759 del Código Civil alemán, que establece que, en caso de duda, la renta se debe entender prometida hasta la muerte del beneficiario.

¹¹⁴⁷ Así, aunque ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil...*, cit., 11ª ed., pág. 839, mantiene su postura (también en la 12ª ed. de 2004, pág. 839), LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, en *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 316, afirma que a falta de pacto de transmisibilidad de la renta a los herederos, o de reversión a otra persona, se habrá de atender a la intención de las partes. Y, en caso de duda, mantiene que el derecho persiste, aún falleciendo el acreedor, si la renta se constituye por título oneroso; y no, si fue una donación del propio deudor al pensionista (en virtud del criterio contenido en el art. 1.289.1 CC). En el mismo sentido se pronuncia en *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 320 (Debe tenerse en cuenta, que ambas ediciones han sido revisadas y puestas al día por RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO). PEREZ GONZALEZ, y ALGUER, en ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 782, consideran que, dado lo establecido en el artículo 1.803 CC, si la renta se establece hasta la muerte del obligado no parece que deba cesar la obligación en el caso de muerte anterior del acreedor.

¹¹⁴⁸ En el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, en *Comentario...*, cit., págs. 1.759 y 1.760, se pronuncia a favor de la transmisibilidad del derecho a percibir las pensiones porque no tiene carácter personalísimo. Si bien, menciona la posibilidad de que pueda pactarse lo contrario. El autor afirma que, a falta de pacto en contrario, es perfectamente posible el cambio en la posición activa a través de la cesión de créditos, y la sustitución de la persona del deudor, aunque ésta necesita el consentimiento del acreedor.

es indudable que si realmente el legislador hubiese querido conceder tal carácter al derecho a la pensión, y considerar extinguido el contrato con la muerte del beneficiario, no habría redactado los artículos 1.802 y 1.803 CC como lo hizo.

Una afirmación tan importante como que la renta se extingue con la muerte del acreedor, incluso si la vida contemplada sigue existiendo, merecería una manifestación clara y no una mención meramente incidental como la que realiza el artículo 1.806 CC. Este precepto sólo quiere aclarar que la renta, como fruto civil que es, se entiende percibida por días, y que la muerte de la vida contemplada no da lugar a la percepción de la totalidad de la renta correspondiente al plazo en el que muere, sino sólo a la parte proporcional de los días que haya vivido, salvo que se pague por adelantado. Lo que ocurre es que el legislador, para decir eso, toma como base el supuesto más normal de contrato de renta vitalicia, aquel en el que la vida contemplada es la del acreedor de la renta. En este sentido debe entenderse el artículo 1.806 CC, sin pretender ir más allá.

Así, tomando como ejemplo el supuesto de la renta vitalicia constituida sobre la vida del acreedor, la disposición pretende afirmar que la muerte de la vida contemplada, antes de la finalización del plazo en el que debe pagarse, sólo genera el derecho a cobrar la parte proporcional a los días que la vida módulo haya vivido. Salvo en el supuesto de que ésta se cobre anticipadamente, en cuyo caso puede retenerse lo ya pagado. Tal afirmación es perfectamente válida para aquellos supuestos en los que el acreedor muere antes que la vida contemplada. La razón es muy clara, el derecho a la renta se transmite a sus herederos, y éstos sólo tienen derecho a la porción de renta correspondiente a los días del plazo que haya vivido la vida contemplada, salvo que la renta se haya pagado por adelantado¹¹⁴⁹.

No cabe duda de que el carácter vitalicio del contrato que nos ocupa hace referencia a la vida contemplada, no a la del acreedor. Pudiera pensarse que su finalidad, en muchas ocasiones asistencial, conlleva su extinción con la muerte del acreedor. Sin embargo no es eso lo que se deriva de la regulación otorgada por el Código Civil. No puede negarse su subsistencia, tampoco, con base en un pretendido carácter personalísimo, pues es indudable que el contrato de renta vitalicia no tiene tal carácter, a diferencia del contrato de alimentos¹¹⁵⁰. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que es perfectamente

¹¹⁴⁹ Comparte esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 78, quien afirma que del artículo 1.806 CC sólo puede extraerse una doble afirmación. Primera, que la muerte del beneficiario extingue la situación de renta por ser la vida de éste la tomada en consideración. Segunda, que los herederos tienen derecho a la pensión hasta la muerte del causante, con un criterio de proporcionalidad análogo al contemplado en los artículos 474 y 475 CC para el usufructo.

¹¹⁵⁰ Señalan el carácter no personalísimo del derecho a la renta, entre otros, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 78, para quien tal

posible que la finalidad buscada por los contratantes sólo se satisfaga, o lo haga mejor, mientras viva una persona distinta del acreedor, por ejemplo el propio deudor. Por tanto, la voluntad de los contratantes se satisface mejor si el contrato se extingue cuando fallece la vida contemplada, y no cuando muere el acreedor, pues si tal hubiese sido su voluntad habrían designado como vida módulo la del propio acreedor¹¹⁵¹.

Como consecuencia de que, salvo pacto en contrario, sólo la muerte de la vida módulo extingue la obligación de pagar la renta: 1º.- Si el deudor premuere a la vida contemplada sus herederos le suceden en su posición jurídica, y están obligados a pagar la renta. Se extinguirá la obligación, sin embargo, si la vida módulo coincide con la del deudor. 2º.- Si el acreedor premuere a la vida módulo, sus herederos ocupan su posición jurídica, y el deudor sigue obligado a pagar las rentas, salvo que se haya pactado lo contrario. Se establecen en este último caso dos posibles términos finales distintos: la muerte de la vida contemplada o la del acreedor, la que se produzca antes. Por supuesto, si el acreedor es el titular de la vida módulo, la relación se extingue con su muerte.

Si son varias las vidas contempladas, el contrato no se extingue hasta el fallecimiento de la última de ellas, salvo que se haya pactado lo contrario. Precisamente por este motivo, como ya mencionamos con anterioridad, consideramos que debe ser de aplicación el límite establecido para las sustituciones fideicomisarias, evitando la posibilidad de que el contrato de renta vitalicia se convierta en una auténtica renta perpetua, pero de esto nos ocupamos más adelante.

Incluso cuando la vida contemplada es la de un tercero ajeno a la relación, constituye elemento esencial del contrato de renta vitalicia, pues sigue determinando su duración y su aleatoriedad. La vida contemplada indica el momento en el que la relación jurídica se extingue, el cese de la obligación de pago de las pensiones, y es la que, en definitiva, permite conocer los resultados finales del negocio jurídico, íntimamente vinculados a su duración.

4.2.- LA NECESARIA DETERMINACIÓN DE LA VIDA MÓDULO

Sea cual sea la vida contemplada del contrato, es indudable que debe estar determinada o ser determinable sin necesidad de un nuevo convenio.

carácter está excluido por la generalidad de la doctrina, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 446, argumentando que el carácter no personalísimo del derecho a la renta deriva del propio Código Civil, que permite su embargabilidad.

¹¹⁵¹ Comparte esta opinión, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 446, para quien sólo el pacto de los interesados en contra extingue el contrato de renta vitalicia por la muerte del acreedor de la renta cuando la vida módulo es la de un tercero.

Tal determinación venía exigida de manera expresa en la primitiva redacción del artículo 1.705 del Proyecto de Código Civil de 1.851, que establecía la posibilidad de constituir la renta “sobre la vida del que entrega ó pone el capital, sobre la de un tercero, ó sobre la de varias personas con tal de que sean determinadas”. La exigencia de determinación desaparece en la versión definitiva, si bien, compartimos con GARCIA GOYENA la opinión de que tal supresión se debe a la innecesariedad de la misma. El autor citado entiende que, a pesar de la ausencia de tal adición, es como si real y literalmente existiera¹¹⁵². Consideramos que es así, pues si la vida contemplada no se encontrase perfectamente determinada el contrato no tendría módulo de duración, y sería imposible la concreción de las prestaciones finales de las partes.

En cualquier caso, aunque el artículo 1.803 CC no contempla la necesaria determinación de la vida contemplada, sí la exige el artículo 1.802 CC, al describir el contrato de renta vitalicia. Este precepto establece que “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor...durante la vida de una o más personas determinadas...*”¹¹⁵³.

La determinación de la vida módulo no exige, siempre y en todo caso, su designación nominal, pues basta la fijación de circunstancias suficientes para otorgar un conocimiento exacto de la persona favorecida¹¹⁵⁴. De hecho, yendo más allá, consideramos posible incluir dentro del concepto “determinada” aquella vida cuyas circunstancias han sido consignadas en el contrato, de manera que, aunque no esté perfectamente identificada en el momento de la conclusión del contrato, sea perfectamente determinable en un momento posterior sin necesidad de nuevo convenio¹¹⁵⁵. No encontramos obstáculo para que pueda ser así, pues también el artículo 1.445

¹¹⁵² GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, cit., pág. 122. En realidad, el autor no sólo hace referencia a la supresión de la necesidad de determinación de la vida contemplada, sino también a la exigencia de que las vidas contempladas “*existan al tiempo del otorgamiento*”. Esta última referencia también se suprime en la redacción final, y GARCIA GOYENA considera que ambas omisiones se deben a su innecesariedad. Nosotros compartimos su opinión respecto a la tratada en el texto, la exigencia de determinación, pero no respecto de la segunda, como se verá en el momento oportuno.

¹¹⁵³ En el mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág.70, entiende que la correlación existente entre los artículos 1.802 y 1.803 CC exige que las personas de las que habla el artículo 1.803 CC sean determinadas. Si bien, el autor introduce una disyuntiva con la que no estamos de acuerdo. Para MANRESA, las personas deben estar determinadas o subsistir en el momento del otorgamiento del contrato. Desde nuestro punto de vista la vida contemplada siempre debe estar determinada y subsistir en el momento del otorgamiento, pues si no está determinada el contrato es nulo y si ya ha fallecido también.

¹¹⁵⁴ Así lo manifiesta SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, cit., pág. 211.

¹¹⁵⁵ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, cit., pág. 187, también afirma que la vida contemplada puede ser determinada o determinable, y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, cit., pág. 43, incide en la idea de que es posible que sea determinable siempre que no requiera de un convenio posterior para su determinación.

CC exige que el objeto de la compraventa esté determinado, y que su precio sea cierto, y basta con que sean determinables en un momento posterior sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes.

Si la vida contemplada no resulta determinada, la constitución del contrato está afectada de nulidad pues, tal y como se vio en el epígrafe relativo a la aleatoriedad, le faltaría un elemento esencial, el que le otorga el *alea* característica¹¹⁵⁶.

Precisamente porque la vida módulo de la relación es la que establece la duración de la obligación de pago de la renta, y su entidad, no puede dejarse su determinación a la voluntad de una sola de las partes, porque sería tanto como dejar el cumplimiento del contrato en sus manos. No obstante, compartimos con BELTRÁN DE HEREDIA la opinión de que sí será posible la modificación de la persona designada inicialmente si, con posterioridad, ambas están de acuerdo¹¹⁵⁷. Tal posibilidad se ampara en el artículo 1.255 CC, es decir, en el principio de autonomía de la voluntad. Si bien, entendemos que la nueva designación no puede excluir la aleatoriedad de la relación, pues de lo contrario el contrato deja de ser de renta vitalicia, y se convierte en una donación o en un contrato conmutativo ordinario.

La doctrina se pregunta si es posible que la fijación de la vida contemplada se realice por una tercera persona ajena a la relación. Desde nuestro punto de vista no existe problema al respecto. Lo verdaderamente importante es que la vida contemplada esté determinada para que exista *alea* y módulo de determinación temporal del contrato. La única objeción que plantea la determinación por tercera persona es que la finalidad asistencial del contrato se diluye, acercándose más a un mero juego o apuesta. Sin embargo, ello no obsta para su admisión, pues nada dice el legislador en relación con el modo de concretarla, ni con la finalidad que debe cumplir el contrato.

Por otra parte, la fijación por tercera persona puede atender a exigencias de la buena fe contractual. TORRENTE pone el ejemplo de un contrato en el que ambas partes designan a un médico de su confianza para que elija una persona sana y robusta como módulo de la relación¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ Comparten la opinión de que el contrato es nulo si la vida módulo no está determinada, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 111 y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.760, entre otros.

¹¹⁵⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 103, le sigue en este punto, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.760.

¹¹⁵⁸ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 111, expone la opinión contraria, mantenida por la doctrina formada bajo el vigor del Código Civil de 1.865, y defiende la opinión mantenida en el texto. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 208, que forma parte de esa doctrina formada bajo la vigencia del Código Civil de 1.865, niega la posibilidad de que la elección de la vida contemplada se deje a la voluntad de una de las partes o a la de

Para GUILARTE ZAPATERO, sin embargo, tal posibilidad choca con la esencia misma del contrato. El autor considera que la relevancia del presente elemento, cuya finalidad es determinar la duración del contrato y la entidad de la renta, dificulta que las partes se aventuren a formalizar el contrato desconociendo la identidad de la vida contemplada¹¹⁵⁹. Ciertamente, como él mismo argumenta, se añade un riesgo al contrato que difícilmente se asumirá, salvo que se aplace la decisión sobre el capital a entregar y la cuantía de la pensión al momento del conocimiento de tales características, en cuyo caso el consentimiento se presta conociendo las circunstancias de la vida módulo.

Es cierto que será extraño encontrar un contrato con tal estipulación, salvo que la finalidad sea la mera especulación. Si bien, la pregunta no era esa, sino si cabe tal posibilidad, y nos parece que cabe, dado el artículo 1.255 CC y la inexistencia de prohibición expresa al respecto.

4.3.- SUPUESTOS CONFLICTIVOS

4.3.1.- La falta de mención a la vida contemplada

Se plantea la doctrina si cabe considerar válido un contrato de renta vitalicia en el que no se haga referencia alguna a la vida módulo. Tal posibilidad deriva de que lo más habitual es que la renta vitalicia se constituya sobre la vida del acreedor, de manera que si no se dice nada, se entendería constituida sobre su propia vida¹¹⁶⁰.

Los argumentos a favor de presumir que cuando nada establecen las partes la vida contemplada es la del acreedor, se centran en que es el supuesto más habitual y en el que mejor se cumplen los fines asistenciales del

tercera persona. Si bien, su oposición radica en que si la vida contemplada no se deja designada en el contrato no se puede valorar por las partes, y depende del arbitrio de la persona a la que se encarga su designación. En su opinión, el arbitrio no admite cálculo alguno, por lo que no es *alea*, que descansa sobre datos más o menos probables. Desde nuestro punto de vista sí es *alea*, porque ésta también existe en contratos como el juego o la apuesta, donde no siempre descansa en datos más o menos probables.

¹¹⁵⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 414 y 415.

¹¹⁶⁰ En este sentido, BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 111. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 27, considera que en caso de duda el término más lógico es el de la vida del acreedor, dado que la finalidad práctica más frecuente es asegurarle los medios de subsistencia necesarios durante toda su vida. LENER, ANGELO, “Voz: vitalizio”, ..., *cit.*, pág. 1.020, afirma que la tesis de la nulidad del contrato por ausencia de un elemento esencial, cuando falta la determinación de la vida contemplada, no puede sostenerse, salvo cuando se excluya, en la interpretación del contrato, la atribución de la renta durante la vida del beneficiario o beneficiarios.

contrato¹¹⁶¹. También podría alegarse que es la solución más acorde con el principio de conservación del negocio. Los argumentos en contra, sin embargo, parecen más sólidos. Debe tenerse en cuenta que, tal y como se acaba de defender, la vida contemplada ha de estar determinada, dado que es un elemento esencial del contrato y que de él dependen su duración y los propios resultados finales del mismo¹¹⁶². Por otra parte, el artículo 1.803 CC no da preferencia a la constitución del contrato sobre la vida del acreedor de la renta, como sí lo hace, por ejemplo, el parágrafo 759 del Código alemán¹¹⁶³. Este precepto regula expresamente el supuesto que contemplamos, estableciendo que en caso de duda la renta vitalicia debe entenderse constituida sobre la vida del acreedor.

Como nada prevé al respecto nuestro legislador, parece excesivo establecer una presunción general, para todo caso, de que si nada se dice en el contrato la vida contemplada es la del acreedor¹¹⁶⁴. Por ello consideramos que, a falta de determinación de la vida contemplada en el contrato, sólo debe considerarse constituida sobre la vida del acreedor cuando los términos de su redacción indiquen que tal ha sido la voluntad de las partes¹¹⁶⁵. De lo contrario, esta misma posibilidad puede mantenerse respecto del deudor, o incluso de tercera persona, si puede presumirse que tal ha sido la voluntad de los contratantes de la propia redacción del acto constitutivo¹¹⁶⁶.

De esta manera se consigue respetar el principio de conservación del negocio y el consentimiento emitido en la formalización del contrato, pues de establecerse una presunción general a favor de la constitución de la renta sobre la vida del acreedor las partes se verían obligadas a cumplir el contrato en unos términos que podrían no desear. Precisamente por este motivo

¹¹⁶¹ Como de hecho lo afirma, entre otros, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.096.

¹¹⁶² Como en numerosas ocasiones se ha afirmado, y como de hecho confirma TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 111.

¹¹⁶³ Precisamente por este motivo, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 780, consideran que cuando se prometa, sin más, una renta vitalicia, debe entenderse prometida hasta la muerte del beneficiario.

¹¹⁶⁴ Para PEREZ GONZALEZ, y ALGUER, en ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 782, aunque el artículo 1.803 CC no establece que la renta ha de constituirse necesariamente sobre la vida del beneficiario, sino que puede constituirse sobre otras, parece natural que, en la duda, se entienda constituida sobre la persona del beneficiario, con la consiguiente obligación de satisfacerla por toda su vida. En opinión de los anotadores, aunque no exista presunción legal al respecto, sí que puede afirmarse como presunción de hecho.

¹¹⁶⁵ Tal es la postura, también, de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 457.

¹¹⁶⁶ En opinión de CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43, a falta de determinación de la vida contemplada debe investigarse la voluntad de las partes contratantes. Si bien, considera que lo normal es que se haya querido señalar la del pensionista o pagador.

consideramos que, salvo en aquellos supuestos en los que no exista mención alguna a la identidad de la vida contemplada pero de los términos del contrato pueda deducirse fácilmente la designación de la del acreedor, o de cualquier otra persona, el contrato de renta vitalicia es nulo, por carecer de un elemento esencial¹¹⁶⁷. Estamos, por tanto, ante un tema vinculado a las reglas sobre interpretación e integración del contrato, que son las que deben aplicarse, y no una presunción que carece de base legal expresa.

4.3.2.- La muerte violenta de la vida módulo causada por el deudor

Como ya se ha dicho, lo habitual es que la muerte de la vida contemplada genere la extinción del contrato de renta vitalicia. Sin embargo, se plantean serias dudas sobre si tal solución es la más adecuada cuando el fallecimiento de la vida módulo se produce como consecuencia de un acto violento del deudor¹¹⁶⁸. En estos casos, la doctrina discute sobre si es preferible la resolución del contrato o el mantenimiento de la obligación del deudor, veamos en que términos.

Con GUILARTE ZAPATERO¹¹⁶⁹ y BELTRÁN DE HEREDIA¹¹⁷⁰, diferenciamos tres posibles soluciones al problema planteado, teniendo en cuenta que nos ocupamos exclusivamente de la responsabilidad contractual, dejando al margen la penal y la extracontractual derivada del artículo 1.902CC:

1.- La primera de ellas defiende el mantenimiento de la obligación de pago de la renta hasta el momento en que previsiblemente habría dejado de vivir la vida módulo asesinada. Encontramos defensores de esta teoría entre la doctrina francesa¹¹⁷¹, en cierto sector de la doctrina italiana anterior al *Codice* vigente y en la doctrina alemana, con base en el parágrafo 162 de su

¹¹⁶⁷ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.762, también se pronuncia a favor de la nulidad del contrato por falta de un elemento esencial cuando la determinación de la vida módulo no se produce.

¹¹⁶⁸ Dejamos fuera de este supuesto, porque de él nos ocuparemos más tarde, la constitución de renta vitalicia sobre la vida de un deudor que se suicida.

¹¹⁶⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 448 y 449.

¹¹⁷⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 195 y 196.

¹¹⁷¹ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 158, afirman que el deudor debe continuar ejecutando sus obligaciones durante el tiempo que la edad y el estado de salud del acreedor permitan asignarle. En su opinión, de esta manera el deudor no se aprovecha del daño causado y se mantienen las bases originarias del contrato, aunque el momento de su finalización se fije atendiendo a datos estadísticos.

código, siempre que se acredite que el deudor causó la muerte para sustraerse del pago de las pensiones¹¹⁷².

2.- La segunda prefiere la resolución del contrato *ex nunc*, dada la imposibilidad de continuar con el contrato de renta vitalicia por faltar la vida módulo. Conforme a esta solución el deudor de la pensión debe devolver el capital recibido e indemnizar al acreedor los daños y perjuicios causados, por ser el causante de la imposibilidad de cumplimiento¹¹⁷³.

Esta es la opción preferida por GUILARTE ZAPATERO, pues considera que la primera priva al contrato de su esencial carácter aleatorio y lo convierte en una auténtica indemnización aplazada en el tiempo. Para el autor es evidente que la devolución del capital y la indemnización por los daños y perjuicios, contemplada en el artículo 1.107 CC, es mucho más ventajosa para el acreedor que mantener la renta a plazo fijo y determinado¹¹⁷⁴.

3.- La tercera tesis defiende que el acreedor de la renta puede optar por el mantenimiento de la obligación hasta el momento en el que previsiblemente hubiera desaparecido la vida contemplada, o por la resolución del contrato.

Desde nuestro punto de vista esta es la solución más adecuada, pues es perfectamente posible optar por la continuación del contrato. La razón es evidente, nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, por dolo, en el que opera la *perpetuatio obligationis* a través del equivalente pecuniario. Precisamente por este motivo, la autoridad judicial puede obligar al deudor a continuar con la obligación durante un determinado número de años, que fijaría atendiendo a la edad y

¹¹⁷² En tal sentido, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág 780, entienden que si el obligado mata dolosamente al beneficiario, con conocimiento de la obligación de pagar la renta, debe admitirse, con base en el parágrafo 162, la subsistencia del derecho a la renta hasta la terminación del tiempo probable de la vida del acreedor. Consideran, además, que tal solución no es excepcional, sino una aplicación del principio de la buena fe que domina el Código Civil. Para PEREZ GONZALEZ, y ALGUER, pág. 782, tal solución es aplicable a nuestro Derecho, pues consideran el artículo 1.119 CC en perfecta armonía con el parágrafo 162 del Código Civil alemán.

¹¹⁷³ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, cit., pág. 113, comparte esta opción, considerando que del contrato nace la obligación del deudor de abstenerse de realizar actos que provoquen el advenimiento de la muerte de la vida contemplada. Por ello considera que, en el contrato oneroso, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de daños si el deudor provoca la muerte de la vida módulo con dolo o culpa.

¹¹⁷⁴ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 449.

salud del fallecido o, incluso, al cálculo estadístico de la probabilidad de vida¹¹⁷⁵.

No obstante, el acreedor o perceptor de la renta puede, también, optar por la resolución contractual, con devolución del capital entregado. Y, en los dos casos, obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, conforme a lo establecido en el artículo 1.107 CC en relación con el artículo 1.101 CC.

BELTRÁN DE HEREDIA también afirma la posibilidad de esta segunda opción resolutoria, alegando que existe auténtico incumplimiento contractual, además de delito, porque el deudor trató de liberarse dolosamente de su obligación de pagar la renta¹¹⁷⁶. De esta manera, junto con el autor citado, rechazamos las opiniones que niegan la existencia de auténtico incumplimiento contractual porque se vulnera un deber primario, generador de obligaciones extracontractuales pero no contractuales¹¹⁷⁷. No podía ser otra nuestra postura, dado que resulta inadmisibles desde los modernos planteamientos de la Responsabilidad civil.

Conforme a la tesis mantenida por LLAMAS POMBO, defendemos que cuando la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor, y desde luego lo es cuando éste mata dolosamente a la vida contemplada, se produce la *perpetuatio obligationis* y el correspondiente deber de “prestación por equivalente”¹¹⁷⁸. Además, si nos encontramos ante un contrato de renta vitalicia bilateral (no gratuito puro), el acreedor que cumplió con su obligación puede obtener la resolución del contrato, en virtud de lo

¹¹⁷⁵ En idéntico sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 196. Tal es la solución, también, del Código Civil japonés, pues su artículo 693.1 establece que si la muerte es imputable al deudor los Tribunales podrán, a petición del acreedor o sus herederos, declarar subsistente la obligación de pago de la renta durante un tiempo razonable. Así puede comprobarse en BARBERÁN FRANCISCO y DOMINGO, RAFAEL, *Código Civil...*, *cit.*, pág. 352. Para BELTRÁN DE HEREDIA esta solución sigue siendo perfectamente contractual, aunque GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 450, lo niega. Para este último, desaparecido el elemento aleatorio esencial la renta deja de ser vitalicia y aleatoria, como lo era la extinguida. No le falta razón, pero dadas las circunstancias permitir al acreedor continuar con la obligación es una especie de cumplimiento por equivalente, de manera que vea respetada su voluntad, ya bastante violada.

¹¹⁷⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 196.

¹¹⁷⁷ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 159, en este sentido, consideran que la resolución no puede pronunciarse sino contra aquel que omite sus obligaciones contractuales y, en su opinión, no puede sostenerse seriamente que entre las obligaciones del deudor figure aquella de no matar al acreedor.

¹¹⁷⁸ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1.999, *passim.*, especialmente las págs. 171 y 172.

establecido en el artículo 1.124 CC. De esta manera, el acreedor o perceptor de la renta puede optar entre exigir el “cumplimiento por equivalente” (que perfectamente puede identificarse con la obligación de continuar pagando la renta durante un período de tiempo designado por la autoridad judicial) o la resolución de la obligación con el resarcimiento de los daños y el abono de intereses en ambos casos¹¹⁷⁹.

Debe dejarse clara de antemano, como acertadamente señala LLAMAS POMBO y pone de manifiesto el artículo 1.124 CC, la absoluta incompatibilidad entre la pretensión del cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues si quien cumplió reclama su prestación no puede, además, exigir el cumplimiento de la contraparte. Así, en el concreto caso que nos ocupa, el acreedor no puede optar por la resolución, lo que conlleva la devolución del capital, y demandar el mantenimiento de la renta por el tiempo estimado de duración de la vida módulo. Por este motivo, dado que consideramos el cumplimiento por equivalente auténtico cumplimiento, la opción por la resolución en ningún caso puede implicar tal especial cumplimiento, aunque sí una indemnización por daños y perjuicios, por el lucro cesante consecuencia de la resolución derivada del incumplimiento, que debe probarse en cada caso concreto¹¹⁸⁰.

Si el acreedor opta por el cumplimiento por equivalente, entendido como forma de ejecutar la prestación que deviene imposible por el propio fallecimiento de la vida contemplada (a fin de satisfacer el interés que el acreedor tenía en su cumplimiento), ello no obsta un posible resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados¹¹⁸¹. Desde nuestro punto de vista, el “equivalente pecuniario” goza de autonomía respecto de la indemnización de daños y perjuicios, porque, como defiende LLAMAS POMBO, cumplir no es resarcir. Conforme afirma el autor citado: “*El cumplimiento puede ser forzoso o*

¹¹⁷⁹ Respecto a la perfecta compatibilidad entre el “resarcimiento de daños y abono de intereses” con el “cumplimiento por equivalente” y la “resolución”, resulta imprescindible la obra de LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., especialmente, págs. 233 a 236, 241 a 245, y 261 a 269. IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, cit., pág. 65, que se pronuncia a favor de la resolución cuando la muerte es causada dolosamente por el deudor, niega que tal solución sea viable en los casos en los que su actuación sea meramente culposa. Para la autora en estos supuestos hay extinción, que no resolución, con lo que estamos de acuerdo. Sin embargo, afirma que podría estipularse una indemnización a favor del perceptor de la renta, lo que nos parece más dudoso, salvo que la actuación del deudor caiga fuera del *alea* característica del contrato.

¹¹⁸⁰ Seguimos, en este punto, la tesis de LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., quien, en las págs. 260 y 261, estudia y argumenta de manera detenida y precisa la incompatibilidad entre ambas opciones, cuando se admite que la prestación del equivalente es una forma subsidiaria de cumplimiento. Por otra parte, el autor, en las págs. 261 y ss. defiende la compatibilidad entre la resolución y la indemnización por daños y perjuicios, entendiendo por tales el lucro cesante derivado de la resolución.

¹¹⁸¹ La definición de equivalente procede, de nuevo, de LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., pág. 241.

*voluntario, in natura o por equivalente. Y el resarcimiento es siempre una indemnización que sólo tiene lugar cuando hay un daño derivado de cualquier lesión del derecho de crédito*¹¹⁸². Por tanto, la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios son compatibles, De hecho, puede afirmarse que muy a menudo aparecerán simultáneamente, pues la sustitución de la prestación originaria por su equivalente generará daños en el acreedor, que deben ser indemnizados si se prueban y se cumplen los requisitos para la efectividad de tal medio resarcitorio¹¹⁸³.

No puede alegarse en contra de la aplicación del artículo 1.124 CC la previsión del artículo 1.805 CC, pues es evidente que el fundamento de esta última disposición, sea el que fuere, no busca amparar este tipo de situaciones. El artículo 1.805 CC, dada su excepcionalidad, sólo puede aplicarse al concreto supuesto de hecho que plantea: la falta de pago del deudor.

4.3.3.- La constitución de la renta sobre un no nacido

Cabe la posibilidad de que la vida módulo sea la de una persona no nacida, si aparece determinada en el contrato¹¹⁸⁴. Obviamente, en este caso la existencia del contrato está subordinada a la existencia misma de tal persona, es decir, está sometida a una condición suspensiva¹¹⁸⁵. Cuando la duración de la renta viene determinada por la vida de un no nacido, por tanto, el contrato de renta vitalicia se somete a la condición suspensiva de que nazca la vida contemplada. Ello, sin embargo, en absoluto quiere decir que la vida contemplada pueda equipararse a una condición suspensiva. Muchos autores identifican la vida contemplada con este tipo de condición, entendiendo que el efectivo pago de las pensiones está supeditado a la existencia de la misma. Sin embargo, como ya se ha dicho, la verdadera finalidad de la vida contemplada es delimitar el ámbito temporal del contrato, además de su aleatoriedad¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, pág. 244.

¹¹⁸³ Como acertadamente afirma LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente...*, *cit.*, pág. 250.

¹¹⁸⁴ Así lo afirman, también, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 527. Los autores consideran que la renta puede descansar, al mismo tiempo que sobre la cabeza del deudor, sobre la cabeza de personas no nacidas e, incluso, sobre aquellas que no estén concebidas en el momento de celebrarse el contrato.

¹¹⁸⁵ En el mismo sentido se pronuncian GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 415, y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.760, quien afirma que, de la misma manera, es posible que la relación se someta a una condición resolutoria.

¹¹⁸⁶ En sentido parecido se pronuncian GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 413 y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La*

La posibilidad de constituir una renta vitalicia sobre la vida de una persona no nacida no es compartida por gran parte de la doctrina¹¹⁸⁷. Los argumentos esgrimidos en contra son de lo más variados. Tradicionalmente suele alegarse la primitiva redacción del artículo 1.705 del Proyecto de Código Civil de 1.851, que establecía la posibilidad de constituir la renta “*sobre la vida del que entrega ó pone el capital, sobre la de un tercero o sobre la de varias personas con tal de que existan al momento del otorgamiento*”. Para algunos autores la supresión de la expresión “*...con tal de que existan al momento del otorgamiento*”, obedece a su innecesariedad, pero el espíritu del precepto es el mismo que si existiera¹¹⁸⁸. Sin embargo, consideramos preferible defender que tal supresión no debe

renta..., *cit.*, pág. 104, para quienes la verdadera finalidad de la vida contemplada es delimitar el término final del contrato, debiendo identificarse con un término final o resolutorio.

¹¹⁸⁷ Así, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.096, afirma que la vida contemplada debe referirse a personas nacidas y existentes, determinadas o determinables.

¹¹⁸⁸ Es el caso de GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 122, quien afirma que tal es el espíritu de los Códigos modernos, aunque no lo expresen, pues de lo contrario se lleva la incertidumbre del contrato hasta la extravagancia, y no cree que jamás se haya pensado en tal cosa. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 70, también suele citarse como defensor de esta postura, aunque no nos parece tan claro que la compartiese. El autor, equiparando esta supresión a la de que las personas sean determinadas, de la que ya se habló en su momento, entiende que fue debida a su innecesariedad, pero que debe tomarse como si real y literalmente se mantuviese en el precepto. Añade, además, que a la misma razón obedece su supresión en el Código Civil, pero que la necesaria correlación existente entre los artículos 1.802 y 1.803 CC exige que las personas *sean determinadas o que subsistan* al tiempo del otorgamiento. Desde nuestro punto de vista, como en su momento se expuso, debe mantenerse la necesidad de la determinación, pues así lo establece el artículo 1.802 CC. Sin embargo, no consideramos que este precepto exija la existencia de la vida contemplada al momento del otorgamiento. Por otra parte, tampoco entendemos la disyuntiva que introduce, pues la vida contemplada debe estar siempre determinada, independientemente de que *exista* o no. La lectura del autor citado nos lleva a afirmar que está pensando más en la exigencia de determinación que en su necesaria existencia, pues no en vano defiende la aplicabilidad a la renta vitalicia del artículo 781 CC, y del límite a la segunda generación. De hecho, en la pág. 71 afirma la posibilidad de constituir la renta sobre personas que todavía no existan. Además, llama la atención que hable de “subsistencia”, en vez de “existencia”, por lo que nos inclinamos a pensar que, en realidad, se refiere a personas que hayan muerto en el momento del otorgamiento y no a personas que no hayan nacido. Evidentemente, la vida contemplada no puede estar conformada por personas que ya hayan muerto en el momento del otorgamiento, pues lo prohíbe expresamente el artículo 1.804 CC, y la propia estructura y esencia del contrato determinan su nulidad en tales supuestos. PEREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, en, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 777, también afirman que la persona sobre la que se constituya la renta debe vivir en el momento del otorgamiento, siendo nula en caso contrario. Tal afirmación, sin duda, se refiere a la constitución de la renta sobre una persona muerta en el momento de la formalización del contrato, pues inmediatamente después indican que tampoco puede constituirse sobre la vida de una persona que se halle padeciendo una enfermedad que pueda causar su muerte en los veinte días siguientes. También confirma esta opinión el hecho de que defiendan la aplicabilidad del artículo 781 CC cuando la renta se constituye sobre la vida de más de una persona.

considerarse carente de valor, y que en absoluto supone que el espíritu del artículo 1.705 del Proyecto se mantenga. Por el contrario, parece más lógico opinar que la eliminación de tal expresión, que no es esencial al contrato ni está en contra del mismo, dimana de la idea de permitir la constitución de la renta sobre una vida módulo que todavía no ha nacido, eso sí, siempre que se encuentre perfectamente identificada y determinada.

En contra de esta opción se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, quien afirma que la vida contemplada debe ser determinada y existente en el momento de la celebración del contrato, para evitar así la posibilidad de constituir rentas perpetuas¹¹⁸⁹. Si bien, y a pesar de que parece claro que el legislador trató de impedir la conformación de rentas de carácter perpetuo, ello no obsta a la constitución de rentas vitalicias a favor de personas aún no nacidas. Para evitar tal inconveniente es preferible optar por la aplicación de las limitaciones que el artículo 781 CC impone a las sustituciones fideicomisarias, cuando sean varias las vidas módulo constituidas¹¹⁹⁰. De lo contrario, se negaría la legítima posibilidad de que un padre pudiese constituir una renta vitalicia a favor del hijo que está por nacer, siendo su propia vida el módulo de la relación.

Como fundamento a la imposibilidad de constituir una renta vitalicia con una vida contemplada que todavía no ha nacido, también se alega el artículo 1.804 CC, por prohibir la constitución de la renta vitalicia sobre la vida de una persona muerta. Es evidente que el legislador, cuando redacta el citado precepto, no está pensando en el supuesto que ahora nos ocupa. No estamos ante una renta vitalicia constituida sobre una persona muerta, sino sobre una vida que aún no ha nacido, y sólo para el caso de que nazca. Nada tienen que ver ambos supuestos. En el primero no hay vida contemplada, no existe módulo determinante de la duración del contrato ni *alea*, por lo que falta un elemento esencial al mismo. En el segundo la renta vitalicia está sometida a una condición suspensiva, no nace hasta que existe la vida la vida módulo, pero cuando tal condición se da el contrato está dotado de ese elemento esencial que lo limita en el tiempo y le otorga su rasgo más característico¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 104.

¹¹⁹⁰ Comparte la opinión de que la aplicación de tales límites impide el problema de la perpetuidad de la renta vitalicia, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 456.

¹¹⁹¹ Así lo confirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 456, quien afirma que el artículo 1.804 CC no impone la necesaria existencia actual de la persona módulo de la relación. Para el autor, el precepto contempla la designación de una persona muerta a la que se cree viva, que nada tiene que ver con la apuntada en el texto.

4.3.4.- La constitución de la renta sobre la vida del deudor

Como ya se ha dicho, el artículo 1.803 CC no contempla el supuesto de que la vida contemplada esté conformada por la del propio deudor¹¹⁹². Este precepto sólo prevé la constitución de la renta sobre la vida del acreedor o sobre la de un tercero, pero no dice nada respecto de la vida del deudor. No obstante, tal eventualidad es admitida desde el Derecho tradicional, y es opinión generalizada que si la vida contemplada puede ser la de un tercero ajeno a la relación, nada obsta a que lo sea la del propio deudor¹¹⁹³. SCAEVOLA, de hecho, defiende tal posibilidad afirmando que muchas veces será lo más ventajoso o aceptable, pues el deudor no carga sobre sus herederos la deuda de las pensiones si fallece antes que la vida contemplada¹¹⁹⁴.

Sin embargo el Derecho comparado, fundamentalmente el francés, plantea diversos problemas relacionados, sobre todo, con que el propio deudor pueda decidir más o menos voluntariamente sobre la duración del contrato.

Los problemas, ya clásicos, que se plantean son los relativos al suicidio del deudor, su condena a pena de muerte o, incluso, su fallecimiento por un accidente imprevisto¹¹⁹⁵. Lógicamente estas eventualidades sólo surgen cuando es la vida del deudor el módulo de la relación, pues de lo

¹¹⁹² Al contrario que nuestro Código Civil, sí contemplan tal posibilidad otros cuerpos jurídicos de nuestro entorno. Así, el Código Civil argentino en su artículo 2077, el artículo 2.777 del mejicano, el artículo 2264 del Código Civil chileno y, aunque ya fuera de nuestro ámbito jurídico, el artículo 689 del imperio japonés.

¹¹⁹³ Así lo admitía ya POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 125, n° 226, quien afirmaba la posibilidad de que la renta se constituyese sobre la vida del constituyente obligado por el contrato. El artículo 1.793 del Código Civil italiano de 1.865 tampoco contempla la posibilidad de constituir la renta sobre la vida del deudor, sin embargo, la generalidad de la doctrina italiana de la época lo admite. Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 206 y 207, la posibilidad de constituir la renta vitalicia sobre la vida del deudor es indudable, y aceptada por todos los autores. Los argumentos vienen a coincidir con los que se mantienen en el texto: si se puede constituir la renta vitalicia sobre la vida de un tercero con mayor razón podrá constituirse sobre la vida del deudor, que es parte de la relación. Por otra parte, el autor defiende una interpretación extensiva del artículo, en virtud de la cual el precepto se aplica a todos aquellos casos que, aunque no estén expresamente indicados, deben entenderse comprendidos en él, bien en consideración al espíritu de la ley o en consideración a la naturaleza de las cosas. En su opinión, no se puede presumir que las disposiciones contengan literalmente todos los supuestos posibles. Respecto del Código Civil italiano de 1.942, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 27 y 28, considera que, dada la amplitud de la fórmula legislativa, tanto en el antiguo derecho como en el nuevo debe defenderse la posibilidad de constituir la renta sobre la vida del deudor.

¹¹⁹⁴ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 211.

¹¹⁹⁵ Los menciona BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 105.

contrario es evidente que el contrato subsiste hasta la muerte de la vida módulo, transmitiéndose la obligación de pago a sus herederos por vía sucesoria¹¹⁹⁶.

El fallecimiento del deudor por un accidente imprevisto no cabe duda de que forma parte del *alea* del contrato, pues no debe olvidarse que tal es su característica principal: la incierta duración de la vida contemplada. Respecto a los otros dos supuestos, tampoco parece que exista razón suficiente para excluirlos del régimen normal de finalización del contrato, salvo que exista mala fe o dolo¹¹⁹⁷.

Cuando tal sea la situación, y el deudor formalice el contrato con la seria intención de suicidarse, o de cometer un delito penado con la muerte allí donde la misma esté contemplada, es evidente que no hay *alea*, por lo que la relación es radicalmente nula. Pero si no existió dolo en la formalización del contrato, ni puede alegarse falta de *alea*, el contrato no sufre anormalidad alguna. El contrato de renta vitalicia es aleatorio, y por este motivo su duración puede ser muy inferior a la esperada y sus prestaciones desequilibradas. Por ello, si la falta de equivalencia es una consecuencia más del *alea* del contrato, no puede tratar de paliarse con medidas adicionales.

La doctrina francesa suele equiparar el suicidio del deudor y su muerte por la pena capital, y considera que en estos dos supuestos el contrato debe resolverse, devolviendo cada parte lo recibido del otro contratante. BAUDRY LACANTINERIE, de hecho, afirma que el acreedor tiene derecho a repetir el capital entregado, debiendo entregar el exceso de las anualidades percibidas sobre los intereses normales del capital¹¹⁹⁸. GUILARTE ZAPATERO, con mejor criterio, mantiene que generalmente se acepta la extinción de la obligación, y sólo cabe discutir la procedencia de la indemnización a cargo de los herederos o de la herencia del deudor¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁶ En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 72.

¹¹⁹⁷ Para BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 106, ni siquiera esta situación es concebible, pues considera inimaginable la posibilidad de que una persona tome la decisión de suicidarse o de cometer un delito con la finalidad de incumplir la obligación de pago de la renta. No es esa la situación que hemos imaginado o plasmado en el texto, sino la de aquella persona que, habiendo decidido suicidarse, formaliza el contrato para beneficiar a sus herederos con el capital recibido y la escasa duración de la renta debida como contraprestación.

¹¹⁹⁸ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 110.

¹¹⁹⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 448. Comparte esta opinión LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol 2º, 2.002, pág. 320, pues afirma que “*La renta se extingue aunque sea el propio deudor el causante de la extinción. En todo caso, quien culpablemente extingue una relación de renta vitalicia, debe indemnizar*”. Exactamente la

Sin embargo, puesto que el contrato es aleatorio y la aleatoriedad radica en la incierta duración de la vida contemplada, nuestra opinión es que, sólo cuando en la conclusión del contrato el deudor ya tuviese previsto el suicidio o la comisión del delito penado con la muerte, previendo su fatal castigo, existe razón suficiente para la resolución o la indemnización¹²⁰⁰. En cualquier caso, y en el supuesto de que tales eventos ya se hubiesen decidido, consideramos más correcto decretar la nulidad del contrato, por la inexistencia de *alea* subjetiva. En el resto de los casos debe atenderse a lo ya dicho con ocasión del estudio del artículo 1.804 CC, el suicidio solo es causa de la nulidad cuando sea consecuencia de una enfermedad mental que permitiese prever tal actuación del deudor.

La extinción tendrá lugar con toda normalidad si son el acreedor o el tercero, cuya vida se tomó como módulo de la relación, quien se suicida. La solución es evidente, si consideramos dentro del *alea* del contrato el suicidio del propio deudor (también vida módulo), cuando no lo tuviese previsto en el momento de la conclusión del contrato, mucho más lo estarán los suicidios de estos dos¹²⁰¹. Si bien, desde nuestro punto de vista, la afirmación debe matizarse cuando la vida contemplada es la del acreedor y éste formaliza el contrato con la seria decisión de suicidarse, o con una altísima probabilidad de tal eventualidad como consecuencia de una enfermedad conocida por las partes, pues en este caso tampoco hay *alea*. No obstante, el contrato puede valer como donación o cualquier otro gratuito sin *alea*, si cumple con el resto de sus requisitos, pero no como contrato aleatorio.

4.3.5.- La constitución de la renta sobre una vida módulo plural

Aunque en la actualidad no cabe duda de que la vida módulo de la relación puede ser plural, puesto que lo admite de manera expresa el artículo 1.803 CC, en nuestro Derecho histórico tal posibilidad fue muy discutida. El artículo 1.803 CC vino a resolver las numerosas disquisiciones sobre el tema que generaron las distintas redacciones de la Nueva y la Novísima Recopilación, como ya se vio en su momento.

Hoy en día no se discute que la vida contemplada puede venir referida a varias personas¹²⁰². En estos casos la relación, salvo que se indique lo

misma afirmación se contiene en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol 2º, 2.005, pág. 316.

¹²⁰⁰ Compartimos así la opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 105 y 106. En opinión del autor, tales sucesos entran dentro de lo aleatorio. Además, en un razonamiento impecable, afirma que si el legislador no distingue entre muerte natural y accidental el interprete tampoco está autorizado para diferenciarlas.

¹²⁰¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 448.

¹²⁰² Por todos, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 29.

contrario, se extingue cuando fallece la última de las vidas contempladas¹²⁰³. Cuando éstas coinciden con las de los acreedores o deudores ya se ha visto que la regla general es que la renta no se extingue, ni siquiera parcialmente, con el fallecimiento de alguna de ellas. Tal criterio debe mantenerse, con mayor razón, cuando las vidas módulo coinciden con la de terceros ajenos por completo a la relación, pues su única finalidad es determinar su duración. En tales casos la muerte de alguna de las vidas contempladas no extingue la relación ni reduce el importe de la renta, dado que ésta es única e indivisible¹²⁰⁴.

El Código Civil no establece de manera expresa que, siendo plural la vida módulo, la relación no se extinga hasta la muerte de la última de las vidas contempladas. Sin embargo, la propia estructura del contrato, el Derecho comparado y la doctrina, a la que han seguido algunas resoluciones judiciales, no dejan lugar a duda de que tal es la solución más adecuada¹²⁰⁵. Las partes, no obstante, pueden pactar lo contrario y establecer que la extinción del contrato, y de la obligación de pagar la renta, se produzcan en el mismo momento en el que deje de vivir cualquiera de las personas contempladas¹²⁰⁶.

Nos parece perfectamente posible designar como vida módulo de la relación a cuantas personas se encuentren vivas en el momento de la constitución del contrato, pues incluso con la redacción restrictiva del primitivo artículo 1.705 del Proyecto de 1.851 tal acuerdo era viable. Por otra parte, también es admisible designar a varias personas que representen distintos grados o generaciones, siempre que se respeten los límites establecidos en el artículo 781 CC, que consideramos aplicable por analogía¹²⁰⁷. A pesar de que la dicción del artículo 1.803 CC no establece

¹²⁰³ Tal es la solución mantenida por la generalidad de la doctrina. En este sentido se pronuncian, por ejemplo BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 111; ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 29, para quien la muerte de alguna de las vidas contempladas no extingue la renta, sino que continúa su desarrollo hasta el fallecimiento de la más longeva de aquellas.

¹²⁰⁴ En este sentido se pronuncia DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.097.

¹²⁰⁵ Así, en la STS de 1 de julio de 1.969 el supuesto de hecho contemplado es un contrato formalizado sobre la vida de dos cónyuges, a la sazón, acreedores de la renta. La citada resolución afirma que, al estar constituida la renta sobre la vida de los dos beneficiarios, y además ser onerosa, “es llano que la circunstancia de que la actora haya mejorado de fortuna y no necesite de dicha renta o pensión, es irrelevante a efectos de enervar su derecho a reclamarla...”.

¹²⁰⁶ Tal es la opinión dominante en la doctrina. Así, por ejemplo, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 458. El autor afirma que el criterio de que la renta se extinguirá cuando fallezcan todas las vidas módulo designadas no es de aplicación si se conviene que la renta se pagará sólo mientras vivan todas las personas designadas.

¹²⁰⁷ En el mismo sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T. V, 2.004, pág. 273, quien afirma que las limitaciones contenidas en el artículo 781 CC afectan, sin duda, a la renta vitalicia. El autor mantiene tal aseveración en la 3ª ed., del año

límite alguno respecto de las personas que pueden constituir la vida módulo, en la actualidad no es posible constituir rentas perpetuas a favor de una persona y sus herederos sucesivos, pues no cabe duda de que la intención del legislador con el establecimiento de la institución fue evitar la perpetuidad de las rentas. Por el contrario, parece lógico mantener que las mismas razones que limitan la libre disposición de los bienes *mortis causa*, reduciéndolas a dos grados, concurren en el contrato de renta vitalicia, aconsejando su aplicación al mismo¹²⁰⁸.

De hecho, compartimos con SCAEVOLA la opinión de que esta opción puede apoyarse en el n° 3 del artículo 785 CC. El precepto declara ineficaces las sustituciones que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá de segundo grado, cierta renta o pensión. Lo que en definitiva quiere decir, como mantiene el autor citado, que la establecida a favor de la segunda generación es válida¹²⁰⁹.

Respecto al problema de que cualquiera de las personas que quieren designarse como módulo no viva, tal y como mantuvimos al hablar de la vida módulo singular, entendemos que no existe, pues es perfectamente posible constituir la renta sobre personas todavía no nacidas, siempre con los límites establecidos para las sustituciones fideicomisarias en el artículo 781 CC. No obstante, debe tenerse en cuenta el requisito de que todas las vidas módulo, incluso las no nacidas, deben estar perfectamente determinadas¹²¹⁰. No cabe, por los argumentos ya dados, permitir que el beneficiario de la renta o el

2.007, pág. 266. También comparte esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 458.

¹²⁰⁸ En este sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 70.

¹²⁰⁹ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 210, entiende que no hay motivo para excluir a la renta vitalicia de un precepto tan concluyente como el artículo 785 CC. De hecho, afirma que la expresión “persona *determinada*” de alguno de los artículos del Código sobre renta vitalicia ni se emplea en un caso tan preciso como aquel ni podría, aunque se emplease o lo hiciese por analogía, tener efecto para apoyar una excepción al terminante artículo 785 CC, que sería difícilmente explicable en buenos principios de libertad contractual.

¹²¹⁰ En este sentido se pronuncia, LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 251, quien afirma que las vidas contempladas deben estar determinadas en el contrato, con el concurso de las voluntades de las partes. El autor, refiriéndose claramente a aquellos supuestos en los que la vida contemplada coincide con la del acreedor, mantiene que éste no puede reservarse el derecho de designar la persona que disfrutará de la renta tras él, pues se le permitiría modificar uno de los elementos esenciales del contrato, aquel del que depende la duración de la prestación. BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 111, en el mismo sentido, mantiene que si la renta se constituye sobre la vida de varias personas es necesario que estén designadas en el contrato. En opinión de los autores, que compartimos, el acreedor no puede reservarse el derecho de designar la segunda vida contemplada tras el fallecimiento de la primera..., y así sucesivamente, pues le permitiría controlar la duración probable del contrato.

deudor designen estas vidas módulos en un momento posterior, pues sería tanto como dejar en sus manos el cumplimiento del contrato.

Conforme a la opinión de la jurisprudencia más moderna, y con buena parte de la doctrina, entendemos que las palabras “segundo grado” del artículo 781 CC están referidas al llamamiento, y no al grado de parentesco, pues referirlas al grado de parentesco implicaría encerrar la aplicación del precepto al marco familiar¹²¹¹. De esta manera cabe afirmar la posibilidad de constituir la renta vitalicia sobre todas las personas que estén vivas en el momento de la formalización del contrato y sobre dos que todavía no hayan nacido, siempre que se dejen perfectamente determinadas. Así, se evita la perpetuidad de las rentas y se permite un nivel de actuación mayor a la autonomía de la voluntad. No obstante, compartimos con GUILARTE ZAPATERO la opinión de que, para el caso de la renta vitalicia, es preferible hablar de “segunda designación” en vez de “segundo llamamiento”¹²¹².

También consideramos aplicable a la renta vitalicia aquella doctrina de las sustituciones fideicomisarias que defiende la nulidad de los llamamientos que traspasen los límites del artículo 781 CC, no permitidos, pero la validez de los permitidos, conforme establece la regla *utile per inutile non vitiatur*¹²¹³. Por otra parte, tal posibilidad es la más acorde con el principio de conservación del negocio jurídico.

Por último, debe señalarse que si la constitución de la renta vitalicia se realiza sobre diferentes personas, unas vivas y otras no, el nacimiento de estas últimas no condiciona la eficacia y validez del contrato. En estos supuestos, la renta se debe desde la constitución del contrato, salvo que en él se establezca algo distinto¹²¹⁴.

Plantea dudas, sin embargo, si el contrato debe considerarse extinguido cuando no exista viva ninguna de las vidas contempladas, pero quede por nacer alguna de ellas. Para CORBAL FERNÁNDEZ el contrato

¹²¹¹ En este sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T. V, 2.004, pág. 274. El autor añade que los antecedentes de Las Partidas, las Leyes de Toro y el propio artículo 629 del Proyecto de 1.851, también llevan a la citada doctrina a esta conclusión. Además cita las Sentencias de 23 de junio de 1940, 6 de marzo de 1944, y 28 de febrero de 1949 como confirmadoras de este criterio. El autor mantiene tales afirmaciones en la 3ª ed., del año 2.007, págs. 266 y 267. Comparte la opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 459.

¹²¹² GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág. 460.

¹²¹³ Expone esta doctrina LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T. V, 2.004, pág. 274, con cita de argumentos y Sentencias a favor, como las SSTS 8 de mayo de 1894 y 6 de junio de 1905, y en contra STS 29 de octubre de 1949, de tal posibilidad, pero pronunciándose a favor de la misma. En idéntico sentido se pronuncia en la 3ª ed., del año 2.007, pág. 267.

¹²¹⁴ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, cit., pág.460

debe considerarse extinguido, y no en suspenso, salvo que otra cosa resulte de la voluntad de la partes, si bien, no da argumentación alguna¹²¹⁵. Desde nuestro punto de vista la solución no está tan clara, salvo que haya previsión expresa de los contratantes, en cuyo caso no cabe duda de que se estará a lo pactado. Si no la hay, lo cierto es que en la formalización del contrato las partes habrán tenido en cuenta la existencia de todas las vidas contempladas, incluso las no nacidas. Precisamente por ello la extinción del contrato, sin más, resulta beneficiosa para el deudor. Lo será, porque posiblemente el capital entregado fue superior al que se habría entregado de no contar con la posibilidad del nacimiento de la vida contemplada pendiente y, si se extingue, el deudor obtiene un claro beneficio de que no haya nacido al morir la última de las vidas contempladas vivas. No obstante, debe tenerse en cuenta que el contrato de renta vitalicia requiere, como elemento esencial, la existencia de una vida contemplada. Sin ella, el contrato no puede tener existencia, se extingue, por lo que el posterior nacimiento de la futura vida contemplada no puede hacerlo renacer. Además, sin duda, el hecho de que una de las vidas contempladas no haya nacido cuando se extingue la última de las existentes forma parte del *alea* de tales disposiciones.

¹²¹⁵ CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, cit., pág. 52.

CAPÍTULO IV:

ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONTENIDO DEL CONTRATO

Por una mera cuestión práctica, y de coherencia, hemos decidido tratar conjuntamente los elementos objetivos del contrato y las obligaciones que para las partes derivan del mismo, englobando estas últimas dentro del concepto: “contenido del contrato”. Resulta evidente, a estas alturas de la exposición, que los elementos objetivos de la relación jurídica están compuestos por lo que hemos denominado “capital”, y por la pensión vitalicia que constituye la renta. Delimitaremos a lo largo de este epígrafe que debe entenderse por capital, a los efectos que nos ocupan, y cuales son los caracteres básicos de la pensión vitalicia. Si bien, aprovecharemos la concreción de tales conceptos y nos detendremos en la exposición de las obligaciones de las partes, íntimamente relacionadas con los anteriores elementos.

Tal y como afirma QUIÑONERO CERVANTES, en relación con el objeto del contrato de renta vitalicia deben tenerse en cuenta las reglas contenidas en el Código Civil para la determinación del objeto del contrato en general¹²¹⁶. Así, y puesto que nada establecen en contrario los artículos 1.802 y ss. CC, no parece que exista problema en que puedan ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, incluso las futuras (art. 1.271 CC). Por otra parte, y en virtud de lo establecido en el artículo 1.273 CC, cuando el objeto del contrato sea una cosa determinada en cuanto a su especie, la indeterminación de su cantidad no impedirá la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. Desde nuestro punto de vista esta regla es aplicable tanto a la pensión como al capital, que podrán ser indeterminados en lo referente a su cuantía, siempre que su determinación posterior pueda realizarse sin necesidad de nuevo convenio y, por supuesto, siempre que no se deje al arbitrio de uno de los contratantes, pues sería tanto como dejar el cumplimiento del contrato a su voluntad, lo que viene expresamente prohibido por el artículo 1.256 CC.

Por último mencionar que, como es evidente, no pueden ser objeto del contrato de renta vitalicia las cosas o servicios imposibles, como

¹²¹⁶ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 47.

expresamente establece el artículo 1.272 CC para todos los contratos en general.

1.- EL CAPITAL Y LAS OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE DE LA RENTA VITALICIA

1.1.- EL CAPITAL DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

El artículo 1.802 CC establece que el deudor de la renta queda obligado a pagar una pensión o rédito anual “...*por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere...*”. Resulta evidente, por tanto, que cuando el Código habla de “capital” hace referencia a aquello que se transmite al otro contratante quien, como contraprestación, se obliga a pagar la pensión. Lógicamente, este elemento objetivo del contrato no existe en aquellos contratos de renta vitalicia gratuitos en los que la obligación de renta vitalicia se pacta sin contraprestación alguna.

La entidad del capital depende de la voluntad de las partes. Ellas mismas son las que determinan la cuantía del capital y de la pensión, sin que el Código Civil establezca regla alguna al respecto. Tradicionalmente se defendió la imposibilidad de que el constituyente dispusiese de todo su capital si existían herederos legítimos¹²¹⁷. Sin embargo, consideramos que tal restricción no tiene sentido alguno en la actualidad, si estamos ante un contrato oneroso de renta vitalicia¹²¹⁸. En los contratos gratuitos, o en los simulados, sí deben tenerse en cuenta las limitaciones que a estos efectos establece el legislador para las donaciones, de manera que no puedan vulnerarse los legítimos derechos hereditarios de los sucesores¹²¹⁹. Como suele ser habitual, las dificultades las plantean aquellos supuestos dudosos en los que no resulta claro si el contrato de renta vitalicia es realmente gratuito.

Los problemas que plantea el “capital” y la obligación de entregarlo son varios.

¹²¹⁷ Así, por ejemplo, GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUÍN en *Febrero...*, *cit.*, pág. 363, n° 3.249, quienes radican tal imposibilidad en el hecho de que se defrauda su legítima, por lo que se anulará el contrato como celebrado conocidamente en su perjuicio, salvo si son mayores y lo consienten al tiempo de su celebración o después. También MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 72 y 73, por los mismos motivos que el anterior autor.

¹²¹⁸ Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 118 y 119.

¹²¹⁹ En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 119, afirma que si la renta vitalicia se origina a consecuencia de un acto a título gratuito, o cuando el contrato oneroso encubra una donación, deben tenerse en cuenta las normas establecidas en los artículos 634 y concordantes del Código Civil.

En primer lugar, y con relación al capital mismo, se genera la duda de qué puede constituirlo. Dice el artículo 1.802 CC que el capital puede consistir en bienes muebles o inmuebles. Por tanto, se acaba con las tradicionales limitaciones de nuestro antiguo derecho, que restringía la posibilidad de constituir la renta a la entrega de “dinero contado”. En la actualidad es indudable que el contrato de renta vitalicia puede constituirse a cambio de cualquier bien mueble o inmueble, incluidas las joyas, alhajas, tapices, oro y plata labradas que excluía la Novísima Recopilación. Por supuesto, sigue vigente la posibilidad de que el capital consista en dinero, pues nadie duda de que queda englobado dentro de los bienes muebles, en virtud de la definición que de los mismos da el artículo 335 CC. Por otra parte, nos pronunciamos a favor de que pueda consistir una parte en dinero y otra en especie, pues ninguna restricción al respecto contiene el artículo 1.802 CC, que da la más amplia libertad a las partes al respecto¹²²⁰.

De hecho, compartimos con BADENAS CARPIO la opinión de que el capital puede transmitirse a través de un título que lo represente, mediante la cesión de crédito, o sin la entrega material del mismo, cuando ya se encuentre en poder del deudor de la pensión¹²²¹. Así, por ejemplo, cuando se trate de una condonación de deuda. Para ENNECERUS no se ve el motivo por el que no pueda valer como contravalor de una promesa de renta vitalicia la renuncia a un usufructo o las prestaciones de servicios durante largos años,

¹²²⁰ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.760, comparte la opinión de que tanto el capital como la pensión pueden constituirse parte en dinero y parte en especie. En el mismo sentido se pronuncia CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43, para quien “*el capital puede consistir en dinero, bienes muebles o bienes inmuebles o parte de unos y parte de otros, es decir mixta*”. El artículo 1.789 del Código Civil italiano de 1.865 también hace referencia a que el capital puede venir constituido por una suma de dinero o por otra cosa mueble o inmueble. Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 64, la posibilidad de que el capital lo constituya “*otra cosa mueble o inmueble*” permite incluir cualquier bien jurídico susceptible de propiedad privada y, por tanto, de alienación y valoración económica, dada la amplitud y generalidad de la expresión.

¹²²¹ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 150 y 151. El autor afirma que el único requisito que deben cumplir los bienes objeto del contrato es ser transmisibles, de manera que el capital puede consistir en las dos posibilidades mencionadas en el texto e, incluso, en la prestación de servicios, siempre que, obviamente, se trate de títulos de los que pueda disponer el constituyente de la renta. En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “*Comentario...*”, *cit.*, pág. 416, quien afirma que el capital puede no existir en ciertos casos de constitución de la renta a título gratuito, o cuando la contraprestación de la renta tenga naturaleza especial, como en los supuestos de condonación de una deuda, cesión de un crédito, pago de servicios... También comparte esta opinión CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43, pues considera que en supuestos especiales el capital puede consistir en condonaciones de deuda, cesiones de créditos, retribuciones de servicios o hipótesis similares. En la doctrina italiana, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 63, defiende la posibilidad de que el capital se encuentre ya en poder del deudor por otro título, como el mutuo o el depósito.

lo que también nos parece aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, ya que el artículo 1.802 CC en absoluto lo impide¹²²².

La doctrina se plantea si dentro del concepto “capital” cabe la transmisión de derechos reales limitados sobre cosa ajena¹²²³.

A la vista del artículo 334.10 CC, que declara bienes inmuebles a “*Las concesiones administrativas... y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”, no cabe duda alguna de que los derechos reales limitados son bienes inmuebles y, por tanto, pueden conformar el capital de la renta vitalicia. El problema deriva de que el legislador exige la transferencia del dominio de los bienes muebles e inmuebles que constituyen el capital, lo que se ha considerado incompatible con la esencia de tales derechos por un sector doctrinal¹²²⁴.

Tales posturas vienen confirmadas por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tal es el caso de la STS 12 de octubre de 1.812, que niega el carácter de contrato de renta vitalicia a una relación contractual en la que un usufructuario cede sus derechos sobre los bienes usufructuados a cambio de una renta vitalicia¹²²⁵. También se han alegado, como corroboradoras de tal exigencia, las SSTS de 27 de junio de 1.906 y 16 de diciembre de 1.930, aunque en estas últimas la calificación de contrato de renta vitalicia a la relación jurídica creada por los contratantes se niega por faltar alguno de los requisitos propios del contrato, y no porque el objeto del mismo sea un

¹²²² ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 774.

¹²²³ Para ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil...*, cit., 11ª ed., pág. 837, no parece razonable negar que lo transmitido puedan ser derechos distintos del derecho de propiedad. (En el mismo sentido se pronuncia en la ed. de 1.989, pág. 425 y en la de 2.004, pág. 837).

¹²²⁴ Así lo MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, cit., pág. 65, para quien no cabe constituir la renta sobre un mero derecho real en cosa ajena y, como consecuencia, sin la transferencia de dominio que exige el artículo 1.802 CC. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, cit., págs. 746 y 747, afirma que lo esencial es que pueda transferirse el dominio de los bienes al deudor de la renta, no siendo posible constituir la renta vitalicia sobre un derecho real en cosa ajena. Para GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, cit., págs. 336 y 337, es probable que la exigencia de transmisión de dominio sea un simple residuo de la concepción anterior, que asimilaba el contrato a los censos, por lo que no debiera ser tomada en sentido riguroso en la actualidad. Sin embargo, afirma que debe tenerse muy en cuenta porque el Tribunal Supremo insiste en darle todo su valor, lo que consideramos que no puede mantenerse en la actualidad.

¹²²⁵ Los comentadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 779, censuran la citada STS de 12 de octubre de 1912, pues entienden que la exactitud de su doctrina sería indiscutible si las expresiones del Código Civil español tuviesen un rigor técnico seguro, si bien, afirman que no es así, tampoco en referencia a las que se emplean en el artículo 1.802. De hecho, como pone de manifiesto SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, cit., pág. 184, la STS de 11 de julio de 1934 vino a darles la razón.

derecho real sobre cosa ajena¹²²⁶. Así, la STS de 27 de junio de 1.906 niega que la relación jurídica formalizada por los contratantes constituya contrato de renta vitalicia, porque la cantidad asignada como renta no lo fue de por vida, ni en consideración a un capital cuyo dominio se transfirió. La STS de 16 de diciembre de 1930, por su parte, entiende que no es contrato de renta vitalicia, tampoco, aquel en el que la pensión no consiste en una cantidad fija y determinada, sino que varía según las necesidades del rentista, reservándose éste, además, la facultad de disponer de los bienes como si la cesión no se hubiese realizado.

La exclusión de los derechos reales limitados sobre cosa ajena del concepto de capital no puede ampararse en la dicción literal del artículo 1.802 CC por diferentes motivos. Tal y como señala BELTRÁN DE HEREDIA, aunque el Código exige la transferencia del dominio es bien conocida la imprecisión terminológica del mismo, pero además, como literalmente afirma, “...*El interprete no debe quedarse, por así decir, a las puertas del concepto, parándose ante su simple expresión gramatical, sino que tiene que calar en la entraña del mismo para interpretar su significado jurídico*”¹²²⁷.

No obstante, aunque admitiésemos que es necesaria la transmisión del dominio, la clave del conflicto radica en que se confunde la transmisión del dominio del derecho real limitado sobre cosa ajena con la transmisión del dominio del bien inmueble sobre el que recae¹²²⁸. Es indudable que el titular de tales derechos no puede transmitir el dominio pleno de la cosa ajena sobre la que recae el derecho, pero no vemos que exista problema en la transmisión del derecho en sí, que también es bien inmueble, a cambio de la renta vitalicia.

Confirma esta opinión el hecho de que el legislador no impide que los derechos (bienes) sean objeto de propiedad, pues el artículo 392 CC lo admite expresamente al establecer que existe comunidad cuando *la propiedad* de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas¹²²⁹.

¹²²⁶ Tal es la opinión, también, de GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 417.

¹²²⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 115 y 116.

¹²²⁸ En sentido similar parece pronunciarse GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Curso de Derecho...*, *cit.*, pág. 366, para quien constituye un error tomar la dicción del artículo 1.802 CC en sentido literal, gramatical, porque los derechos reales sobre bienes inmuebles tienen la categoría de bienes inmuebles para el legislador. Por este motivo, el autor considera que debe estarse a la calificación jurídica de los artículos 334, 335 y 336 CC, y no hacer sinónimo de “capital en bienes muebles o inmuebles” la transmisión de la propiedad del objeto del capital.

¹²²⁹ Haciendo nuestras las argumentaciones de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 116. Argumentaciones compartidas, entre otros, por QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 50, quien llega a

Por tanto, si el derecho real limitado es considerado un bien inmueble por el artículo 334. 10 CC, y puede ser objeto de propiedad (art. 392 CC), nada impide que tal propiedad pueda transmitirse y constituir el capital en bienes muebles o inmuebles del que habla el artículo 1.802 CC¹²³⁰. Tal posibilidad está supeditada, claro está, a que el derecho real limitado sea transmisible¹²³¹. Esta es la postura, por otra parte, mantenida por la mayor parte de la doctrina italiana¹²³².

La imposibilidad de atender a los términos literales del artículo 1.802 CC, y a la exigencia de transferencia del dominio, también se confirma por el hecho de que admitamos la posibilidad de constituir contratos de renta vitalicia gratuitos, en los que nada se transmite a cambio de la pensión vitalicia¹²³³. Si ello es posible, no cabe duda que ningún problema existe en

afirmar que la postura contraria a la posibilidad de que los derechos reales limitados constituyan el capital de la renta vitalicia reduce el concepto de dominio a las cosas entendidas en su aspecto material o físico.

¹²³⁰ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 117. También, QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 50, y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs.149 y 150

¹²³¹ Como también precisan, por ejemplo, los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 779.

¹²³² Como ya se ha dicho, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 64 y 65, considera que el capital puede integrarse por todos los bienes jurídicos susceptibles de apropiación, y por tanto de alienación y valoración económica. Así, el autor cita como ejemplos, el dominio útil y el dominio directo, el derecho de superficie, un derecho de autor, los derechos inmobiliarios... Sin embargo niega, en las págs 242 y ss., que el estipulante pueda reservarse el usufructo de los bienes transmitidos, afirmando que tal cláusula debe tenerse por no puesta. También rechaza la posibilidad de estipular una cláusula de reserva del dominio, por el carácter periódico y vitalicio de la obligación de renta, y porque el artículo 1.781 del Código Civil italiano exige la transmisión del pleno dominio del inmueble. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.113, por su parte, afirma que de los inmuebles dados como contraprestación a la obligación de renta vitalicia se puede transmitir no sólo la propiedad, aunque ésta sea la hipótesis más común y la prevista en la ley (art. 1.781), sino cualquier otro derecho real que pueda hipotecarse. Así, pone como ejemplo el usufructo o el derecho del concedente o del enfiteuta sobre el fondo enfiteutico. Para el autor es perfectamente posible que el acreedor de la renta se reserve el usufructo del inmueble transmitido como contraprestación o que se reserve el dominio, mediante un pacto de reserva de dominio, hasta el pago del importe completo de las pensiones. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 52, estando ya en vigor el Código Civil italiano de 1.942, entiende que la amplia formulación del artículo 1.872.1º permite que la contraprestación a la obligación de renta tenga un contenido muy variado: cualquier atribución patrimonial, cualquier utilidad susceptible de valoración económica.

¹²³³ Para LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol 2º, 2.002, pág. 317, resulta claro que puede pactarse una renta vitalicia a cambio de cualquier contraprestación. Sólo cabe discutir, en su opinión, el régimen de los contratos sin transferencia de cosas al deudor como correspectivo. La misma afirmación se contiene en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol 2º, 2.005, pág. 313. En la edición de 1.986, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol 3º, pág. 489, el autor menciona alguna de las contraprestaciones que pueden pactarse a cambio de la renta vitalicia. Así, la constitución de un derecho de censo,

que el constituyente de la renta no transmita la totalidad de poderes sobre la cosa que implica la propiedad, sino el conjunto de poderes algo inferior, aunque importante, que confiere un derecho real limitado sobre la misma¹²³⁴. Lógicamente, será al deudor de la pensión al que le corresponda valorar si el conjunto de potestades que tal derecho le atribuye compensa su obligación de pagar la renta vitalicia. Renta vitalicia que, probablemente, será de cuantía inferior a la que debería de pagar si lo transmitido hubiese sido la propiedad misma de la cosa.

Pasemos a estudiar los dos supuestos de renta vitalicia que suelen negarse con base en la exigencia de transmisión del dominio: la renta vitalicia constituida a cambio de usufructo y la conformada a cambio de la nuda propiedad de un bien inmueble.

1.1.1.- La cesión de usufructo¹²³⁵

El derecho real limitado que mayores conflictos puede plantear, cuando se transmite para constituir un contrato de renta vitalicia, es el derecho de usufructo. Es bien sabido que lo más habitual es que su duración sea vitalicia¹²³⁶, y que el artículo 480 CC establece la posibilidad de arrendar o enajenar el usufructo, aunque limitando la duración de tales contratos hasta el fin del derecho real. Estas características pueden generar conflictos en relación con la duración del contrato, si la vida contemplada es distinta a la del usufructuario. Para algunos autores la transmisión de la propiedad de un derecho real limitado, que recae sobre una cosa de la que no se es propietario, está limitada por las concretas características del derecho del que se trate¹²³⁷. Lógicamente esto es así, pues no se puede seguir disfrutando de una cosa de la que no se es propietario una vez finalizado el usufructo. Sin embargo, no compartimos algunas de las opiniones a las que tal premisa lleva a un cierto sector doctrinal. Así, se afirma que si el derecho transmitido es un usufructo vitalicio lo más conveniente es que la vida contemplada sea la del propio

servidumbre o usufructo, la cesión de un crédito, una renuncia o transacción e, incluso, la prestación de unos servicios.

¹²³⁴ En sentido muy similar se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 118.

¹²³⁵ Tal y como menciona CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43, admiten la cesión del usufructo vitalicio, negando la necesidad de la transmisión del dominio, los Acuerdos del Tribunal Central Económico Administrativo de 12 de diciembre de 1.961 y 23 de enero de 1.962, aunque el primero se refiere a un censo en el que la nuda propiedad ya pertenecía al cesionario.

¹²³⁶ De hecho, la primera causa de extinción que contempla el artículo 513 CC es la muerte del usufructuario.

¹²³⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 117, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 51. Este último autor se pronuncia en el mismo sentido en, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.761.

usufructuario que transmite la propiedad, pues de lo contrario el contrato de renta vitalicia se extingue con la muerte de la vida contemplada y con la del propio constituyente, al extinguirse el usufructo cuya propiedad se transmitió¹²³⁸.

Desde nuestro punto de vista, la extinción del derecho real de usufructo no tiene por qué extinguir el derecho a la renta del acreedor de la misma, si la vida contemplada es distinta a la del usufructuario. La transmisión del derecho real ya se ha realizado, y se disfrutará durante toda la duración del mismo independientemente de lo que se extienda la obligación de pagar la renta vitalicia. Por este motivo consideramos que la extinción del derecho a la renta, y del contrato de renta vitalicia, igual que en cualquier otro supuesto, depende de la vida tomada en consideración. De esta manera, será perfectamente posible que la obligación de renta vitalicia, y el contrato, se extingan con anterioridad al usufructo, porque fallezca antes el titular de la vida contemplada que el usufructuario, y viceversa, que el usufructo se extinga con carácter previo a la obligación de pagar la renta, porque la muerte del usufructuario ponga fin al usufructo antes de que finalice la obligación de renta (con la extinción de la vida contemplada)¹²³⁹.

El único obstáculo que existe al respecto es el artículo 480 CC, en relación con el artículo 513.1º CC, que prescribe la extinción de todos los contratos que celebre el usufructuario, como tal, a la finalización del usufructo. Sin embargo, parece claro que el legislador al redactar el precepto está pensando en el arrendamiento del derecho de usufructo¹²⁴⁰. Resulta evidente que cuando se extinga el derecho de usufructo ha de extinguirse el arrendamiento constituido sobre el mismo, pues el arrendador deja de tener título suficiente para arrendar la cosa y el arrendatario no puede seguir

¹²³⁸ En sentido parecido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 117, pues considera que la vida contemplada debe ser siempre y en todo caso la del constituyente usufructuario. No obstante, y aún admitiendo que el contrato de renta vitalicia se extinga con la desaparición del usufructo, desde el momento en el que mantenemos la posibilidad de que el contrato de renta vitalicia se someta a un término distinto del de la vida contemplada, siempre que este sea largo y similar al de una vida, no parece que exista problema en admitir un contrato de renta vitalicia constituido mediante la transmisión del usufructo vitalicio sobre una cosa ajena y con una vida contemplada distinta. Como se señala en el texto, en estos supuestos el contrato se extingue con la muerte de la vida contemplada y con el fallecimiento del usufructuario originario o constituyente.

¹²³⁹ Comparte esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 418. También, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 77, al entender que, admitida la posibilidad de ceder cualquier bien o derecho a cambio de la renta, no se puede poner límites al modo de realizar la cesión sin una justificación seria.

¹²⁴⁰ El artículo 13. 2 de la Ley de arrendamientos urbanos prevé la extinción del contrato de arrendamiento otorgado por usufructuario, al término del derecho del arrendador. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 10 de la Ley de arrendamientos rústicos, aunque permite la subsistencia del contrato hasta la finalización del año agrícola.

usando y disfrutando de la misma, por lo que deja de tener sentido el pago de la renta que se realiza como contraprestación a tal uso.

Las cosas son muy diferentes en el contrato de renta vitalicia, pues el contrato es aleatorio. Se ha afirmado que puede producirse algún desequilibrio en cuanto al valor de las prestaciones¹²⁴¹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los contratantes conocen los términos del contrato antes de decidirse a perfeccionarlo. Por ello, deben apreciar el valor de la transmisión del usufructo en tales condiciones y adaptar la cuantía de la renta al mismo, así como a la posible duración de la vida del usufructuario y de la vida módulo. Aunque ciertamente debe existir una equivalencia entre las prestaciones, si el contrato es oneroso, ésta no obsta a que el usufructo finalice antes que la propia obligación de renta vitalicia. Las partes al constituir el contrato deben valorar todas las circunstancias concurrentes, y moderar la cuantía de la renta para que tal equivalencia se mantenga. Siendo esto así, es perfectamente posible que siga existiendo contrato de renta vitalicia oneroso aunque el usufructo se extinga antes que la vida contemplada. Los contratantes, en este supuesto, lo único que hacen es imprimir una mayor cantidad de *alea* en el contrato¹²⁴².

De hecho, el problema puede plantearse cuando el constituyente de la renta cede el usufructo de determinados bienes a cambio de una renta vitalicia cuyo término final coincide con su propia vida. En estos supuestos el fin de la vida del constituyente pone término al usufructo y a la renta vitalicia, de manera que el deudor deja de recibir beneficios pero también de pagar la renta, limitándose mucho el *alea* del contrato. Cuando así ocurra la proporcionalidad de las prestaciones se mantiene desde el inicio del contrato hasta el final del mismo, y la indeterminación temporal de la obligación de renta no genera la incertidumbre sobre el resultado final típica de estos contratos, al estar limitada exactamente al mismo lapso temporal que el beneficio proporcionado al deudor por el usufructo.

¹²⁴¹ Así, por ejemplo, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág.151.

¹²⁴² En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", cit., págs. 418 y 419, para quien, si la vida contemplada es la de un tercero, a la aleatoriedad propia de la incertidumbre respecto de la mayor o menor duración de la vida contemplada debe sumarse la derivada del momento en que se extingue el usufructo, ya que en algunos supuestos favorece al deudor de la renta y en otros le perjudica. Para este autor la especialidad del usufructo como objeto del capital en el presente contrato radica, exclusivamente, en que puede incrementarse el *alea* del contrato, incremento que puede ser querido por los contratantes. Compara esta situación, el autor citado, con la que se produce cuando el capital cedido es un crédito litigioso, pues la aleatoriedad no solo depende de la incierta duración de la vida contemplada, sino de que el crédito llegue o no a consolidarse en el cesionario y de su cuantía final.

Por estas razones se llega a afirmar que tal relación no constituye contrato aleatorio, porque el resultado final es incierto en cuanto a su duración pero no en cuanto a su cuantía, que se mantiene perfectamente proporcionada a la situación inicial¹²⁴³. Desde nuestro punto de vista, *alea* existe, pues la duración de la vida contemplada determina el resultado final del contrato, aunque desde su inicio resulte evidente que la proporción de las prestaciones no variará. Ciertamente el *alea* está menos acusada que en el resto de los contratos de renta vitalicia onerosos, porque las partes desde el principio saben que ninguna ganará ni perderá, pero la cuantía de las prestaciones se mantiene indeterminada hasta el final de la relación. Los resultados finales dependen del evento incierto, son concretados por él, y la cuantía exacta de las prestaciones es desconocida para las partes, por lo que puede afirmarse que existe *alea*, aunque no exista incertidumbre respecto a quien ganará o perderá.

En conclusión, el Código Civil no exige que la duración del contrato de renta vitalicia deba coincidir con la del bien o derecho que se transmite. Por ello, teniendo en cuenta la *ratio* del artículo 480 CC y la naturaleza aleatoria del contrato de renta vitalicia, nos parece perfectamente posible mantener que el contrato siga subsistiendo aunque el usufructo se extinga. Compartimos, por tanto, aquella opinión que defiende la posibilidad de que las partes incrementen o disminuyan el riesgo de ganancia o pérdida final derivado del contrato, lo que refuerza su carácter aleatorio¹²⁴⁴.

1.1.2.- La transmisión de nuda propiedad¹²⁴⁵

Cuestión similar a la de si es posible que el capital del contrato de renta vitalicia esté conformado por un derecho de usufructo, se plantea respecto a la nuda propiedad. Parece evidente que, a diferencia de otros aspectos del contrato que nos ocupa, la transmisión del dominio del capital no es algo connatural al mismo, no es algo sin lo que el contrato de renta vitalicia no pueda existir.

¹²⁴³ Para ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, cit., pág. 78, en supuestos como el descrito desaparece el *alea* propia de los negocios de renta vitalicia, “*dado que la temporalidad en la que se fundamenta el “alea” se constituye también en elemento definitivo del derecho real de usufructo*”, por lo que no constituye renta vitalicia y queda fuera de su normativa.

¹²⁴⁴ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 151.

¹²⁴⁵ ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, cit., págs. 78 a 82, se plantea si los contratos de renta vitalicia en los que se cede la nuda propiedad de un bien a cambio de una renta vitalicia se acercan a la sucesión contractual prohibida por el artículo 1.271 CC. Si bien, la autora llega a la conclusión de que estos contratos de renta vitalicia no se encuadran entre los pactos sucesorios prohibidos, porque no hacen referencia a la universalidad de una herencia, que es a lo que se refiere la prohibición del artículo 1.271 CC según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que se realizan sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del causante al tiempo del otorgamiento del contrato. Tal opinión viene confirmada por lo establecido en la STS 16 de mayo de 1.940 y en las SSTs de 8 de octubre de 1.915 y 26 de octubre de 1.926 citadas en ella.

Pueden constituirse, y de hecho se hace, contratos de renta vitalicia en los que no se transmita el dominio pleno del capital o en los que lo cedido sea la nuda propiedad¹²⁴⁶. Tales contratos no presentan problema alguno, salvo la específica mención que el artículo 1.802 CC hace a la transmisión del dominio.

De hecho, existe jurisprudencia que ratifica la posibilidad de constituir un contrato de estas características transmitiendo, exclusivamente, la nuda propiedad de un bien. Así, la STS de 10 de julio de 1.979 versa sobre un contrato privado mixto en el que un matrimonio cede en arrendamiento un local, pactando que a la muerte del cónyuge superviviente el arrendatario adquiera la propiedad del mismo, por considerar que sus pagos han constituido renta vitalicia alimentaria y le permiten adquirir tal propiedad. Fallecido uno de los cónyuges el otro se niega a ratificar en documento público el pacto, impidiendo al arrendatario la inscripción del contrato en el Registro. Planteada la oportuna demanda, tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial la estiman, declarando el derecho del arrendatario a adquirir la propiedad del bien al fallecimiento de la demandada. En última instancia el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, confirmando la Sentencia de primera instancia. Aunque la resolución califica el contrato como mixto de arrendamiento y vitalicio, y la renta vitalicia como alimentaria, no cabe duda que el último contrato es renta vitalicia, pues las rentas pagadas debían ser fijas y determinadas para constituir arrendamiento. Precisamente por este motivo, parece que la Sentencia confirma la admisibilidad del contrato de renta vitalicia en el que lo único que se transmite es la nuda propiedad¹²⁴⁷.

No obstante, alguna Sentencia reciente del Tribunal Supremo refuta la posibilidad de constituir contratos de renta vitalicia sin transmisión del dominio pleno del bien entregado como capital.

¹²⁴⁶ Así lo admite la STS de 7 de junio de 2007, que declara perfectamente válido un contrato de renta vitalicia en el que los rentistas se reservan el derecho de uso y habitación del capital transmitido. Para la Resolución, “*siendo indudablemente iura in re aliena, que gravan la propiedad en cuanto menoscaban su contenido, impidiendo al propietario el ejercicio de facultades dominicales que de ordinario le corresponden (uso y disfrute, limitado a las necesidades del usuario y habitacionista), ello no supone que el dominio no exista o se extinga al constituirse aquellos, pues precisamente son derechos in re aliena porque presuponen la titularidad dominical a favor de persona distinta, sin que existan como derechos independientes sin la existencia misma del dominio del que traen causa las facultades que forman su contenido, con lo que el adquirente, como verdadero y único dueño, titular de un poder jurídico sobre la cosa, de entidad cualitativa y cuantitativamente superior, conserva el control de las demás facultades dominicales, exclusión hecha de las que integran aquellos derechos reales, todo lo cual es perfectamente compatible con el requisito de que la renta vitalicia imponga la necesaria transmisión del dominio del bien al obligado a pagar la pensión.*”

¹²⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, págs. 80 y 81.

Es el caso de la STS de 30 de noviembre de 1987, que rechaza la calificación de la relación jurídica examinada como contrato de renta vitalicia por considerar que los cedentes no transmiten a los cesionarios el dominio pleno de los bienes, como exige el artículo 1.802 CC¹²⁴⁸. En el supuesto de hecho de la citada resolución los cedentes sólo ceden la nuda propiedad de los bienes entregados como capital, y sujeta a restricciones, pues su enajenación está limitada hasta su propia muerte. Ciertamente la relación jurídica sobre la que versa la Sentencia es un contrato de alimentos, y no un contrato de renta vitalicia, como afirma la resolución, pero no porque los cedentes transmitan exclusivamente la nuda propiedad de las fincas descritas en la escritura pública, sino porque la contraprestación a tal cesión es una obligación de alimentos vitalicia (concretamente de los alimentos contemplados en los arts. 142 y ss CC).

Llama poderosamente la atención que el Tribunal Supremo declare la inaptitud de tal pacto para ser contrato de renta vitalicia porque el capital cedido es la nuda propiedad de un bien, y no por lo que es la principal diferencia entre el contrato de alimentos y la renta vitalicia: la distinta naturaleza de sus pensiones.

No parece que tenga mucho sentido calificar de vitalicio, o de contrato de alimentos, a cualquier relación jurídica en la que se ceda la nuda propiedad o el usufructo de unos bienes. Como ya se ha dicho, y como acertadamente reitera CHILLON PEÑALVER, el mero hecho de no transmitir el dominio pleno del capital no convierte al contrato de renta vitalicia en vitalicio, ahora contrato de alimentos¹²⁴⁹. El contrato de alimentos se diferencia de la renta vitalicia en otros muchos aspectos, pero no precisamente en ese, pues es perfectamente posible configurar un contrato de renta vitalicia en el que se transmita la nuda propiedad de los bienes que constituyen el capital. Desde nuestro punto de vista tal contrato es un auténtico contrato de renta vitalicia. De hecho, incluso aunque una Sentencia judicial le negase tal calificación, resulta indudable que se convertiría en un contrato atípico en el que la regulación aplicable, por analogía, sería la propia del contrato de renta vitalicia, no la del contrato de alimentos. No puede ser otra la solución, porque el hecho de transmitir la nuda propiedad del capital, en vez del pleno

¹²⁴⁸ Así, el fundamento de derecho tercero establece: “...resulta evidente que lo primero a contemplar ha de ser, precisamente, lo relativo a precisar la naturaleza jurídica del contrato aquí discutido, extremo respecto del cual, debe ponerse de relieve el acierto de la sentencia impugnada en orden a rechazar que el mismo sea un contrato de renta vitalicia, en cuanto que los cedentes no transmiten a los cesionarios el dominio pleno de lo cedido como exige el art. 1802 del Código Civil, y sí, únicamente, la nuda propiedad sujeta además a condiciones”.

¹²⁴⁹ CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, cit., págs. 96 y 97. Tal y como afirma la autora, aunque es cierto que en el vitalicio no es esencial la transmisión del dominio, esto no implica que todo contrato en el que no se ceda el dominio sea contrato de vitalicio, y no de renta vitalicia, pues es necesario que se den otros rasgos característicos.

dominio, ninguna consecuencia efectiva conlleva en la naturaleza y efectos derivados del contrato.

Para ECHEVARRÍA DE RADA la opinión manifestada por algunas Sentencias del Tribunal Supremo, que rechazan la posibilidad de calificar el contrato como renta vitalicia cuando lo que se transfiere es la nuda propiedad, debe rechazarse, porque la Ley en ningún momento exige la transmisión del pleno dominio de los bienes¹²⁵⁰.

En nuestra opinión, la posición más acorde con el principio de libertad contractual, y la más adecuada, es interpretar de la manera más amplia posible lo establecido en el artículo 1.802 CC En el mismo sentido, la STS de 11 de julio de 1997 afirma que el rentista tiene la obligación esencial *“...de la entrega y transmisión dominical de un capital en bienes muebles o inmuebles, como dice literalmente dicho artículo 1802, pero que se interpreta en un sentido amplio que comprende no sólo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal; entenderlo así se corresponde a una interpretación progresiva del articulado de un más que centenario código, adaptándolo a la siempre cambiante realidad social (art. 3.1 del Código Civil) y entenderlo de otra forma sería admitir el contrato como atípico, en base al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y aplicar por analogía las mismas normas del contrato de renta vitalicia.”*¹²⁵¹.

POVEDA DÍAZ afirma, que la constitución un contrato de renta vitalicia cediendo el rentista la nuda propiedad y reservándose el usufructo es cuestión parecida a la de su constitución mediante la cesión de derechos reales limitados . Para el autor no existen argumentos en contra de tal posibilidad, pues el interés actual de la figura radica en que el constituyente pueda reservarse el usufructo¹²⁵².

SCAEVOLA, sin embargo, mantiene que el desplazamiento del dominio es una nota característica del contrato de renta vitalicia, aunque

¹²⁵⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.416.

¹²⁵¹ La SAP de Soria, de 3 de octubre de 2003, se pronuncia en el mismo sentido. La Resolución afirma: *“Es cierto que las obligaciones a cargo del rentista o beneficiario de la pensión vienen siendo interpretadas por la doctrina civilista mayoritaria y por la propia jurisprudencia en un sentido amplio que comprende no sólo la transmisión del derecho de propiedad de cosa mueble o inmueble, sino también la de cualquier otro derecho real que no sea el de propiedad o incluso un derecho personal, pues así lo impone una interpretación progresiva del articulado del Código Civil que lo adapte a la siempre cambiante realidad social (art. 3.1 de este Cuerpo Legal Sustantivo), a lo que cabe añadir que entenderlo de otra forma llevaría a admitir la existencia de un contrato atípico, basado en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil) y al que serían aplicables por analogía las mismas normas sustantivas del contrato de renta vitalicia.”*

¹²⁵² POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.839. El autor considera que en esta materia existe una cierta tendencia a pensar que la pensión es parte capital y parte interés, motivo por el cual se cree que el constituyente no puede reservarse los frutos de la cosa.

reconoce que podía no haberlo sido si el legislador hubiese prescindido de ella y permitiese su constitución a cambio del mero disfrute. Si bien, opina que el legislador lo ha definido deliberadamente así, por lo que a lo establecido en el mismo se atienen muchos autores¹²⁵³.

Resulta curioso, tal y como afirma GOMÁ SALCEDO, que el Código Civil no ponga cortapisa en cuanto a los bienes que pueden integrar el capital, pero establezca taxativamente el título que debe tenerse sobre los mismos, el de propiedad. Para el autor la utilización de la palabra “dominio” probablemente constituye un residuo de la concepción histórica de esta figura, que la asimilaba a los censos. Precisamente por esta razón considera que la exigencia de transmisión de la propiedad sobre las cosas no debe ser tomada en sentido riguroso¹²⁵⁴.

No obstante, para CORBAL FERNÁNDEZ la jurisprudencia exige la efectiva transmisión del dominio pleno. Así, cita la ya mencionada STS de 27 de junio de 1.906, para la que no basta la mera transferencia de la nuda propiedad, y la de 4 de febrero de 1.991, como ejemplos¹²⁵⁵. En esta última Sentencia se hace referencia a un documento posterior a la formalización del contrato, fundamental, dice la citada resolución, en el que las partes de mutuo acuerdo rectifican el contrato anterior. Tal documento puede considerarse una extinción del contrato por mutuo disenso, y la conformación de una nueva relación jurídica en la que, como afirma la Sentencia, parece concluirse un mero contrato de arrendamiento. Esta conclusión deviene completamente acertada cuando se observa que las partes hablan de simple cesión de la explotación de un bar, sin posibilidad de traspaso, sin hacer referencia alguna a que la pensión mensual a abonar esté limitada a la vida de la acreedora de las pensiones. Por otra parte, no deja lugar a dudas una de las cláusulas de la nueva relación en la que se afirma que, muerta la propietaria del local, podrá el cesionario formalizar contrato de arrendamiento con quien resulte el dueño. Parece, por tanto, que la imposibilidad de calificar la relación jurídica como contrato de renta vitalicia no deriva de la falta de transmisión de la propiedad del local, sino de que no existe dato alguno que permita calificarlo como tal. De hecho, no existe en la relación el dato fundamental del contrato que nos ocupa, el otorgamiento de una renta vitalicia limitada a la vida de una persona, lo que le confiere su característica aleatoriedad¹²⁵⁶.

¹²⁵³ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág.184.

¹²⁵⁴ GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 336.

¹²⁵⁵ CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43.

¹²⁵⁶ Como también pone de manifiesto el fundamento de derecho segundo de la Resolución: “...basta un examen detenido del documento de 17 de febrero de 1977, que debe entenderse fundamental a los efectos que nos ocupan, porque en él se habla de que habiendo variado las circunstancias económicas, de común acuerdo, rectifican el anterior, sustituyéndolo las estipulaciones que en el mismo se consignan, para concluir inequívocamente que en el mismo no se estipulaba un contrato de renta vitalicia, y ello no sólo porque, como acertadamente razona la resolución recurrida, se habla de simple cesión de la

CORBAL FERNANDEZ cita, además, la STS de 2 de marzo de 1.956, que considera contraria a la naturaleza jurídica de la renta vitalicia la prohibición de disponer¹²⁵⁷. Para la citada Sentencia, el contrato de renta vitalicia que parece deducirse de la primera cláusula del contrato queda desnaturalizado por la segunda, porque el adquirente de los bienes acepta su transmisión sin poder enajenarlos en vida del cedente y de su esposa. Si bien, tal desnaturalización la achaca, también, al hecho de haberse pactado la resolución del contrato en caso de incumplimiento de la obligación contraída en los términos acordados. Para la Sentencia el citado pacto “*no autoriza a admitir que se haya transferido en firme el dominio*”, lo que considera indispensable para que exista contrato de renta vitalicia, “*que no permite otra carga que el pago de la pensión y con el cual guarda una perfecta concordancia el art. 1.805 del mismo cuerpo legal*”. Por ello, la Sentencia afirma que el contrato, al estar condicionado en su existencia, resulta privado de su especial característica y hace surgir una figura de unión de contratos.

De todo lo dicho parece constatarse que la reticencia a calificar como contrato de renta vitalicia la relación jurídica vista no deriva, exclusivamente, de que la transmisión de los bienes esté limitada hasta el fallecimiento del constituyente y de su mujer, sino de que la transmisión pueda resolverse por incumplimiento del deudor.

En realidad, muchas de las Sentencias que niegan el carácter de contrato de renta vitalicia a relaciones en las que el capital cedido es un usufructo o la nuda propiedad de determinados bienes, buscan declarar la inoperatividad del artículo 1.805 CC y poder resolver el contrato por falta de cumplimiento de la obligación de pago de la pensión. Desde nuestro punto de vista, y en el de la mayor parte de la doctrina actual, es perfectamente posible pactar una cláusula resolutoria expresa que deje sin efecto lo establecido en el artículo 1.805 CC, sin que ello permita negar que el contrato es de renta vitalicia, evitando la necesidad de tener que acudir al recurso de no considerar la relación contrato de renta vitalicia.

Como explicamos más adelante, en la actualidad no cabe duda de que el contrato de renta vitalicia es perfectamente compatible con la cláusula resolutoria explícita y, desde nuestro punto de vista, tampoco existe problema

explotación de los locales, mencionándose incluso la imposibilidad de traspaso por parte de Don Luis M. C. -lo que parece aludir a la conclusión de un contrato de arrendamiento, mención que se hace de manera expresa en la cláusula cuarta al decir que fallecida Doña Rosaura podrá el cesionario tratar «con el que resulte el dueño, de formalizar contrato de arrendamiento», sino también porque tampoco se alude en la cláusula tercera, que señala la pensión mensual a abonar a Doña Rosaura, al carácter temporal de los abonos, limitados a la vida de ésta, por todo lo cual ha de entenderse que lejos de poder ser reputada la calificación jurídica que hace la Sala sentenciadora de ilógica o contraria a la Ley, debe ser considerada como correcta, lo que conlleva desestimación de este primer motivo”.

¹²⁵⁷ CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, cit., pág. 43.

alguno en que lo que se transmita sea un capital sometido a una prohibición de disponer durante cierto tiempo.

De hecho, tal y como afirma ZURITA MARTÍN, la realidad del tráfico jurídico, en la que cada vez más a menudo el acreedor de la renta se reserva el usufructo o la nuda propiedad del capital entregado, y el principio de autonomía de la voluntad, apoyan la interpretación amplia del artículo 1.802 CC Para esta autora no debe descartarse la admisión de distintos pactos junto con la transmisión del capital, como la reserva de dominio de los bienes transmitidos, tendentes a la protección del pensionista¹²⁵⁸.

1.2.- LAS OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE DE LA RENTA: LA ENTREGA DEL CAPITAL

La doctrina francesa, como ya se ha visto, distingue entre el contrato de renta vitalicia constituido a cambio de un capital en dinero, que asimila al préstamo, y la renta vitalicia constituida como contraprestación a un capital en bienes muebles e inmuebles, que identifica con una venta a fondo perdido¹²⁵⁹. En nuestro ordenamiento jurídico el contrato de renta vitalicia poco tiene que ver con el préstamo, como ya se explicó, y aunque no puede identificarse con una compraventa, sí que le serán de aplicación muchas de sus reglas, sobre todo en lo que se refiere a la entrega del capital.

La entrega del capital es la obligación fundamental del constituyente de la renta vitalicia, prácticamente la única a la que está obligado cuando el capital es dinero. Si bien, cuando aquel consista en un bien mueble o inmueble, el transmitente, como complemento a la obligación de entrega, también está obligado al saneamiento del capital¹²⁶⁰, a la conservación de la

¹²⁵⁸ ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 76.

¹²⁵⁹ Así lo manifiestan, por ejemplo, LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, págs. 241 y 242. BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 103 y 104; COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 630; PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 518.

¹²⁶⁰ El constituyente de la renta no sólo está obligado a la entrega del capital, sino también a responder por evicción y por los vicios ocultos que aquel pudiera padecer. Respecto al régimen jurídico aplicable al saneamiento poco cabe decir, pues se aplican por analogía las reglas que sobre la materia establece el Código Civil para el contrato de compraventa, cuya exposición exhaustiva carece de sentido en este momento, por conocidas y carentes de especialidad en el tema que nos ocupa. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, en las págs. 139 a 143, confirma la inexistencia de especialidades dignas de mención en su aplicación a la renta vitalicia. El autor afirma la aplicabilidad del artículo 1.474 CC, y de los artículos 1.475 a 1.479 CC, así como del artículo 1.483 CC, en los supuestos de saneamiento por evicción. Respecto al saneamiento por vicios ocultos, considera aplicables los artículos 1.484 a 1.490 CC. También apunta los rasgos básicos del régimen jurídico del saneamiento en el contrato de renta vitalicia, señalando la falta de particularidades respecto al régimen jurídico de la compraventa, BADENAS CARPIO,

cosa hasta el momento de la entrega¹²⁶¹, a la entrega de los títulos de pertenencia o documentos necesarios para hacer valer su derecho y darle publicidad registral, y al pago de los gastos de la escritura matriz cuando se eleve a escritura pública, salvo que las partes pacten lo contrario¹²⁶². Tales obligaciones coinciden con las fundamentales del vendedor en la compraventa, siendo de aplicación las normas que el Código Civil establece para el citado contrato¹²⁶³.

JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 213 a 215. Compartimos la opinión de este último autor, expuesta en la pág. 214, en el sentido de que, no siendo el saneamiento por evicción esencial a la compraventa, tampoco debe serlo en el contrato de renta vitalicia. Por ello, también en este contrato podrán establecerse pactos cuyo objeto sea aumentar, disminuir o suprimir la responsabilidad por evicción (art. 1.475.3 CC) No obstante, como posteriormente señala el autor y el propio Código, la renuncia al saneamiento por evicción está condicionada a la existencia de buena fe en el transmitente cuando se pacta (art. 1.476 CC), y llegada la evicción no evita que se deba entregar el precio de la cosa, salvo que la renuncia se realice con conocimiento de los riesgos de la evicción y asumiendo sus consecuencias (art. 1.477 CC). Por otra parte, cabe la renuncia al saneamiento por vicios ocultos, conforme a lo establecido en el artículo 1.485 CC, siempre que sea expresa y el transmitente ignore los vicios o defectos de la cosa cedida. Comparte la opinión de que el deudor de la renta responde por evicción y por los vicios ocultos de la cosa entregada la doctrina italiana. Así, por ejemplo, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, quien también remite a las normas que sobre saneamiento se establecen para la compraventa, en virtud de lo establecido en el artículo 1.781 Código Civil italiano de 1.865. En el mismo sentido, afirma la obligación de saneamiento por vicios ocultos y por evicción del constituyente, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 55 y ss.

¹²⁶¹ Tal obligación deriva del artículo 1.094 CC “*El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia*”, y de los principios generales de nuestro derecho de obligaciones. Debe tenerse en cuenta, además, lo establecido en el artículo 1.096 CC respecto a los casos fortuitos.

¹²⁶² Señala todas estas obligaciones accesorias, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 209 y ss. Respecto a esta última el autor citado afirma, en las págs. 215 y 216, que tal y como mantiene la doctrina para el contrato de compraventa, deben entenderse comprendidos, además de los gastos de elevación a escritura pública que señala el artículo 1.455 CC, los gastos de formalización y documentación del contrato, así como los posteriores a la venta no relacionados directamente con el otorgamiento: impuestos, inscripción en el registro... No así los de entrega y transporte, que conforme al artículo 1.465 CC serán de cargo del comprador (rentista), salvo estipulación especial al respecto.

¹²⁶³ No obstante, el contrato de renta vitalicia no autoriza la aplicación de los retractos legales pues, a pesar de sus analogías, no es una auténtica compraventa, ni una dación en pago, que son los supuestos contemplados por el artículo 1.521 CC. Confirman esta opinión la STS de 2 de abril de 1.985 y ZURITA MARTÍN, ISABEL, “Contratos vitalicios: forma...”, *cit.*, pág. 69, quien reafirma la conclusión citada con las SSTs de 22 de diciembre de 1989 y 18 de enero de 1996, que reiteran la imposibilidad de ejercitar el derecho de adquisición preferente, en el arrendamiento urbano y en el rústico respectivamente, como consecuencia del carácter aleatorio del contrato de renta vitalicia. La autora hace una salvedad en la Sentencia del año 1996, y entiende que en aquel supuesto no fue el artículo 89 de la Ley de arrendamientos rústicos el que impidió la subrogación de una tercera persona en el lugar del deudor sin el consentimiento de las acreedoras, sino el carácter personal de la prestación que correspondía al deudor de la renta. El antiguo artículo 89 de la

La entrega del capital no sólo es la obligación principal del constituyente de la renta, también es la única que de manera expresa exige el artículo 1.802 CC. Además tiene una importancia adicional, pues nos permite identificar la fase del contrato en la que nos encontramos, ya que con ella suele iniciarse la consumación del contrato¹²⁶⁴.

Como ya se afirmó en su momento, consideramos que el contrato de renta vitalicia con entrega de capital es consensual y bilateral. Por tanto, se perfecciona por el mero acuerdo de las partes respecto a los términos del contrato, sin que sea necesaria la entrega inmediata del capital, tal y como ocurre con el contrato de compraventa. La entrega del capital no formaliza el contrato, sino que supone la transmisión de la propiedad del mismo, cuando tal sea el derecho transmitido, en virtud de lo establecido en el artículo 609CC.

Lo más habitual es que la entrega del capital se realice en el mismo momento en el que se perfecciona el contrato. No obstante, es perfectamente posible que las partes pacten su entrega en un momento posterior, en cuyo caso debe producirse en el momento, lugar y manera que se haya pactado¹²⁶⁵.

Por ello, defendemos que la entrega del capital no es más que una de las obligaciones que nace del contrato, sin que pueda considerarse presupuesto para su nacimiento. Como afirma QUINONERO CERVANTES, la entrega del capital sólo puede considerarse presupuesto para la plena efectividad del contrato en el sentido de que si éste no se entrega no es que no se deba la pensión, sino que se incumple con una de las

Ley de arrendamientos rústicos sí que permitía el ejercicio del derecho de adquisición preferente en el arrendamiento rustico fuera de los casos de compraventa o dación en pago. Así, por ejemplo, en los de donación, aportación a Sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa. Tal y como sigue argumentando la autora, en la pág. 72, la doctrina comparte el rechazo jurisprudencial al retracto arrendaticio urbano, por el carácter aleatorio de la renta y por su falta de contemplación en la Ley de arrendamientos urbanos de 1.964 y de 1.994. En el mismo sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 221, con cita de las SSTs de 2 de abril de 1.985 y 22 de diciembre de 1.989. El autor apoya la opinión del Tribunal Supremo, y considera inaplicables las normas relativas a los retractos legales al contrato aleatorio. La razón fundamental radica en la distinta naturaleza de la obligación de pagar la renta vitalicia y el precio de la compraventa, pues mientras esta última es directa y de tracto único, la de pagar la renta es periódica y de duración incierta, por lo que sólo puede quedar vinculada la persona concreta con quien haya contratado el acreedor.

¹²⁶⁴ En este sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 210.

¹²⁶⁵ Tal y como afirma ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.417, en este caso, cuando la entrega del capital no tiene lugar en el mismo momento de la perfección del contrato, el deudor de la renta tiene derecho a exigir la entrega del capital y de los frutos que aquel haya producido desde el nacimiento de la obligación de entrega, tal y como establece el artículo 1.095 CC.

obligaciones fundamentales del contrato que el propio consentimiento hizo nacer, lo que resta eficacia a la segunda: la obligación de pagar la renta¹²⁶⁶.

Puesto que el Código Civil nada establece respecto al modo de entrega del capital, salvo que debe ser en propiedad, la doctrina de manera prácticamente unánime entiende que son aplicables las normas que el legislador establece para la compraventa.

Nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema del título y el modo para adquirir la propiedad y los derechos reales. Por lo que no es suficiente el otorgamiento del título, sino la entrega del bien o derecho a través de la *traditio*¹²⁶⁷.

Tal y como indica BELTRÁN DE HEREDÍA, en nuestro Código Civil, a diferencia del francés y del italiano, el simple consentimiento no es suficiente para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, debiéndose acudir a las normas de la compraventa para diferenciar los distintos supuestos de entrega que podemos encontrar en la práctica¹²⁶⁸. Así, con base en lo establecido en los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 CC:

1.- La cosa puede ponerse en poder y posesión del deudor de la renta mediante la *traditio* en sentido estricto, a través de la entrega real y efectiva de la misma (art. 1.462.1).

2.- La entrega también puede producirse mediante el otorgamiento de escritura pública, salvo que de la misma se deduzca claramente lo contrario (art. 1.462.2 CC).

3.- Cuando el capital consista en bienes muebles, se consideran entregados y transmitida la propiedad, aparte de por la entrega efectiva de los mismos, cuando se entregue la llave del lugar donde se encuentren almacenados o guardados, o por el simple acuerdo de las partes, si el capital no puede trasladarse al deudor al celebrarse el contrato o si ya lo tenía en su poder por cualquier otro motivo.

4.- Si el capital consiste en derechos reales limitados, además de por el otorgamiento de la escritura pública, cuando ésta no tenga aplicación, se entienden entregados al ponerse en poder del deudor los títulos de

¹²⁶⁶ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 108. Confirma el autor su opinión de que la entrega es mero presupuesto de eficacia del contrato en QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, págs. 1.758.

¹²⁶⁷ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 210, indica, además, la necesidad de que la tradición se realice con “ánimo de pago”, es decir, *solvendi causa*, con la finalidad de dar por cumplida la obligación.

¹²⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 137.

pertenencia, o por el uso que éste haga del derecho con el consentimiento del constituyente (art. 1.464 CC.).

Según el parecer doctrinal mayoritario, que compartimos, también son de aplicación al contrato de renta vitalicia las reglas relativas a la obligación de entregar la cosa con todos sus accesorios (art. 1.097 CC); aquellas que hacen referencia a los gastos de la entrega de la cosa vendida, que son a cargo del constituyente (art. 1.465 CC); la de entrega de la cosa en el estado en el que estuviese en el momento de la perfección del contrato (art. 1.468 CC); y las relativas a la doble venta, en este caso doble constitución de renta, contenidas en el artículo 1.473 CC¹²⁶⁹. En general, consideramos aplicables al contrato de renta vitalicia todas las reglas relativas a la entrega de la cosa en la compraventa, con las matizaciones que la distinta naturaleza del contrato pueda exigir.

Por otra parte, y aunque para la eficacia del contrato no se requiere formalidad alguna, pues nada exige el Código Civil, lógicamente serán de aplicación los artículos 1.279 y 1.280 CC¹²⁷⁰.

2.- LA PENSIÓN VITALICIA Y LAS OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA

2.1.- LA PENSIÓN VITALICIA

La pensión vitalicia o renta vitalicia es la prestación más característica del contrato, la que le da nombre y configura su aleatoriedad. La pensión vitalicia es la prestación objeto de la obligación principal del deudor de la renta y, como su propio nombre indica, es una obligación vitalicia, duradera y de ejecución periódica.

Durante mucho tiempo se discutió si la renta vitalicia estaba sometida a una tasa, a un “tipo de interés”, dada su histórica analogía con el préstamo y el hecho de que el capital sólo podía constituirse en dinero. En la actualidad no se duda de que la renta no constituye el interés del capital, que el contrato de renta vitalicia no es una modalidad de préstamo, por lo que las partes pueden pactar libremente la cuantía de la pensión, sin que esté sometida a límite alguno. Nadie afirma hoy el sometimiento de la renta vitalicia a una tasa o tipo de interés, puesto que, además, no existe precepto alguno que determine su cuantía o los procedimientos para calcularla. No obstante, como ya se ha visto, el Tribunal Supremo, en ocasiones, defiende que el cálculo de

¹²⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 138 y 139. También afirma la aplicabilidad del artículo 1473 CC a los supuestos de renta vitalicia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 221.

¹²⁷⁰ En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 138.

la renta debe hacerse mediante la división del valor de los bienes transmitidos como capital en cuotas anuales, y en función de la probable duración de la vida módulo¹²⁷¹. Desde nuestro punto de vista no puede exigirse tal requisito a las partes contratantes, y mucho menos si defendemos la posibilidad de constituir un contrato de renta vitalicia gratuito. Los contratantes pueden determinar la cuantía de la renta conforme a los procedimientos que tengan por conveniente, aunque lo más habitual es que la fijación de la misma se realice teniendo en cuenta el valor del capital transmitido y la duración probable de la vida contemplada.

Tal y como afirman PLANIOL y RIPERT, lo más habitual es que la renta se calcule de forma que, en condiciones ordinarias, el acreedor de la renta tenga tiempo de recuperar el valor del capital entregado, y las rentas que obtenía por él, antes de su muerte¹²⁷².

Puede ocurrir, no obstante, que la renta vitalicia sea inferior a las rentas que produce el capital entregado, sea éste un bien o un capital en dinero. En estos casos, a diferencia de otras opiniones doctrinales ya expuestas, defendemos la inexistencia de nulidad del contrato y la inexistencia de donación encubierta en todo caso. Desde nuestro punto de vista, es perfectamente posible que la voluntad de las partes haya sido la constitución de un contrato de renta vitalicia, siendo este el contrato que hayan formalizado.

¹²⁷¹ Así lo afirma en las SSTs de 10 de abril de 1.956 y 7 de abril de 1.961 ya citadas. No obstante, la STS de 11 de julio de 1.934 defiende que la pensión consiste en una cantidad fija y determinada libremente por los contratantes, sancionando el principio de libertad de las partes en la fijación de la pensión y haciendo referencia a la cuestión de si la renta puede ser inferior a los frutos del capital. Respecto a tal cuestión, afirma la ausencia de normas al respecto, por lo que, en virtud de la autonomía de la voluntad, serán las partes las que lo decidan. Afirma la Sentencia, además, que debe tenerse en cuenta que el adquirente del capital también sufre el riesgo de la pérdida o improductividad del mismo. Así lo confirma, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 420 y 422. En esta última página el autor afirma que la forma de calcular la renta contenida en las dos primeras Sentencias citadas no puede generalizarse hasta el punto de convertirla en un requisito básico del negocio, ya que, aunque normalmente serán los parámetros señalados en las mismas los que se tengan en cuenta para su cálculo, no puede concluirse que su cuantía no pueda ser inferior a la cantidad obtenida mediante tal fórmula, ni que en todo caso exista una donación de renta vitalicia. También, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.419. considera excesivo mantener que la cuantía de la pensión deba ser necesariamente calculada conforme al procedimiento descrito por el Tribunal en las SSTs de 10 de abril de 1.956 y 7 de abril de 1.961, aunque afirma que las circunstancias contempladas, sin duda, serán tenidas en cuenta por los interesados.

¹²⁷² PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 524, aunque los autores no hablan de acreedor de la renta, sino de vendedor, y del valor del capital enajenado. Afirman, además, que el tipo de las rentas es muy variable, dependiendo no solamente de la edad, sino del estado de salud del acreedor de la renta. Matizamos nosotros que tal estado de salud habrá de ser el de la vida contemplada, sea ésta la del acreedor o la de un tercero.

2.1.1.- Objeto de la pensión

El artículo 1.802 CC establece que “*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual...*”. Lo más habitual es que el objeto de la pensión sea dinero, si bien nada impide que sea pagada en especie o parte en especie y parte en dinero¹²⁷³. En estos casos, cuando la prestación se pacta parte en especie y parte en dinero, puede constituirse una prestación mixta o una prestación alternativa¹²⁷⁴. En el supuesto de que la prestación se configure como mixta, el deudor sólo cumple entregando la totalidad de las especies pactadas en las cuantías determinadas. Sin embargo, si la obligación de pagar la renta se pacta como una obligación alternativa, se rige por lo establecido en los artículos 1131 y ss CC, y el deudor cumple con entregar los productos objeto de la elección¹²⁷⁵. Resulta fundamental precisar,

¹²⁷³ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 46 y 47, afirma que la pensión puede constituirse en dinero u otras cosas fungibles, porque así lo admite el artículo 1.802 CC. BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 218, entiende que puede suceder, incluso, que bajo la apariencia de un contrato de compraventa una parte del precio se fije en una cantidad fija y determinada y otra en una renta vitalicia. En la doctrina italiana BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 262, afirma que lo más habitual es que se pacte en dinero, porque es la medida común de todos los valores, pero que el título constitutivo puede prescindir del dinero y recurrir a un objeto distinto. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 34, afirma que la prestación del deudor de la renta puede tener por objeto dinero, productos, u otras cosas fungibles. TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 72, considera que la renta puede constituirse en dinero o en una determinada cantidad de cosas fungibles. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 175, también afirma que el objeto de la prestación de renta puede consistir en dinero, productos o en otras cosas fungibles. No obstante algunos ordenamientos jurídicos, como el chileno (art. 2.267.2) o el argentino (art. 2.074), exigen que la pensión sea en dinero. Este último, prescribe que cualquier otra prestación en frutos naturales, o servicios, ha de ser pagada en su equivalente en dinero.

¹²⁷⁴ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 46 y 47, defiende la posibilidad de que tanto el capital como la pensión puedan serlo parte en dinero y parte en especie, dando lugar a una prestación mixta. También lo afirma en QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, págs. 1.760. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 34, afirma que es perfectamente posible, si así lo establece el título constitutivo, que el objeto de la prestación sea parte en dinero y parte en otras cosas fungibles. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 176, afirma que si la renta consiste parte en dinero y parte en otras cosas fungibles se habla de prestación periódica mixta, que se distingue de la prestación periódica alternativa, en la que los diversos objetos de la renta se deducen del contrato alternativamente.

¹²⁷⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 119. En la doctrina italiana DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, también afirma que las prestaciones periódicas pueden tener por objeto dinero o “mercancías”, que pueden comprenderse en obligaciones alternativas, permitiendo al deudor liberarse prestando una cosa o la otra, a su elección, si tal facultad no se ha concedido al acreedor. ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 34, defiende la posibilidad de que la obligación se establezca como alternativa, en cuyo caso, escogido el objeto para la cuota debida, el deudor debe cumplir exactamente con la prestación seleccionada. Reconoce, no obstante, la posibilidad de que el título constitutivo pueda

que la pensión propia de la renta vitalicia no puede ser variable e indeterminada, en el sentido de depender de las necesidades del rentista¹²⁷⁶. Tal prestación es la propia del contrato de alimentos, esencialmente variable y de cuantía determinada por las concretas necesidades del alimentista.

No existe problema en que la renta a pagar quede determinada por referencia a un índice o precio, a una cosa cierta, o que su determinación se deje en manos de una tercera persona. En este sentido, defendemos la posibilidad de aplicar el artículo 1447 CC, en sede de contrato de compraventa, al contrato que nos ocupa¹²⁷⁷.

Como su propio nombre indica, la pensión en dinero es aquella en la que las partes pactan que su pago se realice entregando una cantidad de dinero determinada. Es la más habitual en el contrato que nos ocupa y, como ya se dijo en su momento, no está sometida a tasa alguna. La renta en dinero puede establecerse en la cuantía que se desee, sin perjuicio de que por la desproporción con respecto al capital entregado constituya una renta gratuita.

Cuando la renta se pacta en especie, las partes no han de entregar dinero, sino frutos u otras cosas fungibles, en las medidas y cantidades concretadas en el contrato¹²⁷⁸. La renta en especie evita el inconveniente de las depreciaciones monetarias. Sin embargo, puede plantear problemas si se establece que los frutos han de proceder de una determinada finca¹²⁷⁹. Tal

establecer la facultad de renovar la selección en cada plazo. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 273, también hace referencia a esa última posibilidad.

¹²⁷⁶ Así lo afirman, también, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.773, para quienes “La renta debe consistir en prestaciones periódicas, que se repiten en igual cantidad y de un modo perfectamente determinado”. Precisamente por esta necesidad de determinación los autores afirman que no pueden considerarse rentas los deberes de alimentos, porque éstos dependen de lo que dure la necesidad del alimentista. También la STS de 16 de diciembre de 1.930 establece el requisito de la determinación de la renta, pues niega el carácter de renta vitalicia a aquella que no consiste en una cantidad fija y determinada, sino que varía según las necesidades del acreedor.

¹²⁷⁷ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 423, quien además mantiene que si el tercero no llega a determinar la pensión, o lo hace sin cumplir con las instrucciones recibidas por las partes, el contrato carece de validez, al resultar indeterminada una de sus obligaciones principales. Respecto a la posibilidad de que la renta se fije por referencia a una cosa cierta, señala que puede tener lugar al inicio del contrato, manteniéndose posteriormente la cuantía inalterable, o conviniendo que en cada uno de los plazos la renta tenga una cuantía distinta, dependiendo del valor de la cosa cierta en cada vencimiento. Esta posibilidad, como se verá, fundamenta el funcionamiento de la cláusula de estabilización en este tipo de contratos. También BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 220.

¹²⁷⁸ Tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 126.

¹²⁷⁹ Debe tenerse en cuenta que aunque la renta se pacte en especie y se fije que debe pagarse de los frutos que produzca un determinado fondo, no puede limitarse a una parte

posibilidad nos parece indudablemente aceptable, pues un pacto en tal sentido no es contrario a la ley, ni a la moral, ni al orden público, que son los únicos límites a la autonomía de la voluntad establecidos por el Código Civil. En tales casos, la pregunta que se plantea es si la renta en especie deja de ser una obligación de entregar cosa genérica, sin más, para convertirse en una obligación de entregar un género limitado. La cuestión no es baladí cuando el fundo designado no produce, o produce una cantidad insuficiente para hacer frente a la obligación de pagar la renta. Si las partes pactan en el mismo contrato la solución al problema, se está a lo que ellas hayan pactado, y la obligación se extingue o se completa con otros frutos. Las dudas se generan cuando no existe pacto al respecto.

Para BELTRÁN DE HEREDIA, cuando el contrato especifica el origen de los frutos o cosas fungibles la improductividad de la finca, o la falta de productividad suficiente para pagar las cantidades pactadas, implica la pérdida del derecho a la porción de renta que exceda de lo producido. Lógicamente, en el supuesto de que las partes no hayan introducido una previsión específica al respecto, pues de lo contrario se está a lo que hayan pactado. Para el autor, por tanto, cuando no hayan previsto nada el acreedor pierde su derecho a la renta, o a la porción de renta que no se haya podido pagar, sin que pueda compensar su pérdida con un incremento de las pensiones futuras en caso de mayor productividad de la finca¹²⁸⁰.

La solución no es la misma si las partes pactan el pago de la pensión en una determinada cantidad de un género sin más especificaciones, dada la conocida regla "*genus nunquam perit*". No obstante, si el género se delimita la obligación puede devenir imposible sobrevenidamente, liberando al deudor cuando la imposibilidad se produzca sin culpa suya. En estos casos de género limitado la obligación de realizar el concreto pago periódico se extingue, y el deudor queda liberado, aunque sigue obligado al pago de las futuras¹²⁸¹. El problema reside en determinar si el mero señalamiento de la finca de

proporcional de los frutos que produzca un fundo o bien, sino que debe ser una cantidad determinada, pues de lo contrario pierde lo que le es esencial, que debe recibirse igual en cada vencimiento, desnaturalizándose su finalidad: percibir la pensión fijada al vencimiento de cada plazo. Así lo afirma, también, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 49. VALSECCHI, EMILIO, "La rendita...", *cit.*, pág. 190, nota 3, por el contrario, afirma que debe consentirse que la renta consista en una cuota de productos, sea esta determinada o limitada a la producción del fundo transmitido, pues considera que la certeza e invariabilidad de la prestación son características esenciales de la renta perpetua, por su redimibilidad, pero no de la renta vitalicia. De hecho, para el autor el "vitalizio alimentare" es un claro ejemplo de renta vitalicia con prestaciones variables, aunque para nosotros es una figura completamente distinta al contrato de renta vitalicia, hoy prevista expresamente en el Código Civil.

¹²⁸⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 126 y 127.

¹²⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 127 y 128.

procedencia de los frutos que constituyen la renta es suficiente para considerar el género limitado.

Podría argumentarse que, dado el carácter personal de la obligación, la falta de productividad de la finca determinada exonera al deudor de pagar la renta con los frutos de esa finca, pero no de pagar la renta con otros bienes de análoga calidad, aunque provengan de otras fincas o de otros bienes¹²⁸². Tales posturas parten de la idea de que el carácter personal de la obligación de pago de la renta implica que ésta permanezca inmutable independientemente de la suerte que corra el bien, aunque devenga completamente estéril. No tenemos nada que objetar a la idea de que el carácter personal de la renta implica la absoluta independencia de la obligación de pago y la productividad del capital entregado, no quedando liberado el deudor ni con la destrucción de la finca ni con su abandono. Sin embargo, la exoneración de pago, en el supuesto de agotamiento de los frutos de la finca designada, en absoluto debe achacarse al carácter personal o real de la obligación, sino al expreso pacto de las partes al respecto, limitando el género de la obligación de pago de la renta.

En nuestra opinión, la obligación de pago de la renta es personal, no real, por lo que la productividad o improductividad de la finca es totalmente independiente a la obligación de pago de la misma. El deudor de la renta tiene que pagar la cantidad de renta fijada en el contrato, independientemente de que la finca produzca mucho o poco, incluso, aunque no produzca nada o se destruya¹²⁸³. Esto nada tiene que ver con el hecho de que las partes pacten que la renta tenga que pagarse con los frutos de un determinado bien. En este caso, si el bien no produce suficientes frutos para pagar la renta, el deudor queda exonerado del pago de aquella cuantía de renta que no pueda ser cubierta con los frutos del bien. No porque la obligación tenga carácter real, sino porque las partes convencionalmente limitaron el género en el que debía pagarse la renta, y tal género se extinguió sin culpa del deudor.

¹²⁸² Así lo afirma QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, págs. 1.761.

¹²⁸³ En este mismo sentido, la SAP de Sevilla, de 17 de diciembre de 1.996, tiene por puesta una cláusula de un contrato de renta vitalicia que faculta a la obligada al pago de la renta a variar su importe conforme disminuyan las rentas y beneficios de un negocio. La Sentencia afirma que dicha cláusula es incompatible con la naturaleza del contrato de renta vitalicia, porque la obligación de la deudora es de carácter personal y subsiste durante toda la vida del rentista, aunque los bienes entregados no rindan más tarde beneficio. Incide, además, en se está ante un contrato aleatorio en el que la causa del deber que pesa sobre la obligada no es el negocio y sus posibles vicisitudes, sino precisamente el capital percibido, pues la carga de la pensión no trae causa ni puede basar su aleatoriedad en las posibilidades económicas del obligado al pago de la renta o pensión, sino en haber percibido por entero el capital. Para finalizar, recuerda que la renta vitalicia de los artículos 1802 y ss. del Código Civil es un contrato aleatorio, cuya aleatoriedad depende exclusivamente de lo que dure la vida del pensionista.

La dificultad radica en interpretar la voluntad de las partes al formalizar el contrato¹²⁸⁴. Si no existe duda respecto a su voluntad de limitar la obligación de pagar la renta a los frutos producidos por un determinado bien, la obligación genérica se convierte en una obligación de género limitado, cuyo régimen jurídico coincide con el de las obligaciones específicas. En este caso, el deudor queda exonerado si el género limitado desaparece sin su culpa. Tal y como mantiene DIEZ-PICAZO, si se produce la delimitación del género basta con que la imposibilidad de la prestación se refiera a la fuente productiva, mientras que si la delimitación no existe, la imposibilidad tampoco se produce¹²⁸⁵.

En opinión de GUILARTE ZAPATERO, el criterio fundamental para determinar si el deudor debe completar la renta con los frutos que produzca otra finca distinta a la determinada en el contrato, cuando nada se pacte al respecto, reside en si se ha tenido en cuenta la especial calidad de los mismos, o si la determinación de tales frutos obedece a tratar de evitar las consecuencias de una alteración monetaria. Es decir, debe esclarecerse si se designaron como una simple referencia para determinar el valor de la renta, sin atender a sus especiales circunstancias de calidad, o si sus especiales circunstancias de calidad fueron determinantes en la formalización del contrato. El autor considera que si las partes tuvieron en cuenta la especial calidad de los frutos del bien fijado, por traducirse en un mayor valor económico respecto de otros del mismo género, el deudor queda parcialmente liberado si con la totalidad de los bienes producidos no puede completar la renta pactada y no ha mediado culpa suya. La solución, lógicamente, será la misma en el supuesto de improductividad total o destrucción del bien: el deudor queda liberado, temporal o indefinidamente, por imposibilidad sobrevenida¹²⁸⁶.

¹²⁸⁴ En el mismo sentido se pronuncia TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 72, quien afirma la posibilidad de que, por voluntad de las partes, el género en el que se pague la renta sufra limitaciones. Para el autor, determinar si las partes se refieren a un género limitado o ilimitado es una mera *quaestio voluntatis*, sin que pueda considerarse suficiente, para considerar limitada la obligación, que se haya ligado un fondo con la carga de una prestación de género. Comparte esta opinión ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 45 y 46.

¹²⁸⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5ª ed., Civitas, Madrid, 1.996, pág. 299.

¹²⁸⁶ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 425 y 426. En el mismo sentido se pronuncia ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.418 y 1.419, aunque hace referencia, exclusivamente, al criterio de la especial calidad de los frutos de la finca. La autora argumenta de manera impecable la imposibilidad de alegar el carácter aleatorio del contrato para obligar al deudor a asumir la falta de productividad del bien entregado. Señala que el deudor, de acuerdo con la naturaleza del contrato, debe asumir el riesgo derivado de la incierta duración de la vida módulo, pero la improductividad de los bienes objeto del capital se rige por las normas del Código Civil sobre el particular. Desde nuestro punto de vista, lógicamente, tal argumento debe dejarse a

El criterio del carácter preferente o excluyente de la fijación de los frutos que constituyen la renta nos parece el más adecuado para determinar si las partes han decidido limitar el género. La atención de los contratantes a la especial calidad de los frutos resulta la principal pista para establecer su carácter excluyente, cuando se pacte que los frutos provengan de una determinada finca sin establecer nada para el caso de que aquella no produzca o produzca cantidad insuficiente, y siempre que no pueda deducirse lo contrario del contrato. Atender a la especial calidad de los frutos parece lo más acertado porque si la obligación es personal, y no real, ninguna vinculación tiene la renta con la finca transmitida, suponiendo que sea ésta el origen de los frutos debidos. Y si esto es así, la única razón lógica para delimitar el género, salvo que otra cosa se exprese en el contrato o se derive del mismo, es la especial calidad de los frutos designados. Si la elección de los frutos no tiene origen en su calidad, lo lógico es entender que no se ha pretendido delimitar el género, sino simplificar el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso la falta de productividad de la finca señalada debe suplirse con otros frutos del mismo género¹²⁸⁷.

No parece posible, sin embargo, que la renta del contrato de renta vitalicia se identifique con una pensión alimenticia, entendiendo por tal aquella en la que se promete al acreedor todo lo necesario para cubrir sus necesidades durante toda su vida. Las razones para rechazar tal posibilidad son varias. En primer lugar, como ya se dijo, porque las rentas del contrato que nos ocupa han de ser determinadas, y no variables en función de las necesidades del acreedor¹²⁸⁸. Por otra parte, una pensión de tales

salvo de que las partes hagan un expreso pronunciamiento respecto a su voluntad de asumir el riesgo de la improductividad de los bienes o tal decisión se derive, tácitamente, de los términos del contrato. En la doctrina italiana VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 190, afirma que, cuando resulte que las partes han querido rigurosamente vincular la obligación de renta a un género limitado, si éste no existe o no hay suficiente producción, deviene una imposibilidad temporal o definitiva, según los casos, pero extintiva de la obligación del deudor, sea por una singular cuota (imposibilidad temporal), sea para la totalidad de la obligación (imposibilidad definitiva). El autor afirma que esta última eventualidad genera una anomalía en el esquema contractual, pues vincula el derecho de renta a las contingencias de la finca, atribuyéndole un carácter real extraño a su naturaleza personal.

¹²⁸⁷ En sentido parecido, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 190, considera que la indicación de la proveniencia de los frutos realizada por los contratantes debe entenderse como una preferencia, de manera que el deudor no queda exonerado de la prestación por esterilidad o destrucción del fundo.

¹²⁸⁸ También en la doctrina italiana se exige la determinación del objeto de la prestación en el contrato, aunque se permite su concreción posterior si los elementos necesarios para fijar el objeto resultan del propio título constitutivo. Así lo afirma DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, siendo perfectamente extrapolables tales conclusiones a nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 286, afirma, también, el carácter invariable de la prestación, sin que puedan afectarle las oscilaciones de los intereses del capital entregado o la productividad de la cosa entregada como contraprestación, que son indiferentes para el acreedor. Desde

características es la que caracteriza la prestación básica del denominado contrato de alimentos, con plena autonomía del contrato de renta vitalicia¹²⁸⁹. Esta prestación, a diferencia de la que nos ocupa, no es periódica, sino de tracto continuo, y no consiste fundamentalmente en un dar, sino más bien en un dar y hacer¹²⁹⁰.

Que la renta del contrato de renta vitalicia sea fija y determinada no excluye que puedan pactarse cláusulas de estabilización. Como en su momento veremos, es perfectamente posible, o así lo creemos nosotros, que las partes introduzcan cláusulas de estabilización para que la renta se adapte a las distintas depreciaciones monetarias, a la pérdida de valor adquisitivo del dinero¹²⁹¹. En tales casos, cuando las partes pactan dichas cláusulas de estabilización, la renta no es fija y determinada, sino que puede variar. Bien es cierto que tales variaciones de la renta en absoluto tienen nada que ver con las propias del contrato de alimentos. En realidad, mientras en el contrato de alimentos las variaciones de la renta obedecen a que la prestación es una deuda de valor, en la renta vitalicia tal variabilidad deriva del acuerdo de las partes, de la cláusula de estabilización pactada, aunque podría resultar de un acuerdo judicial en base a la equivalencia y equidad de las prestaciones¹²⁹².

2.1.2.- Alteraciones monetarias

Como ya apuntábamos es necesario preguntarse, dado el carácter continuado y periódico de la obligación, por las consecuencias que las alteraciones monetarias tienen en la misma cuando se haya pactado en dinero.

nuestro punto de vista no puede ser de otra forma, dado el carácter personal de la obligación de pagar la renta.

¹²⁸⁹ También en la doctrina italiana TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 71, entiende que la obligación de renta vitalicia se distingue de la propia del contrato de alimentos (*vitalizio alimentare*) en la variabilidad de esta última, que está en función de las necesidades del acreedor.

¹²⁹⁰ Comparte esta opinión BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 218.

¹²⁹¹ Comparten esta opinión los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.777, y ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.420. En la doctrina italiana ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 34, afirma que en el contrato de renta vitalicia, una vez determinado el objeto de la prestación, éste no es susceptible de variaciones unilaterales, ni siquiera cuando el paso del tiempo lo convierta en excesivamente oneroso para el deudor, salvo que las partes estipulen una modificación del contrato originario.

¹²⁹² En el mismo sentido se pronuncian BONET CORREA, JOSÉ, “La validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de renta vitalicia”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.961, pág. 519 y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 72, para quien la variación de la renta en los supuestos de cláusulas de estabilización no afecta a la esencia pecuniaria de la suma. En su opinión, se trata exclusivamente de una previsión de elevación de la misma, sin que la moneda deje de estar “*in obligatione*”, mientras en el contrato de alimentos está “*in solutione*”.

Debe tenerse en cuenta que en el contrato de renta vitalicia la obligación de pago de la renta supone el pago de una cantidad fija y determinada de dinero, a diferencia del contrato de alimentos, que implica el pago de una pensión alimenticia variable según las distintas necesidades del alimentista, configurándose como una deuda de valor¹²⁹³. Este carácter fijo e invariable de la renta puede perjudicar al alimentista, pues las alteraciones monetarias suelen reducir el poder adquisitivo de la renta pactada.

En España, como es bien sabido, rige el sistema nominalista, por lo que el deudor debe pagar la cantidad de dinero pactada, independientemente de que el valor adquisitivo de tal cantidad sea muy inferior al que tenía en el momento en que se pactó¹²⁹⁴. Tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, el sistema ofrece seguridad, estabilidad y fijeza, pero puede dar lugar a resultados injustos cuando la variación del valor del dinero o el poder adquisitivo de la moneda son muy bruscos e inesperados, más allá del riesgo previsible de cualquier contrato¹²⁹⁵. El sistema valorista es más justo, porque, tal y como afirma DIEZ PICAZO, mantiene mejor el principio de conmutatividad y de equivalencia de las prestaciones, aunque conlleva una mayor inseguridad en el tráfico jurídico, al generar continuas adaptaciones de cantidades que darían lugar a innumerables litigios¹²⁹⁶.

El sistema nominalista no introduce la adaptación de los términos del contrato a las nuevas circunstancias socioeconómicas, lo que resulta todavía más grave cuando el contrato tiene una finalidad asistencial, como ocurre en muchos casos con la renta vitalicia¹²⁹⁷. Ello, como se ha afirmado, puede llevar a que el sistema nominalista genere tanta inseguridad como el valorista, puesto que ningún valor positivo tiene el establecimiento de una obligación de tracto sucesivo en dinero, dada la casi segura desvalorización a la que se está expuesto¹²⁹⁸. Tal consecuencia es irrelevante en algunos contratos de renta vitalicia, porque si el capital entregado consiste en dinero o bienes

¹²⁹³ En el mismo sentido parece pronunciarse BONET CORREA, JOSÉ, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 1.253.

¹²⁹⁴ Así ocurre también en Italia, donde DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, afirma que, modificado el valor nominal de la moneda o la relación de valor entre los metales preciosos y el resto de las mercancías, los obligados deben atenerse al valor nominal actual, sin tener en cuenta la disminución o el aumento en relación con el valor nominal anterior o su valor intrínseco.

¹²⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 122.

¹²⁹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, págs. 261 y 262.

¹²⁹⁷ En este sentido, BONET CORREA, JOSÉ, en “La revalorización de las rentas vitalicias”, *Revista de Derecho Notarial*, 1960-I, pág. 236, afirma que, al concebirse la teoría nominalista para un estado de normalidad y equilibrio, cuando concurre un estado de anormalidad se produce una disociación entre el orden teórico y la vida real.

¹²⁹⁸ Es el caso de QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág.54.

muebles la disminución del valor afecta a las obligaciones de ambas partes, manteniéndose una cierta equivalencia entre las mismas a pesar de la depreciación. Sin embargo, cuando el capital está conformado por un bien inmueble, al menos hasta el momento, la tendencia es a un incremento exponencial de su valor, mientras disminuye el poder adquisitivo de la renta vitalicia pactada, generando importantes desequilibrios entre las prestaciones de las partes¹²⁹⁹.

Además, puede ocurrir que el constituyente se haya desprendido de la mayor parte de sus bienes para obtener una renta que le asegure una cierta calidad de vida hasta el final de sus días¹³⁰⁰. Por este motivo, no siendo posible la variación de la renta como consecuencia de la alteración del valor de la moneda, debemos buscar los distintos mecanismos que pueden corregir las injusticias del sistema nominalista, acercándolo al más equitativo sistema valorista.

Los remedios que existen para paliar las consecuencias negativas derivadas del sistema nominalista son, fundamentalmente, de dos tipos: legislativos y convencionales o negociales.

Los mecanismos legislativos, como su propio nombre indica, son aquellos que proceden del legislador, quien en un determinado momento decide ordenar la revalorización de ciertos créditos, actualizando prestaciones devaluadas¹³⁰¹. Aunque en nuestro país existen algunas normas que han tratado de paliar las consecuencias de una devaluación o de una inflación, ninguna de ellas se ha ocupado específicamente de las rentas vitalicias, ni permite la revisión de las deudas monetarias con carácter general¹³⁰².

Los mecanismos convencionales o negociales son aquellos que tienen su origen en la voluntad de quienes establecen relaciones jurídicas entre sí, y tratan de evitar las consecuencias de la devaluación monetaria. Son, por tanto, todos aquellos pactos o cláusulas que pretenden mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes de una relación jurídica.

¹²⁹⁹ Hace referencia, también, a la diferente trascendencia de la depreciación de las pensiones en los supuestos en los que el capital sea un bien mueble o inmueble, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 238.

¹³⁰⁰ Tal y como lo afirma, también, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 55.

¹³⁰¹ Así lo confirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 266.

¹³⁰² Hacen referencia a algunas de estas normas generales, como las denominadas Leyes de “bloqueo y suspensión” de 13 de octubre de 1.938 y de 1 de abril de 1.939, la Ley de desbloqueo de 7 de diciembre de 1.939... DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, págs. 266 y 267, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 124 y 125, este último recordando, también, la inexistencia de norma alguna de aplicación específica al contrato que nos ocupa.

Desde este mismo momento adelantamos que, como regla general, la mejor solución es la previsión contractual de las distintas circunstancias que pueden dar lugar a la variación de la renta, pues nuestro ordenamiento jurídico no contempla de manera expresa la posibilidad de aplicar mecanismos correctores al nominalismo. Además, el contrato de renta vitalicia no permite la variación de la cuantía de la renta según se modifiquen las necesidades del acreedor, pues la renta debe ser una cantidad fija y determinada, lo que impide su adaptación a las concretas necesidades del acreedor, sin que puedan paliarse por esta vía las injusticias de la devaluación monetaria.

Dado que nuestro ordenamiento jurídico no prevé mecanismos legislativos que permitan atenuar las consecuencias del nominalismo en el contrato de renta vitalicia, se estudiarán las vías más adecuadas para mitigar las consecuencias de la devaluación monetaria en los contratos de renta vitalicia: la cláusula *rebus sic stantibus* y las cláusulas de estabilización.

A) La cláusula *rebus sic stantibus*

El primer mecanismo corrector de las estridencias del nominalismo que viene a nuestra memoria es la conocida cláusula “*rebus sic stantibus*”. Este instrumento de corrección, en nuestro ordenamiento jurídico, no puede considerarse legislativo, pues no existe Ley alguna que lo prevea de manera expresa, y sólo puede considerarse convencional si atendemos a la tácita voluntad de las partes¹³⁰³. De hecho, suele afirmarse que la cláusula *rebus sic stantibus* se entiende implícita en los contratos duraderos o de tracto sucesivo, como tácitamente querida por los contratantes, y en su virtud, la relación contractual sólo tiene vigor si las cosas se mantienen como estaban al estipularse el contrato¹³⁰⁴.

En realidad, la tácita cláusula *rebus sic stantibus* no es sino una primera aproximación, basada en la interpretación de una tácita voluntad de las partes (y por ello, de carácter pretendidamente subjetivo), de una doctrina mucho más elaborada acerca de la alteración sustancial de las circunstancias y de la mitigación de la eficacia obligatoria del contrato. Sea sobre la idea de la “desaparición de la base del negocio”, sea bajo el prisma de la “excesiva

¹³⁰³ Tal y como afirma DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo blanch, Valencia, 2.003, págs. 64 y 65, el número de teorías formuladas sobre la materia es verdaderamente impresionante, y muchas de ellas entremezclan lo que puede ser el fundamento o justificación de la figura con su posible apoyo legal. De entre las principales teorías formuladas destacan, conforme manifiesta la autora en las págs. 65 y ss., la teoría de la presuposición de WINDSCHEID, la de la base del negocio de OERTMAN y después LARENZ, o la doctrina francesa de la imprevisión, aunque el interés preferente se centra en las dos primeras.

¹³⁰⁴ Así la define, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. II, pág. 271.

onerosidad de la prestación” (ésta última correlativa a una escasa utilidad para el acreedor), esta doctrina se basa en criterios objetivos y no en la (presunta y no declarada) voluntad de las partes.

En este sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ recuerda que se han ido abandonando las apreciaciones que atribuyen un sentido “subjetivo” al fundamento de la doctrina estudiada, y aparece como una constante, en los ordenamientos y Tribunales, la atribución de una base objetiva que posibilite su aplicación y aleje la excesiva inseguridad jurídica. No se trata de averiguar la posible voluntad de los contratantes, sino de justificar la posible revisión del contrato en términos objetivos que permitan garantizar una mayor seguridad para el tráfico jurídico y una visión equitativa del cumplimiento de los acuerdos. Ello no quiere decir que no se respete el contenido del contrato, sino que sólo de manera excepcional, y con unos presupuestos determinados, los Jueces pueden entrar en la relación contractual, determinando su revisión, cuando les sea solicitado por las partes en aplicación de la cláusula que nos ocupa. Esta justificación adquiere todavía mayor significación en ordenamientos, como el nuestro, que carecen de una regulación típica o detallada de la figura, por lo que las partes deben buscar argumentos precisos, que no puedan ser rechazados sin más por los Tribunales, para invocar la citada cláusula¹³⁰⁵.

El fundamento que se mantiene para la aplicación de la revisión, tanto tradicionalmente como en los textos más modernos, es la “buena fe” y “la equidad”, aunque “la doctrina de la causa y de la equivalencia contractual” también es una justificación clásica que puede encontrar acomodo en nuestro Código¹³⁰⁶. Sin embargo, el principio de la buena fe convence más como fundamento técnico jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que en virtud del artículo 1.258 CC integra el contenido del contrato, desplegando efectos jurídicos que no se pueden imputar directamente a la voluntad de las partes¹³⁰⁷.

Para algunos autores, nuestro sistema legislativo no permite la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, aunque se pretenda su aplicación al amparo de lo establecido en el artículo 1.258 CC, por lo que consideran que el mejor mecanismo para paliar las consecuencias de la

¹³⁰⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *La cláusula...*, cit., págs. 123 y 124.

¹³⁰⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *La cláusula...*, cit., pág. 125.

¹³⁰⁷ Así lo mantiene, también, MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ M^a, *La alteración de las circunstancias contractuales. Una análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, págs. 80 y 81.

desvalorización monetaria es la previsión de las partes, mediante las denominadas cláusulas de estabilización monetaria¹³⁰⁸.

Lo cierto es que el Código Civil español no regula la cláusula *rebus sic stantibus*. Nuestro Tribunal Supremo, en un primer momento rechazó su aplicación a las distintas relaciones jurídicas; sin embargo la admite con posterioridad, siempre que se den determinados requisitos que han sido recogidos por la doctrina¹³⁰⁹. Tales requisitos pueden resumirse en los siguientes¹³¹⁰:

¹³⁰⁸ Tal es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 125 y 126.

¹³⁰⁹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, pág. 319, afirma que desde la importante STS de 13 de junio de 1.944, en la que se aplica la cláusula, cambian las argumentaciones de Tribunal. El insigne autor considera que desde entonces la principal preocupación se centra en afirmar la cautela con la que debe procederse respecto de la misma, para conservar el principio de seguridad en el tráfico, y en señalar las circunstancias excepcionales que permiten su actuación.

¹³¹⁰ Recogen estos requisitos, además de DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio...*, *cit.*, pág. 319, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 271, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 57 y 58, y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *La cláusula...*, *cit.*, págs. 226 y ss. Por otra parte, en STS de 15 de noviembre del 2000, el Tribunal Supremo afirma que “*La jurisprudencia de esta Sala —ad exemplum—, sentencias de 27 de enero de 1981, 27 de junio de 1984, 13 de marzo y 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992, 4 de febrero y 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero, 29 de mayo y 19 de junio de 1996, 10 de febrero y 23 de junio de 1997— señala como conclusiones: A) Que dicha cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida. B) Que no obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales. C) Pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela. D) Que su admisión precisa: a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones y c) Que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.*”. Por su parte, la STS de 22 de abril de 2.004 establece: “*En cuanto a la aplicación o no al caso de la cláusula rebus sic stantibus, dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que «la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula rebus sic stantibus como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula rebus sic stantibus no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) En cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones»; doctrina que se mantiene en posteriores resoluciones de esta Sala —sentencias, entre otras, de*

1º.- Alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de concluirse el contrato y en el de su cumplimiento.

2º.- Existencia de una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que aniquile el equilibrio de las prestaciones y, por tanto, el contrato.

3º.- Que todo lo anterior tenga lugar como consecuencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

4.- Que no exista otro mecanismo para paliar el perjuicio derivado de tal alteración de las prestaciones.

Tal y como afirma DIEZ PICAZO, la doctrina de la cláusula que nos ocupa no contempla de manera específica las alteraciones que en los contratos genera la devaluación de la moneda, pues versa sobre modificaciones extraordinarias y sobrevenidas de las circunstancias del contrato. De hecho, sigue argumentando el autor, para que una devaluación monetaria pueda poner en funcionamiento la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser imprevisible, no formar parte del *alea* normal de los contratos de ejecución diferida, e incidir en el contrato de manera tal que el equilibrio de las prestaciones desaparezca¹³¹¹.

Entendemos que no son trasladables a nuestro ordenamiento jurídico común las disquisiciones que sí han tenido lugar en el italiano, respecto a si la doctrina de la clausula *rebus sic stantibus* es aplicable a los contratos aleatorios y, en concreto, al contrato de renta vitalicia¹³¹². En nuestro ordenamiento

29 de mayo de 1996 , 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000 , 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003 –”.

¹³¹¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. II, pág.271.

¹³¹² Así, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, cit., pág. 1.116, afirma la inaplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato de renta vitalicia por su carácter aleatorio. La doctrina italiana posterior al Código Civil de 1.942 trata de solventar los problemas derivados del nominalismo mediante la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida. TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, cit., págs. 139, 140 y 141, afirma que en la actualidad la excesiva onerosidad asume otro aspecto. Ya no se trata de la desproporción entre ventaja y sacrificio que deriva de la mayor o menor duración de la vida contemplada, porque la depreciación de la moneda, a menudo, convierte en irrisoria la prestación periódica del acreedor. La causa de este desequilibrio no deriva del *alea* propia del contrato, sino de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, de elementos extrínsecos al contrato que han incidido en el poder adquisitivo de la moneda. Para el autor la causa de tal desproporción deriva del *alea* genérica propia de cualquier contrato, para cuya elusión se creó el remedio de la acción por onerosidad sobrevenida. Puesto que el riesgo inherente a la estructura del contrato de renta vitalicia es distinto al derivado de acontecimientos extraordinarios, debería admitirse la resolución del contrato. Si bien, reconoce el propio autor, se alegrará de contrario la exclusión radical de la resolución a los contratos aleatorios por el artículo 1.469 Codice de 1.942, dada la condena a la

jurídico no existe norma alguna que impida la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos aleatorios ni, por supuesto, a la renta vitalicia¹³¹³. La única exigencia para la aplicabilidad de tal doctrina es el cumplimiento de los requisitos vistos. Si se cumplen, es indiferente que el contrato sea aleatorio o conmutativo, siempre que el riesgo de la devaluación monetaria no haya sido objeto del mismo¹³¹⁴. Es evidente que, por muy aleatorio que sea el contrato de renta vitalicia, su *alea* sólo hace referencia a la duración de la vida contemplada y a las consecuencias que tal duración pueda tener en la entidad de las prestaciones de las partes¹³¹⁵. Este *alea* nada tiene

incertidumbre del resultado inherente a ellos. No obstante, el autor entiende que nada impide a las partes pactar una cláusula que admita la resolución por excesiva onerosidad cuando se den tales eventos extraordinarios e imprevisibles ajenos al *alea* propia del contrato. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 178 y 179, pone de manifiesto que las tentativas de la doctrina para superar los obstáculos derivados del principio nominalístico fueron muy numerosos. Afirma que se cree encontrar una solución a la devaluación de la renta por la depreciación de la moneda con el recurso a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, regulada en el artículo 1.467 Codice de 1.942. A quienes objetan que el precepto no es aplicable por ser el contrato aleatorio, se replica que el artículo 1.469 excluye el remedio de la resolución por excesiva onerosidad cuando ésta entra en el *alea* típica del negocio, que en el contrato de renta vitalicia se reduce a la mayor o menor duración de la vida contemplada, pero no cuando el desequilibrio entre las prestaciones es consecuencia de eventos extraños al contrato, como en los casos de devaluación monetaria. Si bien, posteriormente, un argumento que se considera decisivo es opuesto por los defensores de la tesis más restrictiva, la imposibilidad de invocar la resolución por excesiva onerosidad por estar la prestación ya cumplida y privada del carácter de continuidad que constituye el presupuesto de la onerosidad sobrevenida. Por ello, el autor considera que el remedio más eficaz contra las consecuencias de la devaluación monetaria es la cláusula de garantía monetaria, por la que las partes prevén el riesgo de la devaluación y un parámetro de revalorización de la renta.

¹³¹³ En el ordenamiento jurídico italiano sí. El artículo 1.467 CC italiano de 1.942 permite a las partes en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida solicitar la resolución del contrato si una de las prestaciones se hace excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, siempre que la onerosidad sobrevenida exceda el *alea* normal del contrato. El artículo 1.469 del citado Código, sin embargo, excepciona tal posibilidad en los supuestos de contratos aleatorios por naturaleza o por voluntad de las partes.

¹³¹⁴ En este mismo sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *La cláusula...*, *cit.*, pág. 241, afirma que el planteamiento de la cuestión en términos adecuados no trata de excluir la aplicación de la cláusula a los contratos aleatorios como tales, sino analizar si las circunstancias sobrevenidas afectan a la aleatoriedad propia del mismo. Si es así, el contrato debe cumplirse, a tenor de lo pactado, sin posibilidad de revisión; pero si lo acontecido afecta a otros aspectos de la obligación no expuestos al riesgo propio del contrato, sí puede aplicarse la cláusula.

¹³¹⁵ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 61, considera que la cláusula *rebus sic stantibus* es aplicable a la renta vitalicia, porque el motivo determinante de su constitución no está tanto en la asunción del riesgo como en garantizarse una renta para sí o para tercera persona. Además, afirma que el evento incierto no es más que un supuesto para la cesación de los efectos derivados de la situación de renta, y que en la renta vitalicia hay que desconectar la aleatoriedad de la asunción del riesgo. Para el autor, la vida humana sólo es el módulo para la determinación de la cesación de la situación jurídica de renta.

que ver con la devaluación monetaria, por lo que ningún motivo existe para excluir al contrato de la doctrina de la cláusula ya que, a diferencia del ordenamiento italiano, ninguna norma prevé tal exclusión¹³¹⁶.

No obstante, la STS de 23 de noviembre de 1.962 considera ajustada a Derecho una resolución judicial que aplica la cláusula *rebus sic stantibus* a una renta vitalicia concedida en pago de una cuota viudal, aunque la STS de 19 de enero de 1.957 había rechazado la posibilidad de aplicar la cláusula al contrato de renta vitalicia por su carácter aleatorio¹³¹⁷. El mismo criterio sigue la SAP de Sevilla de 11 de febrero de 1.992, para la que “*Es la peculiar inmanencia del contrato de renta vitalicia, su específica y característica entidad, la que, a prima visu, rechaza, por inoportuna, la adaptación de la doctrina referida. No es bastante aducir el carácter oneroso del contrato de renta vitalicia para abogar con éxito por la obligada aplicación de tal doctrina, porque es precisamente el «alea» especial que le informa la que hace no sólo dificultoso sino inadecuado entender sobreentendida una cláusula que, de aplicarse, vendría a desnaturalizarlo*” Además afirma que “*...Para cerrar esta fundamentación nada mejor que traer a colación la afirmación jurisprudencial que, en términos que no licencian la duda, ha sentado la inaplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos de rentas vitalicias*”, aunque no menciona una sola Sentencia al respecto.

En realidad, a pesar de la tesis mantenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, entendemos que la falta de aplicación de la cláusula no se debe al carácter aleatorio del contrato, sino a la inexistencia de los requisitos necesarios para su aplicación. En el supuesto de hecho contemplado por la resolución se constituye un contrato de renta vitalicia en el que el deudor de la renta recibe, a cambio de tal obligación, una industria de fabricación de muebles con las herramientas y útiles de trabajo que existían en la misma. El demandado, deudor de la renta vitalicia, intenta librarse del

¹³¹⁶ Comparte esta opinión POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.836, pues afirma que el *alea* del contrato de renta vitalicia afecta a la duración del contrato, pero no a la depreciación monetaria, por lo que entiende que no existe motivo para no aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Cita en contra de tal opinión la STS de 19 de octubre de 1.976, aunque, como señala el autor, no argumenta las causas de tal imposibilidad.

¹³¹⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 428 y 429, deja constancia de que el Tribunal confirma la Sentencia que aplicaba la cláusula, pero afirmando, en el considerando segundo, que la aplicación de la doctrina no es adecuada, aunque sí ajustado a Derecho el fallo que contiene. Por ese motivo revisa la renta, pero no en virtud de la cláusula, sino en virtud del principio de buena fe del que deriva el principio de reciprocidad de las prestaciones. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.420, confirma que el Tribunal Supremo en ciertas ocasiones, como en las SSTS de 19 de enero de 1.957 y de 18 de octubre de 1.976, excluye la posibilidad de aplicar la *clausula rebus sic stantibus* al contrato de renta vitalicia. Si bien, afirma que tal inaplicabilidad es admisible cuando la desproporción de las prestaciones de las partes sea consecuencia del riesgo asumido por ellas al celebrar el contrato, pero no cuando tenga su origen en circunstancias ajenas a lo querido y previsto por los interesados.

pago de la renta alegando la pérdida del negocio y la existencia de posibles circunstancias sobrevenidas (declive económico, enfermedad, prestación mensual por incapacidad permanente...) Para la Sala la cláusula *rebus sic stantibus* es inaplicable al contrato, y lo mismo da acentuar la argumentación en la pérdida del negocio o en la existencia de circunstancias sobrevenidas, porque la considera inaplicable como consecuencia del *alea*. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el verdadero motivo es que ninguna de las causas alegadas por el deudor cumple los requisitos exigidos para su actuación: alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de concluirse el contrato, desproporción exorbitante entre las prestaciones, ni circunstancias radicalmente imprevisibles¹³¹⁸.

En efecto, no ha lugar a la aplicación de la cláusula porque no se dan las circunstancias necesarias para ello, y lo que el deudor quiere es librarse de una prestación periódica aleatoria que ha devenido excesivamente onerosa como consecuencia de su propio *alea*. Aquí sí tiene razón la Sentencia al afirmar que “...es el *alea sui generis* del contrato el que hace que, tratándose de una obligación que comporta un cumplimiento de tracto sucesivo, venga sometida al albur de cesar en el pago por fallecimiento temprano de las personas sobre las que la renta se constituya o de tener que continuar su cumplimiento no obstante haberse dado la pérdida del bien transmitido o la aparición de circunstancias gravosas o perjudiciales”. Pero este *alea* nada tiene que ver con las circunstancias que permiten aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, que es indudablemente aplicable al contrato de renta vitalicia cuando se cumplen los requisitos exigidos.

B) Las cláusulas de estabilización

El segundo mecanismo corrector de la rigidez del sistema nominalista al que suele hacerse referencia son las cláusulas de estabilización o valoración¹³¹⁹. Debe tenerse en cuenta que el carácter extraordinario e imprevisible de las circunstancias que permiten la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* impide su utilización en la mayor parte de las ocasiones, es decir, en aquellas devaluaciones monetarias de importancia menor. Esta circunstancia, unida a las disquisiciones sobre su aplicabilidad a los contratos

¹³¹⁸ Apreciaciones similares pueden hacerse respecto de la STS de 1 de julio de 1.969, citada por ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.420. Tal y como afirma la autora, la Sentencia niega la aplicación de la cláusula a un contrato de renta vitalicia no por su carácter aleatorio, sino porque el hecho de que la actora mejore de fortuna y deje de necesitar la renta no implica que no tenga derecho a reclamarla, pues no conlleva cambio alguno en las recíprocas prestaciones ni destrucción del equilibrio entre las mismas, requisitos imprescindibles para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹³¹⁹ Para QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 63, con razón desde nuestro punto de vista, resulta más adecuado hablar de cláusulas de estabilización que de cláusulas de valorización, porque esta última denominación lleva a pensar sólo en incrementos, lo que no es propiamente su función, que radica en la adecuación del objeto del negocio a la realidad.

aleatorios, nos llevan a buscar remedios más factibles e idóneos para el problema que nos ocupa. De hecho, como ya se ha mencionado, BELTRÁN DE HEREDIA llega a afirmar que el único procedimiento para tratar de evitar las consecuencias de la desvalorización monetaria es la previsión convencional, a través de las cláusulas de estabilización¹³²⁰.

Las cláusulas de estabilización son todos aquellos pactos que las propias partes establecen para tratar de evitar las consecuencias negativas que la devaluación monetaria y el sistema nominalista pueden acarrear en sus mutuas relaciones, concretamente en aquellas obligaciones monetarias duraderas de carácter periódico. Las cláusulas de estabilización, por tanto, parten de la voluntad de las partes y pretenden mantener el poder adquisitivo del acreedor de la renta durante todo el tiempo que se mantenga la relación¹³²¹.

Han existido voces en contra de la validez de estas cláusulas, con base en la idea de que son contrarias al orden público económico, ya que sólo el Estado puede establecer el valor del dinero¹³²². Sin embargo, compartimos aquellas opiniones que no las consideran contrarias a la ley, a la moral y al orden público, si son bien utilizadas, sino convenientes y admisibles¹³²³. Frente a las posturas anteriores, desde este punto de vista se afirma que buscan prever en las relaciones entre particulares las consecuencias de la inflación ya producida, constituyendo una medida contra la misma, sin sustraer al Estado la posibilidad de fijar el valor de la moneda¹³²⁴.

¹³²⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 125 y 126.

¹³²¹ En el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 63, entiende que la finalidad de estas cláusulas es “tratar que la prestación que consiste en dinero represente en el momento del pago el mismo valor que dicha suma tenía en el momento de constituirse la obligación en relación con su poder adquisitivo”.

¹³²² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 268, expone las causas de las opiniones en contra de la validez de estas cláusulas, señalando junto a la mencionada en el texto que, “en un régimen monetario y de precios controlados por el estado, no se puede admitir la licitud de una cláusula a través de la cual se consigue que la prestación se mida de acuerdo con una unidad de medida que no tiene nada que ver con la medida sobre la cual se establecen los niveles de los precios anteriores”. BONET CORREA, JOSÉ, “La validez...”, *cit.*, págs. 515 y 516, también pone de manifiesto como un grupo de autores afirma la nulidad e ineficacia de las cláusulas de estabilización con base en su oposición a las leyes de orden público, como las de curso forzoso del papel-moneda, y al bloqueo de precios en determinados contratos.

¹³²³ Tal es el caso, por ejemplo, de QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 63.

¹³²⁴ Así lo expone DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 268. En sentido muy similar, BONET CORREA, JOSÉ, “La validez...”, *cit.*, pág. 516, afirma que existe un sector doctrinal que defiende la eficacia y validez de estas cláusulas en base a que no afectan al orden público, representan un exponente del principio de autonomía de la voluntad, prestigian el crédito y son útiles, dada la estabilización que implican sin contrariar la legislación española.

En nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del francés o del italiano, no existe Ley alguna que prevea la posibilidad de revalorizar las rentas vitalicias¹³²⁵. Precisamente por ese motivo la única vía para conseguir tal finalidad es su previsión expresa por las partes contratantes. Aunque nuestro legislador no haya previsto la revalorización *ex lege* de las rentas vitalicias, es bien cierto que tampoco establece regla alguna que la impida. Por ese motivo, si las partes deciden pactar cláusulas de revalorización, y efectivamente lo hacen, no creemos que exista motivo alguno para negar su eficacia¹³²⁶.

En este mismo sentido parece pronunciarse BONET CORREA, quien considera las cláusulas de estabilización como remedios procedentes

¹³²⁵ En Francia se dictaron dos leyes fundamentales dirigidas a obtener el reajuste económico de las rentas vitalicias. La Ley de 25 de marzo de 1.949, cuya idea central es la equivalencia de las prestaciones, teniendo en cuenta la naturaleza del capital entregado por el acreedor de la renta vitalicia. Esta Ley permite la revisión del contrato si el capital viene constituido por bienes corporales de valor revisable según el tenor de su plusvalía, si viene constituido por valores mobiliarios que aumentan su valor y si se trata de una suma de dinero que incrementa su valor. Posteriormente, una Ley de 24 de mayo de 1.951 reconoce la revalorización de las rentas vitalicias constituidas a cambio de un capital o bien inmueble. En Italia se promulga la Ley de 24 de febrero de 1.953 para la revalorización de las rentas vitalicias consistentes en una cantidad de dinero, cuya razón de ser, según suele mantener la doctrina italiana, radica en la prohibición de la resolución por excesiva onerosidad, incluso derivada de acontecer imprevisto, en los contratos aleatorios. La legislación italiana sólo prevé la revalorización de las rentas cuyo capital está constituido por bienes inmuebles, al considerar que en aquellas cuyo capital está conformado por bienes muebles o dinero la prestación recibida por el deudor de la renta también se devalúa. La de dinero por motivos evidentes, y la constituida por bienes muebles porque éstos se venden recibiendo dinero a cambio. Así lo afirma TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 141 y 142. Citan estas leyes, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 123 y 124 y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 64 y 65. Por su parte, BONET CORREA, JOSÉ, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 1.254, hace referencia a que la Republica Federal de Alemania permite la revalorización de las rentas vitalicias en base al parágrafo 242 del BGB y al parágrafo 3 de la Ley monetaria.

¹³²⁶ La SAP de Guipúzcoa, de 30 de septiembre de 2004, ni siquiera se plantea la validez de una cláusula de actualización, pactada en el contrato, por la que la rentista renunciaba a la actualización hasta que la considerara necesaria. Así, la Sentencia afirma “...con el propio documento núm. 1 de la demanda -origen de la renta vitalicia de autos y que contempla la actualización anual de la misma-, se evidencia que la intención de la actora, al tiempo de suscribir el indicado documento núm. 6, era la de establecer la posibilidad de no percibir los incrementos procedentes en aplicación del I.P.C. hasta que se viera necesitada a ello -de hecho vuelven a ser renunciados en los presentes autos- pero, en modo alguno, que llegado el momento de necesidad y contrariamente al sentido y finalidad de la cláusula de actualización del documento núm. 1 de la demanda, la revisión de su renta vitalicia no pudiera llevarse a cabo sobre la cuantía fijada por primera vez en 1.979 y, en consecuencia, sobre sus sucesivas actualizaciones?”. En el mismo sentido la SAP de Burgos, de 20 de marzo de 2001, admite la validez de una cláusula de estabilización conforme al IPC, pactada en el propio contrato, sin perjuicio de que sea necesario el previo requerimiento o notificación del aumento. Para la resolución, dados los términos condicionales y no imperativos de la cláusula, las partes sólo establecen la posibilidad de revisar la renta, por lo que es necesario el previo requerimiento de actualización.

del campo privado que tratan de solventar los problemas derivados de la depreciación monetaria, por lo que, al no existir normas generales o especiales que las prohíban explícitamente, no puede invocarse el principio nominalista como de carácter imperativo y de orden público¹³²⁷.

También el Tribunal Supremo admite la validez de las cláusulas de estabilización, aunque no son muy numerosas las veces que se ha pronunciado en torno a la cuestión¹³²⁸. Siguiendo en este punto a DIEZ PICAZO, cabe afirmar que el Tribunal Supremo admite la validez de las cláusulas de estabilización de valor. Tales cláusulas determinan la cuantía de la prestación estableciendo una relación entre la suma de dinero objeto de la obligación y el precio o valor de determinadas mercancías o índices, quedando las partes obligadas a ajustar la prestación dineraria de acuerdo con tales índices. Niega, sin embargo, la validez de aquellas cláusulas que pretenden sustituir el pago en la moneda nacional por otro signo diferente, como el oro, la plata o moneda extranjera¹³²⁹.

Nuestro Tribunal Supremo acepta la posibilidad de que las partes pacten una cláusula de estabilización en un contrato de renta vitalicia en la STS 31 de octubre de 1960, lo que indica la validez de tales cláusulas, al amparo de la libertad contractual, en este tipo de contratos¹³³⁰. El Tribunal fundamenta la admisión de las citadas cláusulas con los siguientes

¹³²⁷ BONET CORREA, JOSÉ, “La validez...”, *cit.*, pág. 526.

¹³²⁸ Así lo afirma DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 270, quien cita numerosas Sentencias al respecto, confirmadas, además, por QUINONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 63 y 64. Así, por ejemplo, se citan las SSTs de 2 de marzo de 1943, 4 de junio de 1.944, 26 de febrero de 1945, 12 de marzo de 1946, 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948, 9 de enero de 1950, 11 de mayo de 1.951, 28 de noviembre de 1961, 31 de diciembre de 1962.

¹³²⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, *cit.*, vol. II, pág. 270, fundamenta la admisión de las cláusulas de estabilización de valor en la STS 31 de octubre de 1960, donde el Tribunal Supremo afirma su validez porque con ellas no se niega el valor liberatorio de los billetes o de la moneda como medio legal de pago, sino que se determina la cantidad de monedas o billetes necesarios para cumplir la obligación, lo que las justifica plenamente. Para negar la validez de las cláusulas de pago en oro, plata o moneda extranjera cita la STS 22 de diciembre de 1961, que declara nulo un pacto en virtud del cual se obliga a la devolución de una determinada suma prestada en oro o plata, con exclusión de cualquier tipo de papel que la sustituya, por vulnerar las disposiciones sobre el curso forzoso de papel moneda.

¹³³⁰ En la STS de 11 de julio de 1.997, sin plantearse su validez en el contrato que nos ocupa, admite una cláusula de estabilización conforme al IPC expresamente pactada, estableciendo que la base sobre la que debe actualizarse la renta no es la inicial, sino la renta ya actualizada, porque así se deriva de los propios términos del pacto. Por otra parte, niega la necesidad de notificar cada aumento de renta al pagador de la misma, porque ni la cláusula, ni el contrato, ni norma legal alguna exigen la notificación de cada aumento, sino todo lo contrario. En opinión de la resolución, producido el incremento y acreditado por el Instituto Nacional de Estadística, el aumento es «ipso iure» y de inmediata aplicación, sin que se precise el concurso del deudor.

argumentos: “...aparte de la discusión doctrinal que puede suscitar y el diferente criterio que en Derecho comparado motiva, en el nuestro está expresamente reconocida en varias Sentencias de esta Sala, como las de 29 de abril y 23 de noviembre de 1946, 9 de marzo de 1947, 9 de enero de 1950 y 28 de noviembre de 1957 y ello porque no contradice ley alguna ni va contra la circulación forzosa del billete, medio legal de pago de cantidades dinerarias, aspecto que podría afectar al orden público en calificadas circunstancias aquí no concurrentes, sino que, cómo simple rectificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, que en casos como el presente está perfectamente justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión como único medio de vida, prevén las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgarse el contrato que les ponga al abrigo de la miseria, pues ambas partes contendientes afirman que carecen de otros medios para su subsistencia, una, al formular su demanda, y la recurrente expresamente al solicitar en instancia, cómo lo logró, la retención de las cantidades por aquella reclamadas, por lo que tal previsión al lado de su justificación legal, se ampara de la moral, todo ello convenido de mutuo acuerdo entre los contratantes, protegidos por el principio admitido por la jurisprudencia «pacta sunt servanda» y el precepto contenido en el artículo 1255 del Código Civil”.

Por tanto, la decisión de dar validez a la cláusula radica en el hecho de que la renta era el medio de vida de los beneficiarios y en el artículo 1.255 CC. Si bien, desde nuestro punto de vista no cabe duda de que su admisión debe fundamentarse principalmente en el principio de autonomía de la voluntad, aunque tenga influencia el de equidad¹³³¹.

Para BONET CORREA las bases normativas por las que el Tribunal Supremo admite la cláusula de estabilización en la Sentencia que comentamos son varias¹³³². En primer lugar, la inexistencia de norma alguna que lo prohíba; de hecho, considera que son reconocidas implícitamente por otras normas del ordenamiento jurídico¹³³³. En segundo lugar, se admite porque las cláusulas de estabilización, como ya se afirmó, no van en contra de lo establecido en las leyes de circulación forzosa de la moneda, dado que no suprimen el pago en moneda papel de curso legal. Las citadas cláusulas sólo

¹³³¹ Comenta la Sentencia plasmada en el texto, BONET CORREA, JOSÉ, “La validez...”, *cit.*, quien, en la pág. 519, afirma que al aplicar un criterio valorista se acentúa el aspecto alimentario de la deuda, lo que puede inducir a confundirla con el, entonces, contrato vitalicio. Para el autor se ha preferido justificar la cláusula de estabilización en un principio de equidad, aunque no se manifieste de manera expresa en la Sentencia, al reconocerse la inflación imperante y la afección que supone a la economía de los dos actores pensionistas. También hace referencia a la Sentencia QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 67. El autor comparte la opinión de que el fundamento de la Sentencia está en el principio de autonomía de la voluntad y en principios de equidad.

¹³³² BONET CORREA, JOSÉ, “Los contratos...”, *cit.*, págs. 1.256 a 1.259.

¹³³³ BONET CORREA, JOSÉ, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 1.257. El autor cita, concretamente, el artículo 219 del Reglamento hipotecario de 1.959, el artículo 100 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1.964, que admite otro sistema de actualización pactado de la renta, y el artículo 3 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1.942.

pretenden actualizar conforme al nuevo poder adquisitivo del dinero las rentas o pensiones inicialmente pactadas, lo que en principio es perfectamente lícito. Por último, su admisibilidad radica en que son meros pactos rectificadores del nominalismo, que se limitan a tomar en cuenta el valor adquisitivo del dinero.

El autor considera que el Tribunal Supremo, al afirmar que son meros pactos rectificadores del nominalismo, asume, *sensu contrario*, que el principio nominalista es un principio general del ordenamiento jurídico susceptible de ser excepcionado por las partes. Por último, señala que la Sentencia matiza el carácter alimentario o asistencial de la renta vitalicia al referirse a ella como el único medio de vida para los rentistas que, al resultar disminuida por la depreciación monetaria, deja de asegurar su sustento. De esta manera, entiende que tal faceta vital y genuina de la renta vitalicia sería suficiente para derogar los efectos del principio nominalista. Sin embargo, desde nuestro punto de vista es necesaria la previsión expresa de la cláusula de estabilización para que un Tribunal establezca la revalorización de la renta, aunque pudiera considerarse deseable lo contrario.

No puede alegarse en contra de la posibilidad de pactar cláusulas de estabilización en el contrato de renta vitalicia su carácter aleatorio¹³³⁴. Exactamente las mismas argumentaciones que expusimos con ocasión de la defensa de la posibilidad de aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato que nos ocupa son válidas para defender la validez de las cláusulas de estabilización. Las partes al formalizar el contrato de renta vitalicia aceptan un *alea* ínsita al mismo: el incierto resultado final del contrato, de la obligación de pagar la renta, como consecuencia de la incierta duración de la vida módulo. En absoluto aceptan las partes, por muy aleatorio que sea el contrato, la alteración de las circunstancias inicialmente pactadas y queridas por ellas como consecuencia de la depreciación monetaria¹³³⁵. Como ya de dije, el *alea* inherente al contrato de renta vitalicia es el que deriva de la incierta duración del contrato, es el único *alea* que es esencial al mismo y el único que aceptan y quieren las partes, salvo que hagan una declaración expresa en contrario. Por este motivo, es perfectamente posible que las partes

¹³³⁴ Comparte esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.761, para quien las cláusulas de estabilización no van en detrimento de su aleatoriedad, pues el contrato implica un riesgo que no consiste en la devaluación monetaria, sino en la mayor o menor ganancia en función de la duración de la vida módulo.

¹³³⁵ También defiende la posibilidad de pactar cláusulas de estabilización en el contrato, por considerar que no se oponen a su carácter aleatorio, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.420. La autora entiende que una cosa es que las partes desconozcan la duración de la relación y el número de rentas a pagar, y otra que como consecuencia de la depreciación se produzca una alteración de los valores inicialmente pactados, destruyéndose para los rentistas la base económica-patrimonial de la relación jurídica.

pacten cláusulas de estabilización en un contrato de renta vitalicia sin que éstas afecten a su carácter aleatorio¹³³⁶.

Resume todos los argumentos que hemos citado a favor de la admisibilidad de las cláusulas de estabilización en el contrato de renta vitalicia BADENAS CARPIO, quien afirma con razón que la doctrina es prácticamente unánime en admitir su conveniencia apoyándose en los siguientes argumentos¹³³⁷:

1.- La no vulneración del principio nominalista por las cláusulas de estabilización. En realidad, habría que admitir que sí lo vulneran, pero que es un principio general del ordenamiento jurídico susceptible de ser excepcionado por las partes.

2.- Que tales cláusulas respetan la seguridad jurídica, pues son libremente pactadas por las partes, suponiendo un riesgo mutuo y voluntariamente aceptado por ellas.

3.- Su admisión tiene por base el principio de autonomía de la voluntad y no suponen conculcación alguna al *ius cogens*.

4.- Evitan la ruptura del equilibrio contractual y los inconvenientes de la depreciación monetaria.

5.- Mantienen la proporcionalidad de las prestaciones derivadas del contrato durante todo el tiempo de duración del mismo.

6.- El carácter casi siempre asistencial de la renta vitalicia. Aunque desde nuestro punto de vista este es un motivo secundario, pues exista o no carácter asistencial es perfectamente posible pactar una cláusula de estabilización en virtud de la autonomía de la voluntad.

¹³³⁶ En este mismo sentido la SAP de Vizcaya, de 22 de febrero de 2002 afirma: “*nada se opone al establecimiento de cláusulas de estabilización de la pensión cuando ésta se ha pactado en dinero, dado que tal circunstancia, unida a su carácter de prestación periódica y duradera, la hace particularmente sensible a las consecuencias de la alteración monetaria, lo que puede hacer aconsejable que los interesados acudan previsoramente al establecimiento de mecanismos que contrarresten los efectos del principio nominalista que nuestro Código Civil sanciona respecto de las deudas de dinero, nada se opone a que dicha cláusula de estabilización se defina y concierte, en base al principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, en las condiciones que configuran la de autos, que en modo alguno desnaturalizan el contrato, puesto que el riesgo de las partes se mantiene en los términos que le son propios, pretendiéndose un sano y equitativo equilibrio entre los intereses de aquéllas, y todo ello sin que el juego de la cláusula contradiga la necesaria determinación de la renta o conlleve, dado que tan sólo posibilita su equitativo incremento, su anulación o reducción*”.

¹³³⁷ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., págs 239 y 240. Por nuestra parte tomamos como base los argumentos de la doctrina expuestos por el autor para adaptarlos a la exposición que hemos realizado.

7.- La inclusión de las citadas cláusulas supone limitar el *alea* del contrato a la verdaderamente querida por las mismas, pues el contrato de renta vitalicia es aleatorio, pero *alea* que consienten las partes al formalizarlo en absoluto hace referencia a las alteraciones monetarias, sino a la mayor o menor duración de la vida contemplada.

8.- Precisamente por el motivo citado inmediatamente antes la inclusión de las cláusulas de estabilización no desnaturaliza la esencia del contrato de renta vitalicia, porque su *alea* no hace referencia al riesgo que tales pactos controlan.

9.- La inexistencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de norma alguna que prohíba la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de las cláusulas de estabilización a la renta vitalicia, o a las relaciones jurídicas en general.

2.2.- LAS OBLIGACIONES DEL DEUDOR DE LA RENTA: EL PAGO DE LA PENSIÓN

El pago de la pensión es la principal obligación del deudor de la renta¹³³⁸. De hecho es la única obligación que contempla el artículo 1.802 CC, y la única que debe cumplir el deudor en aquellos contratos en los que no se hayan pactado mayores obligaciones al amparo de la autonomía de la voluntad¹³³⁹. No obstante, lo más habitual es que las partes pacten ciertas

¹³³⁸ También es el derecho más característico del acreedor de la renta, que es perfectamente transmisible dado su carácter personal y patrimonial. En este sentido GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 435 y 436, afirma que no resulta óbice al carácter transmisible de la pensión su carácter vitalicio, y no debe impedir su cesión. Que la pensión esté sometida a la duración de la vida módulo no impide su transmisibilidad a un tercero, pues no supone vinculación obligatoria al beneficiario inicial. Por otra parte, la posibilidad de transmitir el derecho a percibir la pensión tiene su apoyo en su embargabilidad, derivada *sensu contrario* del artículo 1.807 CC.

¹³³⁹ El artículo 1708 del Proyecto de Código Civil de 1.851 establecía que “*La persona á cuyo favor se ha constituido la renta en pago de un precio ó capital, puede hacer que se rescinda el contrato, si no se le otorgan las seguridades estipuladas...*”. El citado precepto preveía expresamente la posibilidad de acuerdo respecto a las garantías que debía prestar el deudor de la renta, estableciendo que el acreedor podía “rescindir” el contrato sino se otorgaban las seguridades estipuladas. Nada dice al respecto nuestro actual Código Civil. El único precepto que contempla la obligación de garantizar el cumplimiento de la obligación de renta es el artículo 1.805 CC, y sólo para el caso de impago de las rentas vencidas. Tal previsión se contenía también en el antiguo Código Civil italiano, motivo por el cual la doctrina italiana considera la obligación de prestar garantías como la segunda de las obligaciones del deudor de la renta. Tal es el caso, por ejemplo, de DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, quien señala que el deudor de vitalicio tiene dos obligaciones: pagar la renta durante toda la duración de la vida contemplada (art. 1.798 y 1.799 Codice 1.865) y prestar al acreedor las cautelas estipuladas para la ejecución del contrato (art. 1.796 Codice 1.865). En la doctrina posterior, una vez promulgado el Código Civil italiano de 1.942, también se hace referencia a la existencia de la obligación de entregar las garantías pactadas. Así, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”,

garantías de pago de la pensión, dado el carácter meramente personal de la obligación de pago de la renta y su larga duración¹³⁴⁰. Puesto que tales garantías deben ser expresamente pactadas, y no derivan del contenido contractual establecido por el Código Civil, serán estudiadas de manera independiente. Este estudio independiente se fundamenta, además, en la importancia y extensión de las mismas, que justifican su tratamiento autónomo.

2.2.1.- La obligación de pago de la renta vitalicia. Una obligación única, duradera y de ejecución periódica.

Las distintas pensiones que constituyen la renta vitalicia tienen su origen en un único crédito, en una única causa, que se satisface mediante prestaciones parciales realizadas en intervalos regulares de tiempo¹³⁴¹. El deudor de la renta vitalicia se obliga a un número indeterminado de pagos, de cantidad determinada, al acreedor. A pesar de la reiteración de prestaciones la obligación de pago de la renta vitalicia es una obligación única, aunque tiene por objeto una prestación duradera o de tracto sucesivo, que se descompone en una sucesión de pagos periódicos¹³⁴².

La obligación de pago de la renta vitalicia es una obligación de tracto sucesivo, o duradera, y de ejecución periódica, no continuada¹³⁴³. Tal afirmación parece evidente, pues periódicamente se ejecutan prestaciones que

cit., pág. 57, o VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 224, que señala el carácter accidental de la obligación de prestar las garantías pactadas, entre otros muchos.

¹³⁴⁰ Debe tenerse en cuenta, además, que en muchos supuestos el contrato de renta vitalicia se establece con una finalidad asistencial, para garantizar el futuro del acreedor o los acreedores, por lo que toma una importancia fundamental asegurar el cumplimiento de la obligación de renta y, por tanto, el futuro del acreedor. Las garantías pueden ser de cualquier tipo, las que libremente pacten las partes, dado que nada prevé el legislador al respecto. De entre estos mecanismos que pretenden asegurar el cumplimiento de la obligación de pago de la renta destaca la denominada hipoteca de renta. La idoneidad de esta garantía viene afirmada, también, por GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 433, quien precisa que el hecho de que la hipoteca de rentas sea el mecanismo idóneo no implica que los interesados no puedan convenir otras garantías de distinta naturaleza, como reitera la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en SSTs 13 de mayo de 1.959, 14 de octubre de 1.960, 15 de enero de 1.963. Debe recordarse, como lo hace el autor, que constituida la garantía real la obligación sigue siendo personal, pues lo único que es real es la garantía accesoria de la obligación principal.

¹³⁴¹ En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 526.

¹³⁴² Así lo confirman los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.783.

¹³⁴³ Así lo afirman los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.777, para quienes la renta vitalicia supone la obligación de hacer prestaciones periódicas, independientemente de cual sea su cuantía. Para reforzar esta última afirmación citan la STS de 11 de julio de 1.934.

derivan de una misma obligación, de un único vínculo jurídico, pero han existido voces contrarias a la misma.

Frente a aquellas opiniones que tratan de englobarla entre las obligaciones de ejecución instantánea, cabe alegar que tal asimilación es imposible, pues las obligaciones de ejecución instantánea se extinguen en un solo acto, de manera inmediata, con la realización de la prestación o prestaciones previstas en la relación obligatoria¹³⁴⁴. Tampoco puede considerarse una obligación de ejecución instantánea pero diferida en el tiempo, como en los supuestos de precio aplazado en la compraventa, porque en este contrato existe un único precio, aunque fraccionado, una única prestación y una única *solutio*.¹³⁴⁵

La obligación de pago de la renta vitalicia es una obligación duradera, si entendemos por tal aquella cuyo desenvolvimiento requiere un periodo de tiempo más o menos largo, y su continuación el mantenimiento de una conducta o la realización de toda una serie de prestaciones periódicas¹³⁴⁶. De entre las dos posibles manifestaciones de la obligación duradera, continuada y periódica, la obligación de pago de renta vitalicia debe incardinarse en la segunda, pues su continuación no requiere el mantenimiento de una conducta, como ocurre con las obligaciones duraderas de ejecución continuada, sino la realización de toda una serie de pagos periódicos hasta la muerte de la vida contemplada.

Por tanto, no debe considerarse una obligación de ejecución continuada, pues la prestación no se realiza de manera ininterrumpida, sino en determinados periodos de tiempo normalmente fijados en el contrato.

Si queremos concretar un poco más, podremos decir que dentro de la obligación duradera de pago de la renta vitalicia existen toda una serie de prestaciones, estas sí momentáneas, que se agotan en un periodo de tiempo limitado, al consistir en el pago de una determinada cantidad de dinero¹³⁴⁷.

¹³⁴⁴ En este sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. II, pág. 322, para quien existe una relación obligatoria instantánea cuando, de manera inmediata, se extingue la relación con la realización de la prestación o prestaciones previstas en ella.

¹³⁴⁵ Para QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 25, en los negocios de ejecución instantánea, sea inmediata o diferida en el tiempo, estaremos ante un solo acto y una única *solutio*.

¹³⁴⁶ Tal es el concepto de relación obligatoria duradera mantenido por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. II, pág. 322.

¹³⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., vol. II, pág. 322, entiende que desde el punto de vista de la duración también cabe distinguir la existencia de prestaciones instantáneas, cuando los actos en los que consisten se agotan en periodos de tiempo limitados, y la existencia de prestaciones duraderas o continuadas,

Desde nuestro punto de vista, por tanto, en los negocios jurídicos con prestaciones periódicas, y concretamente en el contrato de renta vitalicia, lo que existe es una única relación jurídica, un único negocio jurídico del que deriva una única obligación continuada, compuesta por varias prestaciones de carácter instantáneo con vencimientos en momentos cronológicos diversos¹³⁴⁸.

Sin embargo, como se decía al inicio del epígrafe, llega a negarse el carácter de obligación de ejecución periódica a la obligación de renta vitalicia, sobre todo en la doctrina italiana. Algún sector doctrinal niega el carácter de obligación continuada y periódica a la obligación de pago de la renta vitalicia, porque el evento que determina la ganancia de una de las partes, concretamente la vida contemplada, es uno sólo y no se repite periódicamente¹³⁴⁹.

En nuestra opinión, tal afirmación no tiene sentido. Ciertamente, la muerte de la vida contemplada se produce una única vez, y su duración es la que determina el resultado final del contrato, así como la prestación final del deudor de la renta. Sin embargo, no creemos que este dato pueda llevar a conclusiones distintas del carácter aleatorio del contrato o su extinción como consecuencia del fin de la vida módulo. En absoluto consideramos que el hecho de que la muerte de la vida contemplada sea un momento único pueda afectar a la afirmación de que la obligación es de carácter periódico. La obligación es periódica porque las partes pactan una serie de prestaciones periódicas dependientes de un único negocio jurídico, de un único *vinculum*

cuando el comportamiento a realizar por el deudor perdura a través de un periodo de tiempo prolongado. Es el caso, afirma el autor, de las prestaciones de trabajo o servicios, las de gestión, y la mayor parte de las prestaciones negativas.

¹³⁴⁸ Para QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 27, sin embargo, parece que lo que existe es un único negocio jurídico del que deriva una situación jurídica creadora de distintas obligaciones, con vencimientos en momentos cronológicos distintos, correspondientes a los diversos plazos periódicos.

¹³⁴⁹ Tal es el caso de DEVOTO, LUIGI, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, Padova, 1.943, págs. 174 y 175, quien, asimilando el contrato de renta vitalicia al seguro de vida, a los presentes efectos, afirma que la relación pertenece a las relaciones simples. El autor introduce el contrato de renta vitalicia entre las relaciones simples porque el evento determinante de la ventaja para una de las partes es uno sólo, puede realizarse en un espacio de tiempo largo y, por tanto, el contrato es a término muy largo, tal y como ocurre en los supuestos de seguro de vida para el caso de muerte. Por el contrario, considera contratos continuados a aquellos en los que los eventos que provocan la obligación del asegurador son más y recurrentes, como en el seguro de incendios de una casa. Se opone a esta afirmación TORRENTE, ANDREA, "Rendita...", *cit.*, pág. 70, pues afirma que en el contrato de renta vitalicia existen una serie de prestaciones sucesivas unificadas por el vínculo de un destino económico común, donde la muerte de la vida contemplada señala el fin del negocio. No puede hablarse de ejecuciones repartidas, según el autor, porque cada prestación, el pago de cada plazo, puede considerarse "parte del todo" o prestación autónoma. Por ello, afirma que subsisten en la obligación los elementos típicos de la obligación continuada.

iuris. La muerte de la vida contemplada pone fin a la obligación de pago de la renta, pero este dato, o su unicidad, no afecta a la periodicidad de la obligación.

A) La concreción de los plazos de ejecución de la obligación de pago de la renta vitalicia

La determinación de los concretos plazos en los que la renta debe ser pagada es facultad de los contratantes. Normalmente las partes establecen los plazos de pago y el momento en el que empieza a pagarse la renta en el propio contrato. No obstante, a falta de específica previsión al respecto, la renta se debe desde el mismo momento de la perfección, momento en el que también surge la obligación de entregar el capital, dejando a salvo la posibilidad de pacto en contrario¹³⁵⁰.

Aunque los artículos 1.802 y 1.806 CC prescriben que la renta se paga en anualidades, tal referencia sólo se realiza a modo ejemplificativo¹³⁵¹. No existe dificultad alguna para que las partes puedan pactar periodos de cadencia superiores o inferiores, pues es evidente que ninguno de los dos preceptos tiene carácter imperativo, rigiendo los plazos fijados de manera meramente subsidiaria a las previsiones de las partes¹³⁵². De hecho, es perfectamente posible y harto frecuente que las partes, en el contrato, pacten una renta anual abonable en mensualidades.

El pago de la pensión debe realizarse tal y como se haya pactado en el contrato. Es decir, se pagará en la especie y cuantía pactada, así como en los plazos y en el lugar fijado por las partes. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO precisa que no es necesario que los contratantes hayan hecho

¹³⁵⁰ En este sentido se pronuncia la práctica totalidad de la doctrina. Así, por ejemplo, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 226.

¹³⁵¹ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 217, afirma que el único requisito es que quede claramente determinada la periodicidad temporal.

¹³⁵² Comparten esta opinión, también, los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.777, quienes afirman: “Aunque el art. 1.802 habla de pensión o rédito anual y el art. 1.806 de <<renta correspondiente al año...>>, es indudable que pueden establecerse otros períodos”. En el mismo sentido, en las págs. 780 y 782, los autores consideran que, aunque no existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto como el parágrafo 759 II del BGB alemán, donde se establece el carácter anual de los importes si nada se establece en el contrato, puede sostenerse que en la duda la renta debe pagarse en años, dado el contenido de los artículos 1.802 y 1.806 CC. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.421, defiende la libertad de las partes para fijar el momento de pago de las pensiones y pactar un pago anticipado. En la doctrina italiana también se mantiene que las partes son libres a la hora de fijar los plazos, a pesar de que el Codice se refiera a anualidades. En relación con el artículo 1.778 del Codice de 1.865, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.114, considera que el precepto hace referencia a “anualidades” por ser el caso más frecuente, pero que no excluye la posibilidad de términos superiores o inferiores al año.

constar de manera expresa su deseo de que los plazos no sean anuales, pues considera suficiente que del contrato se derive la voluntad de las partes de que los plazos sean superiores o inferiores a los anuales¹³⁵³.

Las distintas pensiones que constituyen la obligación de pago de la renta se consideran frutos civiles¹³⁵⁴. Así lo establece el artículo 355 CC al afirmar en su párrafo tercero que, “*son frutos civiles...y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas*”. Como tales frutos civiles, en principio, las rentas se entienden percibidas día por día, pues así lo establecen los artículos 451.3 y 474 CC. De esta manera, cobra todo su sentido la previsión general contenida en el artículo 1.806 CC, referente a que la pensión se pague en proporción a los días vividos. Si bien debe precisarse, como ya se afirmó en el lugar oportuno, que los días a tener en cuenta son los vividos por la vida contemplada, y no los de quien disfruta la renta como establece el precepto, salvo que tal persona sea, además, la vida contemplada. Sólo así interpretado el artículo 1.806 CC es coherente con la naturaleza y esencia del contrato, así como con el propio artículo 1.803 CC ya comentado.

Como ya se adelantó, el abono de la pensión tiene lugar conforme a lo previamente pactado por las partes. Puede ocurrir, por tanto, que aquellas decidan pactar el pago anticipado. Aunque el artículo 1.806 CC establece que la pensión se paga en proporción a los días vividos, también prevé la posibilidad de que se convenga el abono de las rentas por plazos anticipados, pagándose al inicio del periodo¹³⁵⁵. Cuando tal sea el pacto, la totalidad de la renta se entrega al inicio de cada uno de los periodos estipulados, pues así lo

¹³⁵³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 431, reiterando que el artículo 1.802 CC nunca puede tener carácter imperativo o inderogable, sino subsidiario, para el caso de que las partes nada pacten al respecto. En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág.144.

¹³⁵⁴ En el ordenamiento jurídico italiano las rentas vitalicias también se consideran frutos civiles y se deben en proporción a los días vividos por su propietario. Sin embargo, exactamente igual que aquí, las partes pueden pactar el pago anticipado de las rentas, en cuyo caso las cuotas se adquieren desde el vencimiento del pago, de manera que los interesados adquieren la pensión del período en el que se produce el fallecimiento entera, y no la parte proporcional a los días vividos por la vida contemplada. Así lo afirma DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.115.

¹³⁵⁵ En el BGB alemán, el párrafo 760 I establece que las rentas deben pagarse por anticipado, y que el heredero puede exigir la prestación vencida en su totalidad si el titular fallece después del término de vencimiento de la renta (párrafo 760 III). Sin embargo, de lo establecido en el artículo 1.806 CC parece deducirse que, en la duda, la renta vitalicia se paga en plazos vencidos. Así lo confirman los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, págs. 780 y 782. Tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que exija el pago de las rentas en metálico por trimestres anticipados, estableciendo que cuando se trate de otras rentas los periodos en los que deban pagarse se determinan por la naturaleza y finalidad de la renta. A pesar de ello los autores citados entienden (*loc. ult. cit*) que, en cuanto a las prestaciones que no sean en dinero, no hay problema en aceptar la solución expuesta.

establece el artículo 1.806 CC. al afirmar que en estos supuestos “...se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr”.

El pago anticipado de la renta vitalicia tiene consecuencias muy importantes, pues la renta correspondiente al periodo en el que fallezca la vida contemplada se mantiene íntegra en manos del acreedor, aunque el fallecimiento se produzca en los primeros días del plazo. No ocurre lo mismo si la renta se paga en plazos vencidos, pues en este supuesto el acreedor sólo tiene derecho a la proporción de renta correspondiente a los días vividos por la vida módulo¹³⁵⁶.

Tales consecuencias derivan de la dicción del artículo 1.806 CC, que literalmente establece: “La renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se pagará en proporción a los días que hubiese vivido; si debía satisfacerse por plazos anticipados, se pagará el importe total del plazo que durante su vida hubiese empezado a correr”.

Como ya se afirmó, la interpretación correcta de la disposición supone entender que, pactado el pago anticipado de las pensiones, el acreedor puede mantener íntegra la pensión recibida, sin tener que devolver el importe de la renta correspondiente a los días en los que la vida contemplada no llega a vivir¹³⁵⁷. En tales supuestos, como excepción a lo establecido en la primera parte del artículo 1.806 CC, y en los artículos 474 y 475 CC, el acreedor puede retener la totalidad de lo cobrado. Esta posibilidad suele explicarse por la aleatoriedad del contrato de renta vitalicia, que se ve incrementada, en virtud del artículo 1.806 CC, cuando se pacta el pago anticipado de las rentas¹³⁵⁸. No obstante, consideramos perfectamente posible pactar en contra de lo

¹³⁵⁶ El artículo 1.806 CC es una copia de lo establecido en el artículo 1.980 del *Code*, por lo que COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 633, reiteran las afirmaciones contenidas en el texto: la renta se adquiere proporcionalmente a los días que viva la vida contemplada, salvo que se pague por adelantado, en cuyo caso el plazo del periodo correspondiente a la muerte de la vida contemplada, en principio ya pagado, se adquiere desde el mismo día en que debió ser satisfecho. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 532 y 533, afirman que las partes fijarán libremente el momento de pago de las pensiones. Los autores señalan que es frecuente el pago de las rentas por adelantado y hacen referencia al carácter de fruto civil de la renta, por lo que debe entenderse percibida día por día, excluyéndose el de la muerte que, por fuerza, es incompleto. Si bien, recuerdan la especialidad contenida en el artículo 1.980 párrafo 2º del *Code* cuando la renta se paga por adelantado, pues se adquiere desde el día en el que el pago debió realizarse.

¹³⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág.145, quien afirma que la expresión del artículo 1.806 CC es poco correcta, porque utiliza el tiempo verbal “pagará” cuando la renta se ha debido pagar anticipadamente al comienzo del plazo.

¹³⁵⁸ Así lo afirman MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 84, para quien el pago anticipado de la pensión hace doblemente aleatoria la constitución de la renta vitalicia y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág.145.

establecido en el precepto. Cuando así ocurra, el acreedor debe devolver la proporción de renta correspondiente a los días del período no vividos por la vida contemplada.

Aunque el artículo 1.806 CC permite pactar el pago anticipado de la renta, el abono por plazos vencidos es la regla general, la vigente a falta de pacto en contrario de las partes¹³⁵⁹. La razón radica en que, como ya se ha dicho, la renta se considera fruto civil y, por tanto, adquirida día por día en proporción a los días vividos por el módulo de la relación. Por este motivo, si nada en contra pactan los contratantes, el deudor debe entregar al acreedor, o a sus herederos si era la vida del acreedor la contemplada, la renta correspondiente a los días del plazo vividos por la vida tomada como módulo, incluyendo el día del fallecimiento. De la misma manera, si se pacta el pago anticipado, el acreedor o sus herederos tienen derecho al plazo completo cuando la vida contemplada fallece el mismo día de la celebración del contrato¹³⁶⁰.

¹³⁵⁹ La doctrina italiana comparte la opinión de que la regla general es el pago a plazos vencidos. Así, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 58 y 59, deja constancia de que el artículo 1.880 Codice de 1.942, con mejor fórmula que el artículo 1.799 del Codice derogado, precisa que la renta se debe al acreedor, o a sus herederos, en proporción a los días vividos por la vida contemplada. Afirma también, en el mismo sentido expresado en el texto, que si las partes pactan el pago anticipado de las distintas cuotas el artículo 1.880.2 del Codice permite al acreedor recibir la cuota entera del plazo en el que fallezca la vida contemplada. En el mismo sentido se pronuncia VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 226, precisando que, con carácter dispositivo, la Ley establece el pago de las rentas a plazo vencido, aunque permite el pago anticipado, con las consecuencias vistas, en el artículo 1.880 párrafo segundo.

¹³⁶⁰ En este mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina española. Para GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 528, cuando la vida módulo fallezca el mismo día de la celebración del contrato o cuando se inicia un nuevo plazo de renta, el acreedor o sus herederos tienen derecho a la fracción de renta correspondiente a un día, si no se pactó el pago anticipado de renta, o a un plazo entero si se pactó el pago anticipado. La solución se fundamenta en el principio “*dies incoeptus pro completu habetur; dies ad quem computatur in termino*”. La perfección del contrato, por tanto, determina la producción de sus efectos, entre los que está el derecho del acreedor a la adquisición de la renta según se vaya originando. La opinión que niega tal derecho, porque considera que el pago sólo puede reclamarse al día siguiente del fallecimiento, confunde el momento de adquisición del derecho con el de su ejercicio. En el mismo sentido se pronuncian ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.421. y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 61, quien también entiende que, producida la muerte el primer día del contrato, o del plazo, se debe valorar como si hubiese transcurrido entero. Sin embargo, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 235, afirma que el último día sólo se cuenta si es completo, atribuyendo a los herederos del pensionista la cantidad correspondiente a los días anteriores al fallecimiento. En el mismo sentido se pronuncian PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 532 y 533, que hacen referencia al carácter de fruto civil de la renta, por lo que debe entenderse percibida día por día, excluyéndose el de la muerte que, por fuerza, es incompleto. En la doctrina italiana, sin embargo, suele compartirse la opinión

Por otra parte, si la renta se pacta a plazos vencidos parece más correcto afirmar que el acreedor de la renta, o sus herederos, pueden reclamar la proporción correspondiente de renta al día siguiente del fallecimiento, sin esperar al final del plazo, dado que el contrato se extingue con la muerte de la vida contemplada y se conoce perfectamente la cuantía de la porción de pensión que se debe¹³⁶¹.

En resumen, puede concluirse que la regla general contenida en la primera parte del artículo 1.806 CC, a falta de pacto en contrario de las partes, no es más que una concreción del régimen jurídico aplicable a la percepción de los frutos civiles que contienen los artículos 451. 3 y 474 CC. La segunda de las previsiones del artículo 1.806 CC, el pago anticipado de la renta, es una excepción al régimen jurídico general de adquisición de los frutos civiles, que permite al acreedor, o a sus herederos, quedarse con la totalidad de la renta percibida al inicio del plazo en el que fallece la vida contemplada¹³⁶².

B) La necesaria justificación de la existencia de la vida contemplada para reclamar la renta

Contiene otra regla relativa al pago periódico de la renta vitalicia, el último precepto de los que el Código Civil dedica a la regulación de este contrato. El artículo 1.808 CC establece que “*No puede reclamarse la renta sin justificar la existencia de la persona sobre cuya vida esté constituida*”.

Deben hacerse dos puntualizaciones. En primer lugar, que aunque pueda derivarse lo contrario del precepto, lo que debe probarse es la

manifestada en el texto y la defendida por la doctrina española más reciente. Así, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 303 y 304, en relación con el mismo problema que nos ocupa, y en referencia a una renta pactada por plazos anticipados, se plantea que ocurriría si la vida contemplada fallece el mismo día del vencimiento del plazo. El autor pone de manifiesto aquellas opiniones que afirman que la renta no se entiende adquirida sino cuando la vida contemplada fallezca al día siguiente del vencimiento del plazo. Sin embargo, entiende que la doctrina dominante va en sentido contrario, pues considera que desde que el día comienza el plazo se tiene por cumplido, y si la vida contemplada ha vivido una parte del día el acreedor o sus herederos tienen derecho a la cuota. Ante las objeciones de que el pago no puede ser demandado hasta el día siguiente del vencimiento, confirma que son consecuencia de una confusión entre pertinencia del derecho y ejercicio del mismo. El deudor no puede ser compelido judicialmente a pagar el mismo día del vencimiento, sino el día después, pero de ello no puede derivarse que la deuda no sea pagable el día del vencimiento.

¹³⁶¹ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 531 y 532.

¹³⁶² ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.421, nota 34, señala que la adquisición anticipada, y el derecho a la totalidad de la renta o pensión del período en el que fallece el alimentista o legatario, es la regla general contenida en el artículo 148 CC, en relación con la obligación de alimentos, y en el artículo 880 CC, en relación con el legado de alimentos.

existencia de la vida contemplada en el momento del vencimiento del plazo, y no en el que se produce la reclamación de la renta¹³⁶³. Por otra parte, aunque la letra de la disposición parece exigir la acreditación de la supervivencia de la vida módulo en cada vencimiento de pago de la pensión, lo más lógico es entender que la intención del legislador es facultar al deudor de la renta para pedir tal acreditación cuando lo considere necesario. Se le atribuye, por tanto, una mera facultad que puede ejercitar o no, pero cuya falta de ejercicio no impide que el deudor repita las rentas pagadas habiendo fallecido la vida contemplada¹³⁶⁴.

Si el deudor exige la acreditación de la existencia de la vida contemplada no tendrá que abonar la renta hasta que el acreedor consiga probarlo, lo que perfectamente puede justificarse en la necesidad de evitar pagos indebidos y, por tanto, la repetición de los mismos¹³⁶⁵. Lógicamente, la

¹³⁶³ En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 545 y 546, para quien la conclusión es clara, porque fallecida la vida contemplada con posterioridad al momento en el que el debió efectuarse el pago, el deudor está obligado a pagar la pensión correspondiente al período vencido, conforme a lo establecido en el artículo 1.806 CC, que no hace referencia alguna al momento de realizarse la reclamación.

¹³⁶⁴ Confirma este pronunciamiento, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.768. El autor afirma que el hecho de haber pagado uno o más vencimientos, habiendo muerto la vida contemplada, no impide al deudor repetir lo indebidamente pagado, aunque en su momento no exigiese la justificación de la existencia de la vida contemplada. En el mismo sentido se pronuncia ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.421 y 1.422. Sin embargo, parece mantener la postura contraria MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 91, para quien el artículo es terminante en el sentido de exigir la prueba de la existencia de la persona para reclamar la renta. Desde nuestro punto de vista es mucho más lógico considerar que el artículo 1.808 CC contiene una mera facultad del deudor, que puede reclamar la prueba de la existencia de la vida contemplada cuando dude de su fallecimiento. De no existir dudas al respecto, la exigencia de tal prueba al vencimiento de cada término sólo conlleva complicaciones y retrasos inútiles en la ejecución del contrato. Para GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 546, el hecho de que el deudor no exigiese justificación de la existencia de la vida contemplada no le impide repetir la cantidad pagada, pues lo ha sido indebidamente y con error.

¹³⁶⁵ Así lo afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 545, quien considera que el deudor no se libera si el acreedor no consigue acreditar la existencia de la vida contemplada, sino que, simplemente, se le permite suspender el cumplimiento de la obligación hasta que se acredite su existencia. El autor afirma, además, que la razón de ser de esta norma está en evitar los pagos indebidos y la repetición de los mismos, que tendrían lugar si el deudor, desconociendo la muerte de la vida contemplada y la extinción de la relación, procede al pago de la renta. Comparte esta opinión ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.422. QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.768, defiende que si el acreedor de la renta no consigue acreditar la existencia de la vida módulo el deudor puede no pagar, aunque ello no significa que la obligación se haya extinguido. En realidad el autor hace referencia a que “el deudor” no logre acreditar la existencia de la vida módulo, si bien, consideramos que por un mero error, refiriéndose claramente al acreedor, que es el que debe acreditar la existencia de la vida módulo.

acreditación de la existencia de la vida contemplada no es necesaria si ésta coincide con la persona que reclama el cumplimiento al deudor. De hecho, de exigirse la prueba al propio acreedor que está reclamando se ampararía una conducta evidentemente evasiva y dilatoria del pago¹³⁶⁶.

El mecanismo más sencillo para acreditar la existencia de la vida contemplada, si no se puede o no se quiere llevar a presencia del deudor, es solicitar una certificación del Registro civil¹³⁶⁷. No obstante, dada la inexistencia de exigencia especial al respecto, la prueba puede realizarse a través de cualquiera de los mecanismos probatorios admitidos por nuestro ordenamiento jurídico¹³⁶⁸. Como ya se afirmó con ocasión del estudio de la vida contemplada, si ésta es objeto de declaración de fallecimiento se produce la extinción de la obligación desde la fecha de la citada declaración. Si la declaración es de ausencia, la obligación queda en suspenso, pues no puede acreditarse ni la vida ni el fallecimiento de la vida contemplada hasta el

¹³⁶⁶ Parece pronunciarse en el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 546.

¹³⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.768, para quien la prueba más adecuada es una certificación del Registro civil.

¹³⁶⁸ Para MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 92, el mecanismo de prueba más sencillo es la presencia ante el deudor de la vida contemplada. Si no fuere posible, por analogía, valdría la denominada fe de vida usada para devengar la pensión que concede el Estado a las clases pasivas. En cualquier caso, considera que debe estarse a las reglas generales de la prueba, conforme a las cuales puede probarse la existencia de la vida contemplada por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 547, comparte la opinión del autor anteriormente citado, y en defecto de la presencia física de la vida contemplada, hace referencia a la fe de vida o al acta notarial de existencia. De hecho, considera que la prueba puede realizarse, incluso, con un certificado de fallecimiento, que acredita hasta que día vivió el módulo de la relación. BONET RAMÓN FRANCISCO, *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1.964, pág. 1.424, también afirma que la justificación puede hacerse por cualquier medio de prueba, como la presentación de la denominada “fe de vida”, que se acredita por comparecencia ante el encargado del Registro civil o por acta notarial de presencia, bastando con la identificación del sujeto. En la doctrina francesa, COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, *Curso elemental...*, *cit.*, pág. 633, consideran que el artículo 1.983 del *Code*, del que deriva nuestro artículo 1.806 CC, resulta inútil por innecesario, por evidente. Los autores ponen de manifiesto que el mecanismo de prueba utilizado en estos casos consiste en la exhibición de una *fe de vida*. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 533, por su parte, entienden que se admiten todos los medios de prueba del derecho común, aunque afirman que el medio usual es la presentación de un certificado de vida. En el derecho italiano BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 306, expone que el Código Civil italiano de 1.865 no contempla al artículo 1.983 del *Code*, ni a nuestro artículo 1.808 CC, porque el legislador consideró innecesario hacer mención a su contenido, ya que deriva de los principios fundamentales del derecho general de las obligaciones y de la prueba. En su opinión, para el fin de acreditar la existencia de la vida contemplada son válidos todos los medios de prueba admitidos por el ordenamiento jurídico, especialmente los certificados de vida.

momento de la reaparición del ausente, su muerte, o su declaración de fallecimiento, momento en el que se reanuda la relación jurídica o se extingue por completo¹³⁶⁹.

2.2.2.- La obligación de pagar la renta, una obligación de carácter vitalicio.

Como ya se anuncia en el estudio de la vida contemplada, la obligación de pago de la renta es una obligación temporal de carácter vitalicio. La vida contemplada es el módulo que determina la duración del contrato, así como la permanencia de la obligación de pagar la renta, por lo que decimos que esta última tiene carácter vitalicio. Que la vida módulo determine la duración del contrato no impide la posibilidad de incluir en el mismo una condición, o su sometimiento a un término inicial dirigido a retrasar el comienzo de la obligación de pago de la renta. De hecho, son las partes las que al perfeccionar el contrato establecen el momento en el que debe iniciarse cada una de las obligaciones derivadas del contrato, pues, al no tener carácter real, no es indispensable que se haya entregado el capital para que empiece a cumplirse la obligación de pago de la renta.

Tampoco parece que exista problema en someter el contrato al advenimiento de un determinado evento que actúe como condición resolutoria¹³⁷⁰. Si bien ésta no puede, en ningún caso, eliminar el *alea* característica de la relación. De ser así, no existe problema en la introducción de la condición resolutoria, porque la vida contemplada sigue actuando como módulo de la relación, es decir, la renta sigue siendo vitalicia, aunque pueda devenir un acontecimiento que ponga fin al contrato antes de su fallecimiento¹³⁷¹. Además, las partes no saben si la condición acontecerá antes o después de que fallezca la vida contemplada, o si se dará, por lo que, en principio, su *alea* característica está preservada. Por último, cabe alegar que la condición puede permitir que se cumpla mejor la finalidad del contrato, por ejemplo si este pretende el mantenimiento del acreedor, a la sazón vida contemplada, hasta el momento en el que fallezca una persona a la que heredará, lo que no se sabe si ocurrirá antes o después de su propio fallecimiento.

¹³⁶⁹ Así lo ponen de manifiesto, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, págs. 548 y 549, y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.768.

¹³⁷⁰ En este sentido se pronuncia, también, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 43.

¹³⁷¹ Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 200, si el contrato de renta vitalicia se destina a durar más que la vida contemplada, o menos, se tiene una figura afín a la renta vitalicia, pero no una renta vitalicia, porque el negocio no puede desnaturalizarse alterándolo en uno de sus elementos esenciales.

Mayores dudas plantea la posibilidad de considerar contrato de renta vitalicia a aquel en el que la duración no sólo está limitada por la vida de una persona, sino por un término final distinto que juega conjuntamente con la vida contemplada¹³⁷². Para ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, las prestaciones deben entenderse como vitalicias, destinadas al sustento de una vida, sin que sea indispensable la duración vitalicia. En su opinión basta que la renta esté vinculada a la vida del titular, aunque estén limitadas por la fijación de un máximo, un plazo, u otras condiciones. Se pone el ejemplo de una renta vitalicia limitada a un máximo de 30 años, que consideran indudablemente vitalicia. Por el contrario, niegan que lo sea la obligación de hacer pagos durante cinco años, pactando el cese de la obligación si existe muerte prematura¹³⁷³.

Las consecuencias que deducimos de tales afirmaciones pueden resumirse en que el contrato de renta vitalicia requiere la vinculación de la renta a la existencia de una vida humana, aunque pueda establecerse un término algo inferior por determinadas circunstancias. No será nunca vitalicia, sin embargo, la renta establecida por un número de años limitado, no similar al de una vida humana, y sometida a la condición resolutoria de que durante ese número de años se mantenga la vida de su titular, deudor o tercera persona. Debe precisarse que los autores piensan en la finalidad principal de la renta vitalicia, el mantenimiento del acreedor, por lo que se refieren a la indispensabilidad de que la renta “...se prometa para el curso entero de la vida del titular”. Desde nuestro punto de vista, y en la actualidad, no pueden descartarse otras finalidades de la renta vitalicia. Por ello defendemos que lo fundamental es la vinculación de la renta a una vida humana, sin perjuicio de que ésta sea distinta a la del acreedor o su finalidad sea diferente a su mantenimiento. Por otra parte, siempre que la renta esté vinculada a una vida humana puede defenderse la posibilidad de introducir una condición o término que determine una duración algo inferior. Tal eventualidad está siempre supeditada a que el citado término o condición no desnaturalice su carácter vitalicio y aleatorio.

Comparten esta opinión PEREZ GONZALEZ y ALGUER, pues afirman que es requisito esencial la asignación vitalicia, aunque puedan fijarse otras condiciones o un término que guarde relación con la vida probable de la persona sobre la que se constituye, siempre que la renta se proponga como vitalicia. Para los anotadores, cualquier argumento a favor o en contra de tal posibilidad no puede perder de vista la consideración práctica de que las

¹³⁷² Para DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.096, el término final sólo puede referirse a la vida humana de la que depende la duración de la relación. En su opinión, si el evento previsto como término final es otro, la relación no constituye contrato de renta vitalicia, ni tiene carácter aleatorio si la convención es a título oneroso.

¹³⁷³ ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág 772.

reglas que mejor se ajustan a la esencia y naturaleza de la obligación establecida son las propias del contrato de renta vitalicia. Por tanto, consideran que mientras no se destruya el *alea*, aunque se limite, y no se desconecte el tiempo de duración del contrato de la vida probable de una persona, ninguna razón hay para dejar de aplicar la regulación legal del contrato de renta vitalicia¹³⁷⁴.

QUIÑONERO CERVANTES acepta la posibilidad de someter el contrato de renta vitalicia a otro término final distinto, además de al propio de la vida contemplada, siempre que el término sea de 40 años u otro de larga duración o de duración aproximada a la vida humana. Si bien, en el mismo sentido expresado con anterioridad, exige que con la duración del término no se elimine el *alea* del contrato, ni se desconecte del término probable de vida de una persona, aunque aquella se vea más limitada¹³⁷⁵. El autor, con base en las argumentaciones de PEREZ GONZALEZ y ALGUER, defiende esta posibilidad porque no hay otras reglas más idóneas en el Código Civil para regular tal relación. Este motivo no nos parece convincente, pues puede aplicarse el régimen jurídico contemplado por el Código Civil para el contrato de renta vitalicia, por analogía, aunque el negocio jurídico no pueda considerarse como tal.

El Código Civil es bastante claro a la hora de establecer, en el artículo 1.802 CC, que el contrato de renta vitalicia es aquel por el que el deudor se obliga a pagar una renta o pensión *durante la vida de una o más personas determinadas*. Por tanto, si el contrato se establece tomando como módulo la vida de una persona, aunque luego se limite con una condición o término que pueda reducir su duración, seguirá siendo contrato de renta vitalicia. No obstante, debe tenerse en cuenta que el término ha de ser largo y similar al de una vida, sin que pueda afectar en ningún caso al *alea* que caracteriza el contrato.

Ninguno de estos autores se enfrenta de manera clara, sin embargo, al problema de si puede considerarse contrato de renta vitalicia una relación en la que la obligación de pago de la renta no esté vinculada a la vida de una persona, aunque esté sometida a un término muy similar al de la vida, pactándose una condición resolutoria para el caso de muerte de una persona determinada, normalmente el acreedor. Indudablemente, sin la condición resolutoria el contrato no es aleatorio, sería un simple contrato en el que se pacta una renta por un término fijo, por muy similar a la vida humana que sea. Sin embargo, lo cierto es que el establecimiento de la condición resolutoria equipara sus efectos a aquellos propios de los contratos de renta vitalicia sometidos a un término distinto, aunque parecido, al de la vida

¹³⁷⁴ ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 777.

¹³⁷⁵ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., págs. 76 y 77.

humana. Puesto que hemos considerado auténticos contratos de renta vitalicia a aquellos sometidos a un término distinto a la vida humana, siempre que su duración sea similar al de una vida humana y el *alea* se mantenga, aunque se vea disminuida, la equiparación de efectos de ambos contratos nos obligaría, por coherencia, a admitir como auténticos contratos de renta vitalicia a éstos también.

Cierto es que en este último caso el contrato no está vinculado a la vida de una persona, pero está limitado por un término análogo y sometido a la condición resolutoria de la muerte de alguien, produciéndose unos efectos equiparables a los de un contrato de renta vitalicia sometido a término. Por ello creemos que debe admitirse su consideración como contrato de renta vitalicia. No obstante, y aunque no se considerase así, lo cierto es que a tal contrato atípico le serían aplicables las reglas contenidas en los artículos 1.802 y ss. CC.

2.2.3.- La obligación de pago de la renta vitalicia no está sometida a condición

Aunque el problema no se ha planteado en la doctrina española como lo ha hecho en la italiana, parece necesario hacer una mínima referencia a aquellas opiniones que consideran sometida a una condición suspensiva la prestación de renta derivada del contrato¹³⁷⁶.

El contrato de renta vitalicia, al igual que las distintas prestaciones de renta que derivan de él, no está sometido a condición alguna. El contrato de renta vitalicia no es un contrato condicional, y las distintas prestaciones de renta que derivan del mismo no están sometidas a condición, aunque la

¹³⁷⁶ En la doctrina italiana ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 60 a 66, por ejemplo, defiende que cada uno de los distintos vencimientos periódicos tiene un término de cumplimiento específico y distinto, no coincidente con el *dies a quem* de la relación unitaria de renta. Si bien el autor, posteriormente, añade que tales obligaciones periódicas no están sometidas a término, sino condicionadas suspensivamente a que en el día del vencimiento esté todavía viva la vida contemplada. Por ello, faltando la vida contemplada en la fecha de vencimiento de la obligación periódica correspondiente a la cuota contemplada, se extinguiría en vez de perfeccionarse. Consideramos excesivamente artificial la construcción del autor, pues, en realidad, viene a condicionar suspensivamente las distintas prestaciones periódicas de la obligación única de pagar la renta, para explicar el funcionamiento de una obligación cuyo ámbito temporal viene delimitado por la vida contemplada. No es que las distintas prestaciones estén condicionadas suspensivamente a la existencia de la vida módulo en la fecha del vencimiento, sino que tales prestaciones son parte de una obligación sometida a un módulo temporal: la muerte de la vida contemplada, de manera que desaparecida la vida módulo se extingue la obligación de pagar la renta, y con ella las distintas prestaciones periódicas que constituyen su objeto. Los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág.783, también distinguen el derecho unitario de renta de los distintos créditos dirigidos al pago concreto de cada una de las pensiones, que consideran condicionados a la supervivencia del titular.

existencia de la obligación que conforman, y del propio contrato, viene delimitada por una vida.

La muerte de la vida contemplada, como ya se dijo en su momento, determina el ámbito temporal del contrato. En ningún caso debe considerarse como una condición, sino como el elemento esencial que delimita su duración. Exactamente la misma postura debe mantenerse en relación con las distintas prestaciones de pago que configuran la obligación de pago de la renta vitalicia. No están sometidas a condición alguna, lo que ocurre es que debe probarse la existencia del elemento esencial que establece su duración: la muerte de la vida contemplada, porque de lo contrario el contrato y la obligación de pago de la renta se habrían extinguido¹³⁷⁷.

Llegados a este punto parece fundamental diferenciar el contrato aleatorio y el contrato sometido a condición, pues ambos tienen una estructura semejante y presentan grandes analogías. En ambos tipos contractuales existe un evento incierto, determinante del *alea* en los contratos aleatorios y constitutivo de la condición en los condicionales, que afecta a las prestaciones de los contratantes. La forma de actuar del evento incierto es muy similar en ambas categorías, y *alea* y condición pueden llegar a identificarse, pero no deben confundirse, porque los contratos son diferentes y las consecuencias que derivan del *alea* y de la condición son también distintas.

Para separar la incertidumbre característica de los contratos aleatorios de aquella propia de los contratos condicionales debe entenderse la diferente función que en cada tipo contractual tiene el evento incierto. En el contrato condicional el evento incierto, la condición, es el elemento del que depende la eficacia del contrato. Si la condición no se realiza el contrato nunca llega a producir efectos, nunca es eficaz, o deja de serlo si la condición es resolutoria. En los aleatorios, por el contrario, el contrato siempre produce efectos, es eficaz, y el evento incierto afecta a la determinación de la existencia y cuantía de las prestaciones, así como, en algunos supuestos, a la designación de cuál de las partes es acreedor y cuál deudor¹³⁷⁸.

¹³⁷⁷ En sentido similar se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 145 y 146, para quien la vida contemplada actúa sobre la duración y extensión de la relación contractual de renta vitalicia en su unidad, marcando el término final o resolutorio. Si bien, considera que también actúa sobre las diferentes obligaciones periódicas en las que la relación contractual se divide, pues el derecho a exigir la renta y la obligatoriedad de su prestación existen mientras viva la vida contemplada.

¹³⁷⁸ Comparte esta opinión CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, pág. 720, así como ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil...*, *cit.*, 11ª ed., pág. 428, pues afirma que en el contrato condicional la eficacia de la relación depende de la condición, mientras que en el aleatorio la eficacia tiene lugar de todas maneras y del suceso incierto depende, no la eficacia, sino la determinación de la existencia y cuantía de la prestación, así como la

En el contrato de renta vitalicia en concreto, el evento incierto, la vida contemplada, afecta a la cuantía de las prestaciones, pues éstas no quedan determinadas hasta que se produce la muerte de la vida módulo. No puede decirse que el contrato no produzca efectos hasta la muerte de la vida contemplada, y aunque podría decirse que deja de producir efectos en el momento del advenimiento del evento incierto, como si se tratase de una condición resolutoria, en el contrato condicional el evento incierto no cumple la función de determinar la cuantía de las prestaciones. Además, la condición resolutoria resuelve el contrato compeliendo a las partes a la devolución de las prestaciones ya realizadas, como si nunca se hubiese formalizado, lo que desde luego no ocurre con el advenimiento del evento incierto en el contrato de renta vitalicia.

En el contrato condicional las prestaciones de las partes están perfectamente determinadas se cumpla o no la condición. Si no se cumple, y la condición es suspensiva, ninguna prestación tiene lugar, pero si se cumple las prestaciones son exactamente las estipuladas al inicio del contrato¹³⁷⁹. El evento incierto, la condición, no influye en la determinación de las prestaciones, ni en la cuantía de las mismas, sino sólo en decidir si se producen. Los contratos aleatorios siempre producen efectos, independientemente del resultado del advenimiento incierto, que no afecta a la eficacia del contrato¹³⁸⁰. Sin embargo, ninguno de los contratantes sabe cuál será el resultado final del contrato hasta la realización del citado evento, pues de él depende la existencia y cuantía de las prestaciones del contrato, así como su propia estructura. Así ocurre en el contrato de renta vitalicia, las partes siempre tienen que realizar las prestaciones a las que se han

designación de cuál de los contratantes debe prestar. También LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de...*, cit., págs. 417 y 418, entiende que la condición afecta a la propia eficacia del contrato, mientras que los contratos aleatorios existen y son válidos desde el momento de su celebración, pues la realización del *alea* afecta sólo al contenido de las obligaciones (pérdida-ganancia) o a la determinación de cuál de las partes es acreedor y deudor. La mayor parte de la doctrina, española y extranjera, considera que ésta es la distinción fundamental entre el contrato aleatorio y el condicional. Es también el criterio utilizado por nuestro más alto Tribunal para la diferenciación de ambos contratos, pues afirma que el contrato aleatorio queda desde el primer momento perfeccionado y no es la obligación misma, sino las ganancias o pérdidas, las que están subordinadas al evento futuro e incierto (STS 20 de noviembre de 1.915).

¹³⁷⁹ Así, también, ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil...*, cit., 11ª ed., pág. 428.

¹³⁸⁰ En sentido similar se LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 300, al decir: “...en el contrato aleatorio la incertidumbre no se refiere a si el contrato existe o no, se resuelve o no; sino, dentro de un contrato válido y ya existente, a la realización de las prestaciones de una de las partes o ambas, o al contenido de este; en tanto que la condición hace incierta la existencia misma del contrato (S. 20 noviembre 1915)”. Exactamente la misma afirmación se contiene en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 296. CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, cit., pág. 8, precisa que no es que el contrato condicional no tenga existencia sino se cumple la condición, sino que el incumplimiento del evento determina su ineficacia. Sin embargo, los contratos aleatorios siempre son eficaces, porque el evento sólo modula sus efectos.

comprometido, aunque la cuantía de la prestación del deudor, y el resultado final del contrato, dependen del evento incierto.

Otro rasgo fundamental para la diferenciación de ambas categorías reside en que el evento incierto generador del *alea* es elemento esencial constitutivo del contrato aleatorio, es un elemento fundamental a su estructura, sin el cual no puede existir. La condición, sin embargo, es un elemento meramente accidental, que puede añadirse por las partes, o no, sin que esto modifique su clasificación típica¹³⁸¹. Así, ya hemos defendido en multitud de ocasiones el carácter esencial del *alea* en el contrato de renta vitalicia, y la necesaria existencia de la vida contemplada para que podamos hablar del mismo.

Que el contrato aleatorio y el condicional no se identifiquen no implica que el contrato aleatorio deba ser siempre puro y simple, pues puede estar sometido a condición¹³⁸².

¹³⁸¹ Así lo confirman, MESSINEO, FRANCESCO, *Derecho civil...*, *cit.*, pág. 478, y VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO, “Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios en el Código Civil”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1.969, págs. 356 y 357, para quien ésta es la verdadera diferencia entre el contrato aleatorio y el condicional, pues considera que las distinciones acerca de si la incertidumbre del contrato aleatorio afecta a la existencia misma del contrato o a la cuantía de la prestación son diferencias meramente descriptivas. CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 8, afirma lo interesante de esta distinción, pero entiende que sólo es útil en los contratos aleatorios por naturaleza y no para aquellos que se crean por los contratantes, pues en éstos el *alea* no es esencial. No se puede estar de acuerdo con el autor en este punto, pues no es aleatorio atípico cualquier contrato en el que se inserte una cláusula de riesgo, sino sólo aquel en el que el *alea* es esencial al contrato, es decir, aquel en el que la cláusula de riesgo tenga el carácter de esencialidad originaria. Es perfectamente válido este criterio, por tanto, para diferenciar toda clase de contratos aleatorios y condicionales, si bien, no debe descartarse el anterior.

¹³⁸² El tradicional esfuerzo por deslindar ambos tipos contractuales, y el interés existente en evitar confusiones entre contrato aleatorio y contrato sometido a condición, han llevado a algún autor a sostener que ambas categorías de contratos son incompatibles, y que el contrato aleatorio es siempre un contrato puro y simple. Tal es el caso, por ejemplo, de MESSINEO, FRANCESCO, *Derecho civil...*, *cit.*, pág. 478. Aunque solemos encontrarnos el contrato aleatorio como contrato puro y no sometido a condición, no existe obstáculo, en virtud de la autonomía de la voluntad consagrada en nuestra legislación, para estipular un contrato de estas características sometido a condición. Ciertamente el contrato aleatorio nace como un contrato puro y simple, pero no parece que exista ningún motivo para sostener su incompatibilidad con el condicional. Las disposiciones legales existentes no impiden la convivencia del contrato aleatorio y la condición, y su estructura es perfectamente compatible con la subsistencia de una condición que sólo afecte a su eficacia. Por ello, como ha defendido gran parte de la doctrina, nada impide que las partes, mediante una específica declaración de voluntad, puedan someter el contrato aleatorio a una condición. Así, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 619, nota 35, considera que lo normal es que el contrato aleatorio sea en su conjunto puro y simple, pero no puede descartarse, en algunos contratos aleatorios, que se celebren bajo condición. En el mismo sentido se pronuncia CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 9, pues afirma que el hecho de que el contrato aleatorio sea puro y simple no obsta a que se

Se ha defendido, también, la posibilidad de que el contrato aleatorio en su conjunto no sea condicionado, pero sí lo esté su propio contenido. Así, podrían existir contratos aleatorios con la obligación principal subordinada a una condición suspensiva, sin que pueda alegarse la confusión de este contrato con el condicional, puesto que en todo caso la diferencia de función sería evidente: el evento incierto no afecta a la eficacia del contrato y éste sigue siendo puro y simple.

Esta idea viene avalada por la afirmación de que no sólo la totalidad de la relación obligatoria es susceptible de estar sometida a condición, sino que es posible que la condición pactada pueda referirse a un determinado crédito dentro de la obligación¹³⁸³. En este sentido TROPLONG sostiene: *“todo contrato aleatorio contiene dos obligaciones condicionales y contradictorias: una de las partes se obliga bajo una condición y la otra bajo la condición opuesta, de suerte que no pudiendo estas condiciones ni existir al mismo tiempo, ni faltar a un mismo tiempo, una de las dos ha de cumplirse necesariamente; pero cuando la convención se forma, los contratantes ignoran el resultado, si la condición bajo la que se obligó el primer contratante viene a faltar, su obligación se desvanece; por el contrario la obligación del otro se hace pura y simple porque para él se ha realizado.”*¹³⁸⁴.

Tal construcción es hoy inaceptable, y parece un claro intento por mantener el carácter bilateral de aquellos contratos aleatorios en los que sólo una prestación debe realizarse. Por otra parte, aceptar la estructura del contrato aleatorio sostenida por el autor conlleva la necesidad de preguntarse por la naturaleza de esa condición. No podemos entender la subordinación de las obligaciones al evento incierto del que dependen como una condición en sentido propio, pues la estructura del contrato aleatorio no puede concebirse sin ella. Por tanto, si defendemos la corrección de tal estructura, deberemos concluir, con ÁLVAREZ VIGARAY, que estamos ante una *condicio iuris*¹³⁸⁵.

Actualmente la consideración del riesgo como *condicio iuris* está casi en completo abandono, llegando a considerarse un simple requisito de eficacia

pueda subordinar su génesis a una condición suspensiva. Así, pone el ejemplo de un supuesto de renta vitalicia constituido sobre la vida de un *nasciturus*, o de un *concepturus*. VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO, “Algunas consideraciones...”, *cit.*, pág. 356, entiende que el contrato de seguro para caso de muerte queda siempre sujeto a la condición de que la muerte del asegurado no tenga su origen en la voluntad de éste.

¹³⁸³ Así lo mantiene VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, reimpresión a la 1ª ed., traducido y concordado por W. ROCES, Reus, Madrid, 1.999, pág. 213, quien afirma, además, que el crédito de indemnización de un contrato de seguro se haya condicionado a que el daño se produzca.

¹³⁸⁴ TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, pág. 423.

¹³⁸⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 619. En relación al juego y la apuesta: MIGUEL TRAVIESAS, MANUEL, “El juego...”, *cit.*, pág. 276.

del contrato¹³⁸⁶. Si sostenemos que las obligaciones del contrato aleatorio están subordinadas a condiciones recíprocas y contrapuestas, deberemos concluir que el *alea* del contrato aleatorio no es más que un requisito de eficacia, y no el elemento esencial e indispensable que determina la estructura del contrato, con lo que estaremos de nuevo ante el problema de diferenciar contrato aleatorio y condicional.

Defender que el contrato aleatorio contiene dos obligaciones opuestas y recíprocamente condicionadas es, de nuevo, confundir el *alea* y la condición. Y lo es, no sólo en el supuesto contemplado por TROPLONG, sino en todos aquellos supuestos en los que se acude al artificio de la condición para explicar las especiales características de las obligaciones en las que influye el *alea*, como la obligación de pago de la renta vitalicia que nos ocupa.

En el contrato aleatorio, por la especial estructura que la inherencia del *alea* genera en el contrato, las prestaciones de las partes no están determinadas en el momento de su perfección, y no se determinarán hasta el advenimiento del evento incierto que constituye el *alea*. No estamos hablando, por tanto, de obligaciones simplemente condicionadas en cuanto a su existencia, sino de obligaciones indeterminadas en cuanto a su estructura y extensión, que dependen del *alea* para concretarse. El *alea* inherente a estos contratos no sólo determina si la obligación llega a existir, sino que concreta la cuantía de la prestación y, en algunos supuestos, fija quién es el acreedor y el deudor de la concreta obligación.

Esta categoría contractual no está compuesta por contratos con obligaciones condicionadas. El contrato aleatorio es una estipulación contractual con una estructura propia y con un resultado final incierto, porque está sometido a un *alea*. Y si bien este *alea* propia del contrato aleatorio es semejante a la condición, no pueden identificarse. No hemos de olvidar que la condición suspensiva simplemente impide que nazca la obligación mientras no se realiza el evento, el riesgo en los contratos aleatorios influye en la prestación determinando la ganancia o pérdida para cada una de las partes y, en ocasiones, fijando quien debe prestar¹³⁸⁷.

La construcción del contrato aleatorio como sometido a obligaciones recíprocamente condicionadas trata de justificar la tradicional consideración bilateral de esta categoría contractual¹³⁸⁸. Trata de encontrar una explicación

¹³⁸⁶ BOSELLI, ALDO, “Voz: *alea*”..., *cit.*, pág. 470.

¹³⁸⁷ Comparte esta opinión, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, “Los contratos...”, *cit.*, pág. 620.

¹³⁸⁸ Así, MIGUEL TRAVIESAS, MANUEL, “El juego...”, *cit.*, pág. 276, en relación a los contratos de juego y apuesta, afirma el carácter siempre bilateral de los mismos, y niega la posibilidad de que sólo una de las partes se obligue, pues ambas se obligan bajo una condición, que no es *condicio facti* sino *condicio iuris*, porque el evento forzosamente ha de intervenir en la estructura del contrato.

al hecho de que en contratos con obligaciones para ambas partes contratantes en su nacimiento, tras el advenimiento del evento incierto, sólo una de ellas deba prestar. Sin embargo, la explicación de que un contrato aleatorio nacido con obligaciones para ambas partes finalmente se concrete en una única prestación no se encuentra en una hipotética subordinación de las obligaciones a una condición, sino en la propia estructura del contrato. El *alea* inherente a estos contratos afecta a su estructura y contenido, hasta el punto de poder determinar quién es el acreedor y quién el deudor, la cuantía de la prestación, e incluso su existencia.

Aunque puede aceptarse la existencia de obligaciones suspensivamente condicionadas en los contratos aleatorios¹³⁸⁹, no puede sostenerse que estén siempre compuestos por dos obligaciones sometidas a una condición recíproca y opuesta. Tampoco parece adecuado justificar la estructura del contrato de renta vitalicia inventando la existencia de una prestación condicionada a la existencia de la vida contemplada, porque, como ya se ha dicho, no hay obligación condicionada, sino contrato aleatorio y obligación afectada por el *alea*.

En el contrato de renta vitalicia existe un ámbito temporal determinado por la vida contemplada, muerta la cual, el contrato se extingue. Acontecido el evento incierto las prestaciones finales del contrato quedan determinadas, y el contrato extinguido, sin que pueda considerarse que las prestaciones individuales en que se divide la obligación de pago de la renta estén sometidas a condición alguna¹³⁹⁰.

Tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, en el contrato de renta vitalicia el cumplimiento de la obligación no depende de la vida contemplada, como no depende de ella la adquisición de derechos por parte del perceptor de la renta. La obligación de pago de la renta nace perfecta desde la celebración del contrato, sin depender de condición alguna¹³⁹¹. La prueba de la existencia de la vida contemplada deviene de la necesidad de acreditar la inexistencia del evento que determina el fin de la obligación de pago y la extinción del contrato, y no al cumplimiento de una inexistente condición suspensiva.

Por otra parte, como ya se expuso, los efectos del contrato de renta vitalicia no coinciden con los efectos del contrato sometido a condición. No está sometido a condición suspensiva, pues es eficaz desde su perfección. Desde que las partes prestan su consentimiento el constituyente está obligado

¹³⁸⁹ Así lo hace la mayoría de la doctrina, entre otros CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, págs. 8 y 9.

¹³⁹⁰ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 146.

¹³⁹¹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 147.

a entregar el capital y el deudor a pagar la renta, salvo que establezcan, aquí sí, una condición o término no esencial al contrato. Tampoco está sometido a una condición resolutoria, pues el advenimiento de la vida contemplada provoca resultados bien distintos a los propios de una condición resolutoria.

Como sostiene QUIÑONERO CERVANTES, las consecuencias que se derivarían de considerar la muerte de la vida contemplada como una condición resolutoria son completamente incompatibles con la esencia de la renta vitalicia. En virtud del artículo 1.123 CC las condiciones que tienen por objeto resolver la obligación de dar implican, una vez cumplidas, que los interesados deban restituirse lo que hubieran percibido. Si consideramos que el contrato de renta vitalicia está sometido a la condición resolutoria de la muerte de la vida contemplada, producida ésta, acreedor y deudor deberían restituirse el capital entregado y las rentas percibidas durante todo el tiempo de duración del contrato, lo que no tiene sentido alguno¹³⁹². El contrato de renta vitalicia no está sometido a condición resolutoria, pues al fallecimiento de la vida contemplada las partes no tienen que devolverse las prestaciones ya abonadas. El contrato de renta vitalicia es un contrato aleatorio cuyo ámbito temporal viene determinado por la vida contemplada, fallecida la cual, la relación se extingue, determinando la cuantía exacta de la prestación de renta.

Ello no obsta, como ya se ha afirmado, a que alguna de las obligaciones del contrato, o la propia relación, se someta a condición o término. Lo que no compartimos es que se considere la obligación de pago de la renta vitalicia como una obligación sometida a condición, para explicar la especial estructura del contrato aleatorio de renta vitalicia.

2.2.4.- La obligación de pago de la renta vitalicia es personal, no real

La defensa del carácter real de la obligación de pago de la renta vitalicia tiene su razón de ser en los orígenes de la figura y en su devenir histórico, pues estaba fuertemente vinculada con la transmisión, a modo de capital, de fincas o bienes inmuebles¹³⁹³.

En el antiguo Derecho las rentas constituidas a cambio de bienes inmuebles tenían carácter real. Cuando se constituía una renta a cambio de un inmueble, el acreedor podía ejercitar dos tipos de acciones: una personal, para reclamar el cumplimiento de las pensiones vencidas al deudor, y otra real, dirigida a la reclamación de las pensiones frente a terceros poseedores del inmueble sobre el que recaía la renta. Si el inmueble estaba en posesión del

¹³⁹² QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 85.

¹³⁹³ Así, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 389.

deudor de la renta, el acreedor acumulaba ambas acciones, siendo principal la real y la subsidiaria la personal¹³⁹⁴.

De hecho, el derecho italiano denominaba a la renta vitalicia constituida a cambio de un inmueble “*rendita fondiaria*”, en contraposición a la “*rendita simple*”, con la intención de destacar el carácter real de la constituida a cambio de un bien inmueble, en la que la obligación de pagar la renta pesaba sobre el inmueble¹³⁹⁵.

El doble carácter real y personal de la renta no pasa al Derecho moderno. Nuestro Código Civil, al igual que el francés en el que se inspira, configura la obligación de pago de renta vitalicia como un derecho meramente personal, independientemente de que se constituya a cambio de un bien mueble o un bien inmueble¹³⁹⁶.

No cabe alegar en defensa del carácter real del contrato de renta vitalicia, tampoco, que es el sucesor inmediato del censo vitalicio. Y no cabe porque el censo vitalicio, como se defendió al hablar de los antecedentes del contrato que nos ocupa, no tenía carácter real, sino meramente personal¹³⁹⁷.

¹³⁹⁴ En este sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 221 y 222.

¹³⁹⁵ Confirma esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 32.

¹³⁹⁶ No ocurre así, sin embargo, con el Código Civil chileno, cuyo artículo 2.279 establece: “*La renta vitalicia se llama censo vitalicio, cuando se constituye sobre una finca dada que haya de pasar con esta carga a todo el que la posea. Se aplicarán al censo vitalicio las reglas del censo ordinario en cuanto le fueren aplicables*”. Este cuerpo legal configura una renta vitalicia de carácter personal y otra de carácter real, a la que denomina censo vitalicio. El censo vitalicio sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles que se transmiten con la carga de la pensión. Hacen referencia a este dato, también, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 222 y 223, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 34, quien afirma que sólo el artículo 2.279 del Código Civil chileno conserva el carácter mixto (personal y real) de la renta vitalicia, y sólo en el supuesto de constituirse a cambio de un bien inmueble.

¹³⁹⁷ En este mismo sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 177 y 178, quien no sólo afirma el carácter personal del censo vitalicio, señalándolo como antecedente directo del contrato de renta vitalicia, sino que también incide en la ubicación sistemática de esta última figura contractual y en el principio general de eficacia *inter partes* de los contratos, consagrado en el artículo 1.257 CC. Por otra parte se apoya, a la hora de atribuir eficacia obligacional al contrato de renta vitalicia, en la especial relevancia de la influencia del artículo 1.968 *Code*, y en el hecho de que el artículo 1.802 CC se refiere tanto a las rentas vitalicias constituidas a cambio de dinero como a las constituidas a cambio de un bien mueble o inmueble, destacando que en el derecho francés las constituidas a cambio de un bien siempre han estado asimiladas a la compraventa. En el mismo sentido se pronuncia el autor en “El origen censual del art. 1.802 del Código Civil español”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. II, Servei de publicació de la Universitat de València, 1.996, págs. 465 y 466, y en, “El violari i el censal, fonaments del contracte de renda vitalicia”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 1.996, págs.65, 66 y 67. En contra se pronuncia, sin embargo, DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 806, para quien la solución está, históricamente, clara. La entraña de la renta vitalicia está en el censo vitalicio, que se transforma en el contrato de renta vitalicia de

No obstante, incluso autores que consideran al censo vitalicio como una figura que da lugar a acción real, como un auténtico censo, niegan que la influencia de este instituto le otorgase carácter real, dada la prohibición a la temporalidad de los censos del legislador del Código¹³⁹⁸. De hecho, GÓMEZ MARTINHO, con base en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1951 y en las opiniones de la mayor parte de la doctrina, defiende que el Código Civil, al no mencionar al censo vitalicio y regular la renta vitalicia, deja patente su intención de sustituir un derecho de naturaleza real por otro de mera naturaleza personal¹³⁹⁹.

En el mismo sentido se pronuncia GOMÁ SALCEDO, para quien no es concebible un derecho real en virtud del cual su titular pueda extraer del predio gravado rendimientos superiores a los que produce. Para el autor, tal situación sólo se explica si existe un previo contrato del que resulte la obligación de pago de la renta, a cuya seguridad puede afectarse un inmueble. Si bien, de este supuesto se derivaría la existencia de una hipoteca, no de un derecho real atípico. En su opinión, la figura del contrato, y por tanto del derecho de crédito, es inseparable de la renta vitalicia onerosa, que no se adapta a la estructura de un derecho real¹⁴⁰⁰.

Entre nuestra doctrina y jurisprudencia la defensa del carácter real de la obligación de renta suele centrarse en la dicción del artículo 1.802 CC¹⁴⁰¹. La afirmación contenida en el precepto, de que el dominio del capital en bienes muebles o inmuebles se transmite, desde luego, con la carga de la pensión, ha hecho derramar ríos de tinta dirigidos a explicar el sentido de la expresión. Las citadas palabras son el principal argumento a favor del carácter real de la obligación, pues su dicción parece insinuar que el receptor de la

los artículos 1.802 y ss CC cuando el legislador se pronuncia en contra de la temporalidad de los censos. Para el autor, el hecho de que el censo vitalicio desapareciese y diese lugar a la renta vitalicia, no obsta a que se puedan reconocer en la heredera del censo vitalicio los mismos caracteres de su causante.

¹³⁹⁸ Es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 35, para quien, aunque se considere a la renta vitalicia como una mera sucesora del censo vitalicio, no puede alegarse el carácter real de la obligación de pagar la renta, porque en el año 1.889 se prohibió la temporalidad de los censos.

¹³⁹⁹ GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia y el pacto contrario al art. 1.805”, *Estudios de Derecho Privado*, Dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, E., T. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.965, pág. 277.

¹⁴⁰⁰ GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 323 y 324.

¹⁴⁰¹ Con acierto, desde nuestro punto de vista, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 35, afirma que la imprecisión del Código está influida por antiguas concepciones que fundían la renta con el bien, en la creencia de que el bien era el único patrimonio del acreedor de la renta, sin el que no podría vivir. No obstante, sigue argumentando el autor, tales concepciones cambiaron con la revolución francesa, contraria a cualquier vinculación de los bienes que obstaculizase su libre circulación.

renta recibe un derecho real¹⁴⁰², o que existe alguna suerte de garantía real que grava los bienes transmitidos, respecto del cumplimiento del pago de la renta.

Se ha sostenido que no puede achacarse al legislador una alocada selección de sus palabras, y que si pudo limitarse a decir, en el artículo 1.802 CC, que el deudor se obliga a pagar una pensión o rédito anual a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, y sin embargo agrega que el dominio se le transfiere con la carga de la pensión, ello debe tener una significación¹⁴⁰³.

No obstante, el artículo 1.805 CC viene a dar argumentos a quienes defienden el carácter personal del derecho a la renta vitalicia que deriva del contrato, pues está en franca contradicción con el primero. Mientras el artículo 1.802 CC parece otorgar una garantía real a la obligación de pago de la renta, con la afirmación de que el dominio del capital se transfiere con la carga de la pensión, el artículo 1.805 CC afirma que la falta de pago de la renta sólo otorga a su titular el derecho a reclamar judicialmente las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras¹⁴⁰⁴. El citado precepto puede

¹⁴⁰² Si bien, son muchos los autores que defienden la posición contraria. En este sentido destacan: GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 273 y 274, para quien las razones de la expresión “desde luego” son fundamentalmente dos, y ambas de tipo histórico. La primera de ellas radica en la preocupación medieval por la represión de la usura, que lleva a asimilar el censo vitalicio al consignativo, en el que era necesario entregar el capital de presente, generalmente ante notario. Para el autor, cuando el Código Civil transforma el censo en contrato de renta vitalicia olvida variar la terminología, lo que explica la permanencia de “desde luego” en el artículo 1.802 CC. La otra explicación, en su opinión, surge al estudiar la regulación medieval de la figura. En este sentido el autor recuerda que durante un tiempo, en el que solían entregarse bienes a iglesias y monasterios a cambio de rentas vitalicias, se siente la necesidad de proteger a quien entrega el capital de los frecuentes incumplimientos de la obligación de pagar la renta. Para ello, se atribuye al deudor de la renta la consideración de mero poseedor precario del capital hasta el fallecimiento del rentista, momento en el que adquiriría la completa propiedad del bien. El autor considera factible que el legislador quisiese aclarar, que el hecho de dar carácter obligacional al contrato de renta vitalicia no implica considerar al deudor como un simple precarista. Para los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 776, no obstante la expresión “con la carga de la pensión”, no se trata de una verdadera carga real. Los autores inciden en que la renta vitalicia no es un gravamen real, aunque pueda garantizarse mediante la constitución de un derecho real. Conforme establece la RDGRN de 31 de mayo de 1.951, los anotadores señalan que las facultades del titular de la renta no armonizan con las de los titulares de los derechos reales, dado que sólo puede reclamar el cumplimiento de las rentas vencidas y el aseguramiento de las futuras.

¹⁴⁰³ Tal es la opinión de DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 805, para quien “la carga, en cuanto sella inevitablemente el derecho real de dominio, se empapa de las esencias reales de la entidad sellada”.

¹⁴⁰⁴ Para QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 33, con la opción recogida en el artículo 1.805 CC se logra mayor seguridad en el buen funcionamiento de la relación, al librar a un bien de una carga innecesaria que perjudica su

entenderse si el derecho a la renta vitalicia tiene carácter personal, pues de lo contrario carece de sentido la facultad de asegurar la renta cuando se produce el incumplimiento del deudor, dada la garantía real¹⁴⁰⁵.

Comparte esta opinión la RDGRN de 21 de diciembre de 1.943, pues establece que “...para desmentir el carácter real de esa carga a que alude el art. 1.802, basta considerar que en el capítulo correspondiente no se faculta al pensionista para exigir de terceras personas el cumplimiento de la carga, ni para entrar en posesión del predio cedido, ni para pedir el reembolso del capital cuando se falta al abono de la pensión, sino que se le reservan de un lado, los derechos que todo acreedor puede ejercitar para reclamar el pago de las rentas atrasadas, y de otro, el privilegio de asegurar las futuras”.

Por otra parte, frente a quienes defienden que la dicción del artículo 1.802 CC configura una auténtica obligación con garantía real, se alega el escaso rigor técnico de la redacción del precepto. En este sentido, suele recordarse que el Código Civil emplea el término carga sin hacer referencia a su específico significado en muchos preceptos. Tal es el caso de los artículos 452 CC, 504 CC y 633 CC, entre otros, en los que la palabra carga se usa indistintamente como sinónimo de gastos, contraprestación...¹⁴⁰⁶. Así, trata de justificarse la expresión “con la carga de la pensión”, manteniendo que sólo hace referencia al hecho de que la obligación de pagar la renta surge en consideración, como contraprestación, a los bienes entregados en concepto de capital¹⁴⁰⁷.

La corrección de tal conclusión viene amparada, además, por el hecho de que el artículo 1.802 CC no distingue entre el capital constituido por bienes muebles o inmuebles. La disposición afirma que el dominio del capital en bienes muebles o inmuebles se transfiere, desde luego, con la carga de la pensión. Por tanto, difícilmente puede considerarse que la obligación de pago de la renta se configura como una carga real, porque si tal afirmación resulta poco aceptable respecto del capital en bienes inmuebles, resulta totalmente

valor, manteniendo la protección del acreedor a través del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor.

¹⁴⁰⁵ En el mismo sentido se pronuncia POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.836, quien afirma que la previsión del artículo 1.805 CC, relativa al aseguramiento de las pensiones previo acuerdo judicial, sería redundante si la carga fuese real. Sin embargo, DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 805, considera que el legislador inició una línea recta y contundente con el artículo 1.802 CC que, aunque quebró con el artículo 1.805 CC, volvió a enderezarse con el artículo 1.807 CC y su admisión de la renta vitalicia gratuita.

¹⁴⁰⁶ Así lo afirma la RDGRN de 21 de diciembre de 1.943, que en su tercer considerando establece “... nuestro Cuerpo legal emplea en su articulado indistintamente la palabra “carga”, así en los artículos 452, 504 y 633 entre otros, variando el concepto que de la misma tiene, ya que en unas ocasiones parece sinónima de gastos, a veces de contraprestación, y en otras adopta una concepción distinta, sin atenerse a un tecnicismo propio y depurado”.

¹⁴⁰⁷ En este sentido, por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 38.

inaceptable respecto del capital constituido por bienes muebles, especialmente en dinero¹⁴⁰⁸.

A mayor abundamiento, parece claro que el origen histórico de la figura no puede amparar el carácter real del derecho a la renta derivado de ella, cuando en la legislación anterior al Código Civil, como se ha visto, el capital sólo podía constituirse en dinero. Siendo esto así, difícilmente cabe configurar la renta como una carga real sobre el dinero entregado¹⁴⁰⁹.

En otro orden de cosas, tal y como sostiene BELTRÁN DE HEREDIA, el artículo 336 CC asimila la renta vitalicia a los bienes muebles, por lo que dentro de tal catalogación, tratándose de un derecho, ha de ser un derecho personal o de crédito. Sólo si la renta grava con una carga real un bien inmueble puede considerarse derecho real, lo que queda excluido del contrato de renta vitalicia por lo establecido en el artículo 1.805 CC¹⁴¹⁰.

Además de las razones que se han dado a favor del carácter personal de la obligación de renta vitalicia, existe otra fundamentalmente práctica. Es habitual defender el carácter de carga real de la obligación por la insuficiente protección al acreedor que el carácter personal de la misma genera, sin embargo, no hay obstáculo para garantizar el pago con una garantía real, cuyas consecuencias prácticas son asimilables a las de la obligación real¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁸ Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 38. En contra se pronuncia DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 806. El autor afirma que el artículo 1.805 CC hace referencia a la posibilidad de asegurar las rentas futuras prometidas a cambio de un capital en dinero o en bienes muebles, pues considera que sólo así la sintonía de la Ley permanece imperturbable. De hecho, comparte aquellas posturas que defendían que la renta constituida a cambio de un capital en dinero es equiparable a la compra de renta, mientras que si el capital es un bien inmueble lo comprado es el citado capital.

¹⁴⁰⁹ Menciona esta realidad histórica, entre otros, POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.836.

¹⁴¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 34 y 35. De hecho el autor, en la pág. 41, afirma que el derecho a los distintos pagos de renta aisladamente considerados también tienen carácter mueble, pues, como ya se dijo, se consideran frutos civiles. Sin embargo, DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 805, se pronuncia a favor de que el contrato de renta vitalicia proporciona al acreedor de la renta, transmitente del dominio, una garantía real sobre los bienes cedidos, lo que asegura el cumplimiento del deudor de la renta. En sentido parecido MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 197, afirma que cuando la renta se constituye a cambio de un bien inmueble se denomina “fondiaria”, y el “vitalizante” goza de una hipoteca legal sobre el inmueble concedido, considerándose como una carga inherente al inmueble.

¹⁴¹¹ DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 805 y 806, considera dudoso que la Ley, en un negocio de cambio como el que nos ocupa, desampare el interés patrimonial del rentista dejándolo a la buena voluntad del deudor de la renta. Para el autor no hay negocio traslativo del dominio de bienes, que genere en el receptor un deber

Así lo afirma, también, la RDGRN de 21 de diciembre de 1.943, para la que el carácter personal del derecho a la renta “...no impide que pueda garantizarse con una finca el pago de las pensiones, y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado, a pesar de las particularidades tan interesantes que su aplicación a la renta vitalicia presenta, derivadas de la índole especial del contrato en el que la duración es indeterminada y las pensiones a garantizar desconocidas, circunstancias todas que despojan a esa hipoteca de las líneas tradicionales, para asimilarla a algunas de las llamadas de seguridad”.

Si se mantiene el carácter personal del derecho a la renta derivado del contrato se favorece el tráfico jurídico, la constitución de la renta, y se deja siempre abierta la posibilidad de una garantía real, para aquellos supuestos en los que no sea suficiente la responsabilidad patrimonial universal del deudor¹⁴¹².

De hecho, la obligación de pago de la renta no sólo puede asegurarse preventivamente, cuando las partes configuran la relación, sino también *a posteriori*, cuando se produce un incumplimiento del deudor, para evitar que vuelva a producirse en un futuro. Así lo prevé el artículo 1.805 CC, que autoriza al perceptor de la renta a solicitar el aseguramiento de las rentas futuras si el deudor deja de pagar las pensiones vencidas.

Comparte la opción por el carácter personal del derecho a la renta el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 20 de abril de 1.905, para la que el derecho del pensionista no es una carga, y otras posteriores. Es clásica la cita, en este sentido, de las SSTS de 14 de noviembre de 1.908, 16 de diciembre de 1.930, 11 de julio de 1934 u 8 de enero de 1945¹⁴¹³. Con mayor

de largo tracto, en el que el legislador no haya vigorizado la posición del *tradens*, poniendo a su servicio enérgicos poderes reales. En sentido radicalmente contrario, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 36, afirma que el artículo 1.805 CC no está puesto al azar, sino que responde a la naturaleza personal del derecho. Además, entiende que no puede verse en él un abandono de la persona del acreedor, porque no debe olvidarse que la relación jurídica es aleatoria, y porque el acreedor tiene su alcance todas las medidas protectoras de los derechos de crédito.

¹⁴¹² En el mismo sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 33 y 34, afirma que si se admite el carácter real de la obligación de renta raramente se constituirá, dada la dificultad de prever el pago seguro de las pensiones. En su opinión, el carácter real conlleva una cierta reticencia a la conformación del contrato de renta vitalicia, ante la posibilidad de tener que devolver el capital. Además recuerda, que si se considera insuficiente para proteger al acreedor de la renta la garantía personal, siempre cabe garantizar la obligación mediante fianza, prenda o hipoteca.

¹⁴¹³ El Tribunal Supremo mantiene esta tesis en la actualidad. Así, las SSTS de 8 de mayo de 1992 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas, destacan las obligaciones de carácter personal, sin carácter real (como dice expresamente la STS de 8 de mayo de 1992), del pagador y del rentista. En este mismo sentido, la SAP de Sevilla, de 17 de diciembre de 1.996, afirma que una cláusula de un contrato de renta vitalicia que faculta a la obligada al pago de la renta a variar su importe conforme disminuyan las rentas y beneficios de un negocio es incompatible con la naturaleza del contrato de renta vitalicia, porque la

detenimiento se ha ocupado del tema la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha confirmado el carácter personal del derecho en numerosas Resoluciones. Tal es el caso de las RRDGRN de 31 de mayo de 1.892, 28 de mayo de 1895, 24 de diciembre de 1908, 11 de abril de 1930, 30 de junio de 1933, 23 de noviembre de 1936, 1 de marzo de 1939, 21 de diciembre de 1943 y 31 de mayo de 1951. No obstante, se ha pronunciado en contra del carácter personal del contrato, defendiendo sus efectos reales, la RDGRN de 19 de septiembre de 1.927. La citada resolución, con la finalidad de diferenciar el contrato de renta vitalicia del de compraventa, otorga a este último carácter real. Sin embargo, lo hace reconociendo la admisibilidad de pactar su carácter personal cuando los contratantes deseen transmitir libremente el capital, dada la posibilidad de que las partes contraten al margen de los moldes admitidos, siempre que expresen con claridad las características del negocio.

De entre las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado citadas, a favor del carácter personal, destacan las tres últimas, que han sido objeto de numerosos comentarios y estudios.

La RDGRN de 1 de marzo de 1.939 niega el carácter real del derecho a la renta en el Código Civil, e, incluso, que tuviese carácter real en el derecho tradicional¹⁴¹⁴.

La RDGRN de 21 de diciembre de 1.943, como ya se ha dejado constancia, afirma que el término “carga” utilizado por el artículo 1.802 CC carece de un tecnicismo depurado, y que el lugar de colocación del contrato en el Código no es favorable a los efectos reales. Además, precisa que no cabe confundir el derecho a la renta que otorga el contrato de renta vitalicia con el que concedía el censo vitalicio, por mucho que sea su entronque más directo. No procede confundirlos, porque el Código Civil no contempla el censo vitalicio, y porque el derecho a la renta del contrato que nos ocupa es meramente personal. Si bien, el centro director de los registros y del notariado olvida que también tenía carácter personal el derecho a la renta que otorgaba el censo vitalicio.

La RDGRN de 31 de mayo de 1.951 confirma la línea mantenida en las anteriores. Defiende la naturaleza personal del derecho a la renta y la

obligación de la deudora es de carácter personal y subsiste durante toda la vida del rentista, aunque los bienes entregados no rindan más tarde beneficio.

¹⁴¹⁴ Así, la Resolución afirma “...la renta vitalicia, dentro del supuesto regulado por el Código, representa la transmisión en pleno dominio de un capital, en bienes muebles o inmuebles, a la persona que toma a su cargo la obligación del pago de la pensión, sin que en ningún caso tal obligación por sí misma tenga o haya tenido carácter real; ni en nuestro derecho tradicional, preceptivo en cuanto a la necesidad de que el capital hubiera de serlo en dinero, ni en el Código Civil, que aunque autoriza la transmisión de inmuebles, no afecta éstos al pago que en su caso podrá ser garantizado especialmente, pues a diferencia del censo vitalicio sólo se concede al pensionista un derecho personal”.

posibilidad de garantizarlo con un derecho real, sin que por ello se modifiquen su carácter y efectos, que tampoco considera desvirtuados por la declaración del último inciso del artículo 1.802 del Código Civil. Reitera, además, que el término “carga” se utiliza en el artículo 1.802 CC sin valor técnico depurado, y afirma, como se ha dicho, que el hecho de garantizar con un derecho real la renta no modifica su carácter meramente personal, aunque en ocasiones se haya sostenido lo contrario¹⁴¹⁵.

Parece innegable, por tanto, que el derecho a la renta que deriva del contrato de renta vitalicia regulado en los artículos 1.802 y ss del Código Civil es de carácter personal. Mayores dificultades plantea, decidir si las partes pueden constituir una relación jurídica distinta, a la que se le otorgue carácter real¹⁴¹⁶. La Dirección General de Registros y del Notariado se pronuncia en contra de tal posibilidad en la Resolución de 21 de diciembre de 1.943. La resolución afirma que, a pesar de la innegable influencia en el derecho inmobiliario de la teoría del *numerus apertus* de los derechos reales, la doctrina científica opta por la orientación contraria, pues facilita la labor del registrador en cuanto a la calificación, favorece los cálculos de terceros adquirentes, y evita la creación de derechos innominados y ambiguos¹⁴¹⁷. Esta resolución, no obstante, fue muy criticada por la doctrina. Sin detenernos más en este debate, sólo queremos precisar que la solución depende de la postura que se adopte en relación con la teoría del *numerus apertus*¹⁴¹⁸. Desde nuestro

¹⁴¹⁵ A propósito del comentario a esta resolución, GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 214, manifiesta su opinión favorable a la naturaleza personal del derecho a cobrar la pensión.

¹⁴¹⁶ Hace mención a esta posibilidad, y a la opinión en contra de la Dirección General de Registros y del Notariado, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 41. Sin embargo, POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.838, se pronuncia a favor de poder constituir el derecho con carácter real, pues afirma que la teoría del *numerus apertus* es la que prevalece. Se apoya, además, en lo establecido en las RRDGRN de 19 de septiembre de 1.927 y 31 de mayo de 1.951.

¹⁴¹⁷ La Resolución afirma, literalmente, que la postura contraria a tal doctrina, “...encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del Registrador en cuanto a su deber de calificación, favorecer los cálculos de los terceros adquirentes y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos, y nuestra propia jurisprudencia impone ciertas cortapisas y limitaciones a la autonomía de las personas que constituyen un derecho real”.

¹⁴¹⁸ Como se ha dicho, la posibilidad de configurar la renta como una carga real depende de la posición que se adopte respecto a la doctrina del *numerus apertus*. En este sentido, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 229, considera que la regulación del Código Civil, de la Ley hipotecaria, y la opinión de algunos tratadistas como PEREZ Y ALGUER abonan la solución favorable a que la renta pueda ser constituida como derecho real. GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 278, expone las distintas opiniones al respecto. Así, constata como ROCA SASTRE defiende que legislador debe proporcionar a los particulares el mayor número posible de figuras jurídicas, permitiendo a las partes tal configuración. Por ello, afirma que la regulación de la hipoteca de renta no debe impedir a las partes la configuración de la renta vitalicia como una carga real de carácter censal, si lo consideran oportuno. En contra de la doctrina del *numerus apertus* y a favor de la doctrina de la Dirección General de Registros y del notariado

punto de vista, y sin negar radicalmente la posibilidad de que el derecho personal se configure directamente como real por expresa voluntad de las partes, resulta más eficaz garantizarlo con una garantía real, como la hipoteca¹⁴¹⁹. Esta solución consigue efectos análogos y preserva la seguridad del tráfico jurídico.

Del carácter personal de la obligación de pago de la renta vitalicia derivan diversas consecuencias, que son señaladas por la doctrina¹⁴²⁰:

1.- El hecho de abandonar el bien que recibe en concepto de capital no libera al deudor de la renta de su obligación de pagar las pensiones pactadas en el contrato, pues la obligación vincula al deudor y a todos sus bienes.

2.- El principal mecanismo de garantía real que corresponde al acreedor de la renta es la hipoteca especial de rentas.

3.- La transmisión de la renta debe adaptarse a las reglas generales de transmisión de créditos.

4.- El acreedor de la renta no tiene derecho alguno a los frutos producidos por el capital entregado, sino un mero derecho a la pensión pactada. El rentista puede exigir la renta en la cuantía y calidad especificada en el contrato, pero los frutos del bien cedido corresponden a su nuevo propietario.

5.- La renta vitalicia no desaparece, ni se reduce, con la destrucción de la cosa entregada como capital, a diferencia de lo que ocurre con los censos. La pensión no se extingue, ni se minor, porque la renta vitalicia es completamente independiente del bien entregado y de su productividad. Ello incrementa la aleatoriedad del contrato, pues las ganancias y las pérdidas de

GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, *Instituciones de...*, *cit.*, págs. 323 y 324, argumenta que el derecho real requiere de una cierta estabilidad en la situación sobre la que se construye, por lo que no considera concebible un derecho real en el que su titular esté facultado para reclamar una cantidad superior a los rendimientos del propio predio. Esto implica, en su opinión, la existencia de un contrato anterior que afecte la finca al pago, en cuyo caso no hay derecho real atípico sino hipoteca ordinaria. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 228, afirma que el Código Civil italiano de 1.865 no acoge el principio establecido por el Código general austriaco, mediante el cual la mera inscripción del derecho en el registro basta para convertir en reales algunos derechos de carácter personal.

¹⁴¹⁹ Parece compartir esta opinión POVEDA DÍAZ, JOSÉ, "Algunas cuestiones...", *cit.*, pág. 2.838, a pesar de defender su posible configuración como derecho real.

¹⁴²⁰ Así, por ejemplo, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs 238 a 255, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 42 a 44, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 36 y 37,...enumeraciones de las que partimos para exponer las consecuencias del carácter personal de la obligación de pago de la renta.

las partes no sólo dependen de la duración de la vida contemplada, sino de la productividad del bien entregado como capital, siempre que el citado bien sea productivo.

6.- La transmisión del capital entregado como contraprestación a la renta no genera un cambio en la titularidad de la obligación de pago de la pensión. Como se ha dicho, la obligación de pago de la renta y el capital entregado son completamente independientes. Por ello, la transmisión del capital no produce la cesión de la obligación de pago de la renta al adquirente de la cosa, pues no se trata de una titularidad *ob rem* pasiva, como sí ocurre en los censos. La acción personal del acreedor, en estos casos, no sufre modificación alguna. Si bien, es perfectamente posible que se opere una transmisión de la deuda y que ésta sea asumida por el nuevo titular del inmueble, siempre que medie el necesario consentimiento del acreedor. En estos supuestos el nuevo deudor es el titular del inmueble, pero no como tal titular, sino como nuevo adquirente de la deuda por la transmisión actuada.

7.- Es de aplicación al contrato de renta vitalicia el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 CC. Por ello, el deudor de la renta no se libera de la obligación de pago de la pensión con el abandono de la cosa entregada como capital. El acreedor no tiene derecho de preferencia o prelación en caso de concurso, y la obligación de pago de la renta no se extingue por la readquisición de las cosas entregadas como capital por parte del deudor. La readquisición de las cosas entregadas como capital no supone la extinción del derecho a la renta por confusión, porque, reiteramos, la obligación de pago de la renta es totalmente independiente de los avatares que sufra la cosa dada en concepto de capital.

8.- El acreedor de la renta no tiene derecho a un incremento de la pensión si aumenta la productividad de la finca. Y viceversa, tampoco disminuye la renta, ni se extingue, si la productividad del capital disminuye o desaparece, dada su independencia del capital entregado. Así lo confirman las RRDGRN de 31 de diciembre de 1943 y 31 de mayo de 1951.

CAPÍTULO V:
GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA
RENTA

1.- LA IRRESOLUBILIDAD DEL CONTRATO POR
INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA
RENTA. EL ARTÍCULO 1.805 CC

1.1.- JUSTIFICACIÓN SISTEMÁTICA

Puesto que el contrato de renta vitalicia con entrega de capital es un contrato bilateral, como ya se ha defendido, la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo debería llevar consigo la posibilidad de resolverlo por incumplimiento, en virtud de lo establecido en el artículo 1.124 CC

Sin embargo, el artículo 1.805 CC parece excluir la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la obligación de pagar la renta. El precepto establece: *“La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras?”*.

El incumplimiento de la obligación de pagar la renta vitalicia por parte deudor no permite al acreedor resolver el contrato. Éste sólo puede reclamar el cumplimiento de las pensiones vencidas, con la garantía del patrimonio del deudor, y el aseguramiento de las pensiones futuras que queden por vencer, dado el incumplimiento anterior.

Precisamente por este motivo incluimos el estudio del artículo 1.805 CC en este epígrafe, porque la finalidad es terminar explicando el pacto en contra de lo establecido en el citado precepto, lo que no deja de ser una garantía de la obligación de pago de la renta. Cuando las partes establecen una cláusula resolutoria expresa introducen una garantía altamente eficaz a favor del perceptor de la renta, que eleva el citado pacto a la categoría de medida de aseguramiento de la obligación de pagar la renta¹⁴²¹. De hecho, muchos autores consideran que la única garantía que puede asegurar el

¹⁴²¹ Así lo manifiesta, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 260.

derecho del acreedor de la pensión es pactar expresamente en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC, incluyendo en el contrato una cláusula resolutoria expresa para el caso de incumplimiento del deudor¹⁴²².

1.2.- PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARTÍCULO 1.805 CC

Este discutidísimo precepto no es originario del Código Civil de 1.889, sino que deriva del artículo 1.709 del Proyecto de 1.851¹⁴²³, que a su vez se inspira en el Código Civil francés y en el italiano, de los que indudablemente bebe nuestro legislador. El artículo 1.978 del *Code*¹⁴²⁴, el artículo 1.797 del Codice de 1.865 y el artículo 1.878 del Codice de 1.942¹⁴²⁵ contienen estipulaciones muy semejantes a la del artículo 1.805 CC. Si bien los citados códigos introducen una previsión que desconoce nuestro Código Civil, pues permiten la resolución del contrato en el supuesto de que el deudor no preste o disminuya las garantías a favor de la renta previamente pactadas¹⁴²⁶. También el artículo 1.708 del Proyecto de 1.851 prevé la posibilidad de “*hacer que se rescinda el contrato, si no se le otorgan las seguridades estipuladas*”.

Por otra parte, nuestro Código Civil tampoco incluye disposición alguna semejante a las previstas por el artículo 1.977 *Code*, el artículo 1.798 del Código italiano de 1.865 y el artículo 1.879 del de 1.942, respecto a la prohibición del deudor de librarse de la obligación de pago de la renta, por

¹⁴²² Es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 166. GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 217, considera que la condición resolutoria expresa es la garantía más eficaz y, sobre todo, la que mejor encaja en este tipo de contratos.

¹⁴²³ El artículo 1.709 del Proyecto de 1.851 establece que “*En el caso de que el deudor de la renta deje de pagarla, no tendrá el acreedor otro derecho, aunque se haya pactado lo contrario, que el de ejecutar judicialmente al deudor para el pago de las rentas atrasadas y para asegurar la prestación de las futuras*”.

¹⁴²⁴ El artículo 1.978 del Código Civil francés establece, que la sola falta de pago de los vencimientos de la renta no autoriza a aquel en cuyo favor está constituida a pedir el reembolso del capital, o a volver a entrar en posesión del fundo enajenado. El acreedor sólo tiene el derecho de embargar y hacer vender los bienes de su deudor, y de ordenar o consentir, con el producto de la venta, el empleo de una suma suficiente para atender los distintos vencimientos de la renta.

¹⁴²⁵ El artículo 1.797 del Código Civil italiano de 1.865 establece, que la sola falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza a aquel en cuyo favor se constituyó la renta a entrar en posesión del fundo enajenado. Éste sólo tiene derecho a embargar y hacer vender los bienes del deudor, y a pedir que se ordene, si el deudor no lo consiente, que del producto de la venta se emplee una suma bastante para satisfacer las pensiones. Este precepto viene recogido, también, en el artículo 1.878 del Codice de 1.942, que establece que, en caso de falta de pago de las pensiones vencidas el acreedor de la renta, aunque sea el mismo que la constituyó, no puede pedir la resolución del contrato, pero puede hacer embargar y vender los bienes del deudor, para que con lo obtenido con el producto de la venta se obtenga una cantidad suficiente que pueda asegurar el pago de la renta.

¹⁴²⁶ Así lo hacen el artículo 1.977 del *Code*, el artículo 1.877 del Codice de 1.942 y el 1.796 del de 1.865.

onerosa que resulte, reembolsando el capital o renunciando a las pensiones ya pagadas.

Además estos Códigos, y el artículo 1.709 del Proyecto de Código Civil de 1.851, autorizan al acreedor a embargar y vender los bienes del deudor cuando deja de pagar la pensión, para asegurar que con lo obtenido se garantice la obligación de pago de la renta. El artículo 1.709 del Proyecto permite al acreedor “*ejecutar judicialmente al deudor para el pago de las rentas atrasadas y para asegurar la prestación de las futuras*”. En opinión de la doctrina, tal dicción autoriza al acreedor a ejecutar judicialmente al deudor para cubrir el pago de las pensiones vencidas y colocar la cantidad necesaria para atender el pago de las pensiones futuras, atendida la duración probable de la vida contemplada¹⁴²⁷. Tal posibilidad no se deriva del artículo 1.805 CC actual, que sólo permite la reclamación del importe de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras¹⁴²⁸.

1.3.- LAS CONSECUENCIAS DEL IMPAGO DE LA RENTA: LA RECLAMACIÓN DE LAS RENTAS VENCIDAS Y EL ASEGURAMIENTO DE LAS FUTURAS

La dicción literal del artículo 1.805 CC, por tanto, legitima al acreedor, cuando el deudor no cumpla con su obligación, a reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras, aunque no autoriza la satisfacción de las pensiones futuras con arreglo a una ejecución anticipada. Tal previsión, en realidad, viene a conceder al deudor el derecho a solicitar el aseguramiento de las pensiones futuras, pues es indudable que el derecho a

¹⁴²⁷ En este sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 502, para quien, aunque no de manera tan clara como el Código francés o el italiano, que permiten expresamente el embargo y venta de los bienes del deudor, la solución del Proyecto tenía el mismo sentido.

¹⁴²⁸ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 501 y 502, afirma que, aunque pudiera pensarse que la solución contenida en los precedentes del Código Civil actual es la misma que la plasmada en el artículo 1.805 CC, considerando que las modificaciones del precepto respecto del artículo 1.709 del Proyecto (cuya fórmula había sancionado el *Code* y adoptado también el *Codice* de 1.865) obedecen a meras alteraciones gramaticales sin otra trascendencia, tal conclusión no parece admisible. El artículo 1.805 CC exclusivamente autoriza a la reclamación judicial de las rentas atrasadas, sin que pueda tenerse en cuenta el valor de la totalidad de las rentas, y prescindiendo de la idea de ejecución, embargo o venta. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 491, afirma que la ejecución judicial proporciona al acreedor insatisfecho la satisfacción de las rentas atrasadas con sus intereses, pero no predispone fondos para hacer efectivas las rentas con vencimientos futuros. El autor citado entiende que en relación con tales vencimientos futuros sólo cabe su aseguramiento. En el mismo sentido se pronuncia en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.424, afirma que el artículo 1.805 CC faculta al acreedor, únicamente, para reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras mediante cualquier instrumento de garantía admitido por el ordenamiento jurídico.

reclamar el pago de vencidas le correspondería aunque nada estableciese el artículo 1.805 CC al respecto¹⁴²⁹.

La posibilidad de reclamar el cumplimiento efectivo de las pensiones vencidas no plantea especialidad alguna respecto a cualquier otra reclamación de deuda pecuniaria vencida. Parece evidente que la mención expresa al derecho del acreedor a reclamar tales pensiones obedece a la intención de separar las facultades concedidas por el precepto que nos ocupa de las previstas por el artículo 1.709 del Proyecto, que permitía la ejecución judicial del deudor para el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras mediante su ejecución anticipada, como también lo hacían el *Code* y el Código Civil italiano¹⁴³⁰.

Tampoco existen grandes peculiaridades respecto al aseguramiento de las pensiones futuras. El problema se plantea en relación con el objeto de la garantía, pues el Código nada dice al respecto y el carácter vitalicio de la obligación genera complicaciones en relación con el importe de la misma.

LACRUZ considera discutible cuál deba ser el objeto de la garantía, puesto que el artículo 1.805 CC sólo habla de garantías suficientes. Sin embargo, se pronuncia a favor de garantizar los vencimientos próximos, persistiendo el aseguramiento indefinidamente en relación con todos los que se vayan sucediendo, aunque también contempla la posibilidad de garantizar el valor actuarial de la renta en el momento de la ejecución, o el máximo previsible de prestaciones a abonar¹⁴³¹. En general, parece que lo más adecuado es garantizar los vencimientos próximos, manteniendo el aseguramiento mientras dure la relación de renta. De esta manera no se gravan innecesariamente bienes del deudor, como ocurriría si se garantizan el número máximo de rentas que puedan llegar a devengarse, y se consigue una garantía más segura que aquella basada en el valor actuarial de la renta, que podría ser inferior al de la concreta renta a asegurar.

No obstante, a falta de pacto, entendemos que por las especiales características del contrato lo más adecuado es ponderar las circunstancias de cada caso concreto, valorando la edad de la vida contemplada, su estado de

¹⁴²⁹ No debe olvidarse, como nos recuerda CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 56, que el derecho a reclamar las pensiones atrasadas queda limitado a las de los cinco últimos años, pues el artículo 1.966 CC establece la prescripción de este tipo de obligaciones por el transcurso de tal plazo de tiempo.

¹⁴³⁰ Comparten esta opinión CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 58 y ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, "Sobre el contenido...", *cit.*, pág. 1.424.

¹⁴³¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, pág. 491. Resulta destacable que en ediciones posteriores de la obra el autor ya no hace referencia alguna al objeto del aseguramiento. Tal es el caso de LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.002, y *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005.

salud, la entidad de la renta y, especialmente, las posibilidades de futuros incumplimientos¹⁴³².

Puede utilizarse cualquier mecanismo de aseguramiento, hipoteca, prenda... aunque el más adecuado, dada la duración indefinida de la renta, es la hipoteca en garantía de rentas¹⁴³³.

Por otra parte, no cabe duda de que una vez efectuada la reclamación de las rentas vencidas, el pago del deudor no le libera del aseguramiento de las futuras, pues el fundamento de tal reclamación está en el impago de las rentas en el momento de su vencimiento, y la exigencia de las garantías mantiene la misma justificación¹⁴³⁴.

Cabe plantearse qué es lo que ocurre si el acreedor de las rentas reclama el pago de pensiones atrasadas, y el aseguramiento de las prestaciones futuras, y el deudor no puede o no quiere proceder a tal aseguramiento. Para COSSIO resulta indudable que el contrato podría “rescindirse” si se perdiesen, por evicción, las cosas entregadas como capital, si éstas adoleciesen de vicios absolutos, o si surgiese cualquier causa que determine la “rescisión” del contrato. Por este motivo, el autor no entiende por qué el artículo 1.805 CC priva de tal derecho al perceptor de la renta en caso de impago de las pensiones por el deudor, y considera que se rompe el principio de reciprocidad de las obligaciones sinalagmáticas. Así, afirma que el estudio detenido del precepto revela que no impide solicitar la “rescisión” del contrato derivada del incumplimiento, sino que explicita que la falta de pago no es suficiente, ya que podría derivar en una situación injusta para el deudor si la falta de pago ocurre una sola vez después de muchos años. Para el autor, el artículo 1.805 CC concede al acreedor el derecho a solicitar el aseguramiento de las rentas futuras, permitiéndole resolver el contrato en el supuesto de que no se cumpla la obligación de afianzar¹⁴³⁵.

¹⁴³² En este mismo sentido CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 59, afirma que deben tomarse en cuenta las circunstancias personales de los contratantes y las propias de la pensión. Así, por ejemplo, la entidad cuantitativa de la misma, la necesidad por parte de los contratantes... y, sobre todo, el riesgo de posteriores incumplimientos.

¹⁴³³ Comparte esta opinión LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 1.986, págs. 491 y 492, al considerar que se adapta al carácter probabilístico de la renta, ya que asegura la totalidad de las pensiones que puedan llegar a devengarse, sea cual sea su número futuro. En el mismo sentido se pronuncia en *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315, donde afirma que es la garantía que la ley predispone *ad hoc*.

¹⁴³⁴ En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 504 y 505.

¹⁴³⁵ COSSIO CORRAL, ALFONSO, *Instituciones...*, *cit.*, págs. 465 y 466, quien habla en reiteradas ocasiones de rescisión del contrato, aunque creemos que se refiere a su resolución. En este sentido AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1.949, pág. 1034, afirma que algunos autores emplean impropriamente el término rescisión en esta coyuntura. Tras

También BADENAS CARPIO comparte la opción por la resolubilidad del contrato en el supuesto de que no se entreguen las garantías establecidas en el artículo 1.805 CC. Este autor fundamenta tal posibilidad en tres puntos fundamentales: a) El carácter excepcional de la irresolubilidad establecida por el precepto, que no puede extenderse más allá de lo expresamente recogido en el mismo. b) Los artículos 1.708 y 1.709 del Proyecto de Código Civil de 1.851, como antecedentes del artículo 1.805 CC, pues el artículo 1.708 CC concedía la facultad resolutoria por no prestarse las garantías pactadas. c) Y, por último, la importantísima trascendencia de la falta de prestación de las garantías, que es el único mecanismo del constituyente de la renta para cubrirse frente a la posible insolvencia futura del deudor¹⁴³⁶.

En opinión de GUILARTE ZAPATERO, se puede instar la resolución del contrato cuando resulte imposible el aseguramiento y la permanencia de la relación sin el riesgo derivado del incumplimiento, con independencia de que se consiga o no el pago de las pensiones atrasadas ¹⁴³⁷.

afirmar lo frecuente de tal confusión en la Jurisprudencia, doctrina, e incluso en el Código Civil, recuerda la STS de 14 de noviembre de 1927, que se ocupa de diferenciarlas. El autor también menciona la más reciente STS de 28 de diciembre de 1946, que afirma que la rescisión hace referencia a una anulabilidad referida a lesión o perjuicio, mientras la resolución equivale a invalidar y deshacer el vínculo obligatorio, dejando las cosas en el estado que tenían antes de celebrarse el contrato. SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, págs. 229 y 230, también afirma que en caso de negativa o imposibilidad de prestar las garantías previstas por el artículo 1.805 CC el acreedor puede resolver, porque el precepto le otorga el remedio del aseguramiento en caso de impago del deudor, pero si tal aseguramiento resulta infructuoso el acreedor tiene la facultad resolutoria, incluso cuando no estuviese pactada para tal evento. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGO, *Comentarios al...*, *cit.*, pág. 2039, también considera que una vez incumplida la obligación de pagar la renta, si el deudor no es capaz de asegurar las futuras, será de aplicación la facultad resolutoria del artículo 1.124 CC.

¹⁴³⁶ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 265 y 266. Para el autor, una vez producido el incumplimiento de la obligación de pago de la renta, si el acreedor no obtiene la satisfacción de las rentas atrasadas o el aseguramiento de las futuras no existe obstáculo para la aplicación del artículo 1.124 CC, porque sería tanto como dejar a merced del deudor el cumplimiento del contrato. En su opinión, el justo equilibrio de las prestaciones y el artículo 1.256 CC imponen la resolución del contrato, para no dejar al constituyente en situación de abandono y desamparo jurídico. La argumentación nos parece intachable, si bien, entendemos que no cabe fundamentar la posibilidad de resolver el contrato en el artículo 1.708 del Proyecto. No compartimos tal fundamentación, porque el artículo 1.708 del Proyecto fue suprimido y el artículo 1.805 promulgado en su lugar, lo que implica que el legislador español, de las diferentes opciones, prefirió la contenida en el precepto que nos ocupa, suprimiendo el artículo 1.708 del Proyecto.

¹⁴³⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 507 y 508. El autor defiende que, normalmente, la imposibilidad de cumplir con la Sentencia recaída, que impone el aseguramiento de las rentas futuras, acredita tal incumplimiento. No obstante, considera que en algunas ocasiones la mera situación de insolvencia del deudor puede hacer innecesario el procedimiento judicial solicitando las garantías, siendo posible instar directamente la resolución. PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio...*, *cit.*, pág. 325, afirma

En el mismo sentido se pronuncia LACRUZ, para quien el pensionista puede pedir la resolución del artículo 1.124 CC si el deudor no asegura las rentas futuras, pues el artículo 1.805 CC prohíbe la resolución en caso de impago de las pensiones, pero no cuando no se prestan las garantías pactadas¹⁴³⁸.

Existen, sin embargo, opiniones en contra de la posibilidad de resolver el contrato ante la ausencia de garantías. Tal es el caso de ALBALADEJO, para quien el artículo 1.805 CC no autoriza a la resolución del contrato si no se prestan las garantías solicitadas, ni siquiera tras producirse el incumplimiento. Para el autor, cuando la renta haya empezado a pagarse, el incumplimiento sólo permite pedir el aseguramiento de las rentas futuras, sin que quepa el derecho a resolver el contrato¹⁴³⁹.

Como se ha dicho, compartimos sin cortapisas la opción por la resolución del contrato en aquellos supuestos en los que el deudor incumpla y no preste las garantías solicitadas para el aseguramiento de las rentas futuras. Consideramos que el contrato puede resolverse, si el deudor no garantiza las prestaciones futuras, incluso aunque termine pagando las pensiones vencidas reclamadas. Mayores dudas se nos plantean respecto a la posibilidad de solicitar la resolución del contrato, si no ha existido incumplimiento anterior, cuando no se presten las garantías pactadas. Los supuestos de hecho son bien distintos, pues si el deudor incumple y no garantiza es como dejar a su voluntad el cumplimiento del contrato. El acreedor queda completamente desprotegido y el deudor ya ha manifestado su falta de voluntad de cumplimiento. Además, es evidente que se cumple con el espíritu del artículo 1.805 CC, pues se trata de conservar el contrato, una vez producido el incumplimiento, solicitando el aseguramiento de las rentas futuras. Si tampoco se aseguran las rentas futuras, la resolución es la única salida que le queda al deudor.

que el acreedor puede pedir la resolución del contrato por el mero incumplimiento de la obligación de aseguramiento prometida, pues considera que la obligación de garantía, aunque no tan esencial como la de pagar la pensión, interviene en el núcleo del contrato. También ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, págs. 1.424 y 1.425, defiende que la resolución es posible con independencia de que las garantías hayan sido fijadas por las partes, convencionalmente, o acordadas judicialmente. ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, págs. 206 y 207, afirma que el contrato es resoluble por la mera falta de las garantías pactadas. Su razonamiento radica en que el constituyente no habría celebrado el contrato, o no en esas condiciones, de no contar con las garantías, pues sin ellas tiene que confiar, exclusivamente, en la buena fe o solvencia del deudor.

¹⁴³⁸ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315.

¹⁴³⁹ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, “Resolubilidad del contrato...”, *cit.*, pág.18. Para el autor esta postura está clara en la Compilación de Derecho civil de Navarra, pues la ley 520.2 establece que “*una vez que se haya empezado a cumplir la obligación, el contrato no podrá resolverse a causa del ulterior incumplimiento, pero el cedente podrá exigir garantía del pago de las cantidades que se devenguen en el futuro*”.

Sin embargo, cuando el deudor no presta las garantías pactadas en el contrato, pero tampoco incumple con la obligación de pago de la renta, no parece claro que el artículo 1.805 CC permita la resolución. Por muy excepcional que sea el precepto, que lo es, y por muy restrictiva que deba ser su interpretación, debe tenerse en cuenta que si no se consiente la resolución por falta de pago de la renta, difícilmente puede admitirse por falta de las garantías pactadas. Desde nuestro punto de vista, el incumplimiento de las garantías pactadas permite solicitar judicialmente su ejecución, pero no resolver el contrato. La resolución del contrato sólo puede solicitarse cuando se incumpla con la obligación de pago de la renta y, solicitadas las garantías respecto de las rentas futuras, no se presten. Por tanto, sólo en estos supuestos deja de tener eficacia la excepción al artículo 1.124 CC que contiene el artículo 1.805 CC.

Por último, debemos dejar constancia de que compartimos la opinión favorable a que la imposibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento sólo es aplicable en el supuesto de que la relación no haya comenzado a ejecutarse¹⁴⁴⁰. Si la renta nunca se pagó por el deudor es perfectamente posible la resolución del contrato porque, tal y como afirma ALBALADEJO, si el artículo 1.805 CC tiene carácter excepcional no puede extenderse su aplicación más allá de lo contenido en la norma, pues debe preferirse la aplicación del artículo 1.124 CC. Además, el autor afirma que el precepto habla de perceptor, lo que implica que el acreedor ya ha recibido alguna renta, y la justificación del mismo sólo tiene razón de ser cuando haya comenzado a pagarse la pensión. Por último, considera que si el deudor de la renta tiene la posibilidad de resolver el contrato si no se le entrega el capital, también debe tenerla el acreedor si no comienza a pagársele la renta. Tal opción, además, constituye la solución más aconsejable, dado que el deudor demuestra ser un mal pagador desde el comienzo de la relación¹⁴⁴¹.

¹⁴⁴⁰ La solución está clara en el derecho navarro, pues el párrafo 2º de la Ley 520 de la Compilación Navarra establece, expresamente, que la imposibilidad de resolver el contrato es aplicable desde que se ha empezado a cumplir la obligación de pagar la renta. Así, preceptúa “... *Si al hacer la cesión no se hubiere pactado otra cosa, una vez que se haya empezado a cumplir la obligación, el contrato no podrá resolverse a causa del ulterior incumplimiento, pero el cedente podrá exigir garantía del pago de las cantidades que se devenguen en el futuro. El pacto de que el incumplimiento valga como condición resolutoria tendrá efecto real y será inscribible en el Registro. La acción de resolución deberá ejercitarse en los términos y con los requisitos fijados para la venta con pacto de retro en la Ley 477. Salvo pacto en contrario, el cesionario no podrá repetir las cantidades abonadas*”. Por ello, ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, “Resolubilidad del contrato...”, *cit.*, pág. 11, afirma que en el Derecho navarro, si no se ha empezado a pagar la renta, el que tiene derecho a percibirla puede pedir la resolución.

¹⁴⁴¹ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, “Resolubilidad del contrato...”, *cit.*, págs. 13 a 18. El autor, aunque no olvida que “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, considera que si el artículo 1.709 del Proyecto de 1.851 se redactó en los términos “*En el caso de que el deudor de la renta deje de pagarla...*”, entendiéndose por “dejar de pagarla” cesar en el pago que se realizaba, puede entenderse que el artículo 1.805 CC distingue entre aquellos supuestos

1.4.- EL ARTÍCULO 1.805 CC Y EL CONTRATO DE RENTA VITALICIA GRATUITO

Respecto a la aplicabilidad del artículo 1.805 CC a los contratos de renta vitalicia gratuitos debe decirse que, cuando la obligación de renta nace sin contraprestación alguna *ex novo*, son muchos los autores que entienden que la constitución de la renta es una auténtica donación, y que el citado precepto no tiene aplicación¹⁴⁴².

en los que se ha empezado a pagar la renta y los que no, considerando que la irresolubilidad solo se refiere a estos últimos. Comparte la opinión manifestada en el texto, y los argumentos dados por el autor, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 261. Desde nuestro punto de vista, es perfectamente factible pensar que el legislador sobreentendió que el artículo 1.805 CC sólo era aplicable al contrato que había empezado a ejecutarse, motivo por el que no mantuvo la redacción del artículo 1.709 del Proyecto, aunque sigue hablando del receptor de la renta. En contra se pronuncia, sin embargo, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 222, aunque sin expresar razonamiento alguno.

¹⁴⁴² Así, para GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 269 y 270, el artículo 1.805 CC sólo es aplicable a la renta vitalicia constituida a título oneroso. Quedan excluidas, en su opinión, las donaciones directas de renta. En estos casos la donación no puede resolverse y sólo es posible la revocación por ingratitud, supervivencia o superveniencia de hijos y la reducción por inoficiosidad. En sentido similar, en el derecho francés, se pronuncian: BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs. 142 y 143. Los autores afirman, en relación con la posibilidad de resolver un contrato de renta vitalicia gratuito por falta de cumplimiento de la obligación de pagar la renta, que el artículo 1.978 no es aplicable. Si bien, no lo consideran razón para afirmar que el contrato pueda resolverse. En este sentido, mantienen que el artículo 953 *Code* admite la resolución en beneficio del donante, y en este supuesto se admitiría en beneficio del acreedor de la renta que es, al mismo tiempo, el donatario de la misma. PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, n° 751, pág. 418, entiende que si la renta es el objeto directo de la donación, el acreedor, legatario o donatario no pueden solicitar la resolución por falta de pago. Puesto que la renta se debe sin entrega del capital, la única posibilidad a su alcance es el embargo de los bienes del constituyente indicado por el precepto, pero no en virtud del mismo, sino de los principios generales consagrados en el artículo 2092. En el derecho italiano, BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 359 y 360, entiende que el artículo 1.797 del Codice de 1.865 (que establece que la sola falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza a aquel en cuyo favor se constituyó la renta a entrar en posesión del fondo enajenado) y el artículo 1.796 del Codice de 1.865 (que establece la posibilidad de solicitar la resolución del contrato por la falta o disminución de las garantías pactadas) no se aplican a las rentas gratuitas. El autor afirma que tales preceptos no son aplicables a las rentas gratuitas porque así se desprende de su tenor literal, ya que la readquisición del capital sólo es posible en las rentas onerosas. Por otra parte, considera que el derecho no puede amparar una pretensión tan dañosa para el titular, pues sería tanto como admitir la resolución de la donación a favor del donatario, en vez de a favor del donante. En su opinión, el donatario tiene derecho a reclamar el cumplimiento y a promover actos de ejecución para conseguir el pago de las pensiones vencidas, pero no posee el derecho de hacerle emplear una suma suficiente para satisfacer tales pensiones. TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 136, afirma que el artículo 1.877 del Codice de 1.942, que permite la resolución del contrato en caso de falta o disminución de las garantías pactadas, no es aplicable a la renta vitalicia gratuita. Las razones son muy claras,

En tales casos suele afirmarse que el incumplimiento del deudor sólo faculta al rentista a exigir el pago de los plazos vencidos, pero no a pedir el aseguramiento de los futuros. De hecho, el Código Civil francés y el italiano limitan la aplicación de los preceptos que permiten la resolución de los contratos por falta o disminución de las garantías pactadas a los contratos onerosos. Los autores que mantienen que el incumplimiento del deudor en el contrato de renta vitalicia gratuito sólo faculta al rentista a exigir el pago de los plazos vencidos, pero no a pedir el aseguramiento de los futuros, justifican tal opción en la reciprocidad entre capital y rentas. En su opinión, la reciprocidad propia de la renta onerosa es la que justifica la necesidad de proteger al rentista, facultándole para solicitar el aseguramiento de las rentas futuras¹⁴⁴³.

Si la renta vitalicia nace de un contrato oneroso, pero es gratuita porque ha sido cedida por el rentista a un tercero, sí resulta aplicable el artículo 1805 CC, pues el tercero se subroga en la posición jurídica del pensionista, correspondiéndole exactamente los mismos derechos y obligaciones que pertenecían al cedente¹⁴⁴⁴.

Para ZURITA MARTÍN, sin embargo, no existe motivo para distinguir entre negocio oneroso y gratuito. En su opinión, que el donatario no haya entregado cosa alguna en contraprestación a la renta no le priva del derecho a reclamar lo que le corresponde, lo que es generalmente aceptado. Sin embargo, la autora considera que el acreedor puede pedir el aseguramiento de las rentas futuras con independencia de que exista, o no, contraprestación. La razón alegada es que la situación de indefensión ante el incumplimiento es la misma para el donatario que para quien recibe la renta a título oneroso¹⁴⁴⁵.

porque así lo establece la rúbrica del precepto y su contenido, que hacen referencia expresa a las rentas constituidas a título oneroso. Por otra parte, recuerda que la resolución por incumplimiento es un instituto propio de los contratos con prestaciones corresponsivas.

¹⁴⁴³ En tal sentido parece pronunciarse GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 505, pues afirma que el artículo 1.805 sólo es aplicable a las rentas onerosas, y el donatario no puede reclamar al donante el afianzamiento de las rentas futuras.

¹⁴⁴⁴ Como impecablemente afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 505.

¹⁴⁴⁵ ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 229, mantiene que el artículo 1.805 CC es de aplicación a la renta vitalicia gratuita. La autora no entiende por qué la doctrina de nuestro país no encuentra problema en aplicar a la renta vitalicia gratuita preceptos del contrato oneroso, como el artículo 1.803 o el 1.804 CC, cuando se trata de situaciones no específicamente reguladas en sede de donación, y sin embargo se opone a la aplicabilidad del artículo 1.805 CC, que recoge una respuesta específica a situaciones de impago de las pensiones sin diferenciar la fuente generadora. Alega, además, como fundamento a la posibilidad de que el donatario pueda pedir el aseguramiento de las rentas futuras, que la misma protección concede la Ley hipotecaria al legatario de renta, que no

Aunque la situación de indefensión frente al incumplimiento sea la misma para el acreedor de la renta vitalicia gratuita, es indudable que el contexto no es el mismo cuando el acreedor no ha entregado nada como contraprestación. En este caso no existen recíprocas atribuciones entre las partes, por lo que no existe necesidad de proteger al rentista. Si éste no ha entregado nada como contraprestación, por muy injusto que sea el incumplimiento por parte del deudor, resulta más injusto solicitar del mismo unas garantías que graven más su acto altruista. No parece justo, ni equitativo, que el acreedor pueda solicitar del deudor de la renta, que la cede sin contraprestación, la garantía de las citadas rentas. En este caso concreto, el principio *pacta sunt servanda* no ampara más que el derecho del acreedor a reclamar las rentas vencidas, sin que pueda solicitarse el aseguramiento de las futuras. Y además en este caso no cabe acudir al artículo 1.124 CC, por no ser contrato bilateral.

Respecto a la aplicabilidad del artículo 1.805 CC a una renta vitalicia gratuita con contraprestación, desde nuestro punto de vista es indudable, pues existe una cierta reciprocidad. Si el acreedor de la renta entrega un capital a cambio de la renta, aunque sea pequeño, tiene derecho a reclamar el cumplimiento de la obligación y el afianzamiento de las rentas futuras cuando el deudor no cumpla con su obligación. En este supuesto no cabe duda de que debe seguir vigente la protección al acreedor que concede el precepto, pues la renta es aleatoria, y su cuantía puede ser menor de la esperada, equiparando en cierta manera ambas prestaciones.

Si es el capital la prestación más grande, son mayores los motivos para defender su completa virtualidad, pues quien entrega la prestación debe estar completamente protegido frente a los posibles incumplimientos del deudor¹⁴⁴⁶. No obstante, cuando el deudor incumpla con su obligación de pagar la renta y el capital sea indudablemente una prestación muy superior, podría defenderse la posibilidad de aplicar las reglas relativas a la revocación de las donaciones, concretamente el artículo 647 CC.

En sentido parecido suele pronunciarse nuestra doctrina, si bien, considerando tales contratos como una donación con carga. Así, GUILARTE ZAPATERO afirma que puede defenderse la posibilidad de revocar la donación, conforme a lo establecido en el artículo 647 CC, en

deja de ser una atribución gratuita, permitiéndole convertir en inscripción de hipoteca la anotación preventiva de su derecho (art 88 Ley hipotecaria).

¹⁴⁴⁶ En sentido similar, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 507, defiende la virtualidad del artículo 1.805 CC en las donaciones con causa onerosa, pues resultan de aplicación las reglas de los contratos en virtud de lo establecido en el artículo 622 CC. Por otra parte, afirma que la finalidad del precepto es proteger al deudor de la renta, aunque en este caso sea el donatario del capital, pero puede haber cumplido con el pago de la renta durante tanto tiempo que el carácter gratuito del negocio constitutivo puede haber desaparecido o estar próximo a desaparecer.

aquellos supuestos en los que el donante sea el beneficiario de la carga que se impone al donatario y éste incumpla con la obligación de pagar la renta, puesto que el donatario ha incumplido la carga que el donante le impuso¹⁴⁴⁷.

La doctrina francesa también identifica los contratos de renta vitalicia gratuitos, en los que la renta es la prestación inferior, con donaciones con carga, y afirma que pueden resolverse por incumplimiento de la obligación de renta. Para estos autores la resolución de tales contratos no es injusta, ni plantea problemas de equidad, ya que existe una presunción de que el deudor de la renta (donatario) recibe más de lo que está obligado a dar con el pago de la pensión, y aún así incumple¹⁴⁴⁸. La doctrina italiana suele pronunciarse en

¹⁴⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 509 y 510 En el mismo sentido se pronuncian GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 269 y 270, en cuya opinión, cuando la renta vitalicia es la carga de una donación modal el pensionista no puede pedir la resolución del contrato, aunque sí puede hacerlo el donante por incumplimiento de la carga, con fundamento en el artículo 647 CC y SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, T. 8 (arts 1.790 a 1.902), Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 59, quien afirma que si la renta es la carga de una donación que se estipula en beneficio del propio donante, éste puede ejercitar la acción revocatoria, por aplicación de las reglas generales También los anotadores de ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, en *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 783, para quienes el donante que ha hecho una donación con la carga de la renta vitalicia puede revocar la donación por incumplimiento de la carga, en virtud de lo establecido en el artículo 647 CC. En este sentido, afirman que está más protegido el citado donante que el perceptor de otra renta vitalicia, que no puede resolver el contrato por el mero incumplimiento del deudor.

¹⁴⁴⁸ Así lo afirman: TROP LONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 312, pág. 466 y en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 312, pág. 384, para quien, cuando la renta sea la carga de una donación es perfectamente resoluble, pues existe una presunción de que el deudor ha recibido más de lo que está obligado a pagar, lo que implica que no haya que lamentarse de una sanción merecida por la falta de pago de la renta, que es moral y equitativa. PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, n° 751, pág. 419, afirma que el acreedor puede resolver el contrato en virtud del artículo 953, por falta de ejecución de las cargas, sin que tal resolución tenga carácter injusto, pues los ingresos obtenidos son superiores a las rentas que debe. LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, n° 318, págs. 288 y 289, considera que la renta puede resolverse en virtud de lo establecido en el artículo 953, lo que no se opone a lo establecido en el artículo 1.978 *Code*, porque éste sólo es aplicable a las rentas onerosas. Justifica tal afirmación en que el artículo 1.977 *Code* prescribe expresamente su aplicación a las rentas constituidas mediante un precio, y aunque el artículo 1.978 *Code* no lo manifiesta expresamente, tienen un mismo ámbito de actuación, los dos se refieren a incumplimientos del deudor. Por otra parte, mantiene que la ley sólo se ocupa de las rentas constituidas a título oneroso, salvo contadas excepciones en las que se refiere a las rentas a título gratuito. Por último, entiende que el precepto sólo se explica por su naturaleza aleatoria, lo que, en su opinión, excluye a las rentas vitalicias gratuitas. Como ya se ha expuesto en múltiples ocasiones, nosotros defendemos la posibilidad de constituir rentas vitalicias gratuitas con carácter aleatorio, por lo que no podemos compartir este último argumento. BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, n° 275, pág. 138, y n° 288, pág. 143, afirman que si la renta es la carga de una donación, aunque no caen bajo el ámbito de aplicación de los artículos 1.977 y 1.978, pueden revocarse por el hecho de no cumplirse las condiciones establecidas en la donación, en virtud del artículo 953 *Code*.

el mismo sentido, manteniendo la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la carga, y defendiendo la imposibilidad de que el acreedor de la renta solicite el aseguramiento de las futuras, dado su carácter gratuito¹⁴⁴⁹.

Al contrato de renta vitalicia a favor de tercero, cuando tiene su origen en un contrato oneroso, resulta aplicable todo lo dicho para la renta constituida a título oneroso, aunque debe entenderse referido al estipulante en vez de al rentista (el tercero en la estipulación)¹⁴⁵⁰. No obstante, tal y como mantiene GUILARTE ZAPATERO, la facultad de solicitar el afianzamiento de las pensiones corresponde al tercero, aunque no sea parte del negocio, porque la renta se constituye a su favor y es a él a quien le corresponde velar por el correcto cumplimiento de la misma.¹⁴⁵¹.

Según lo afirmado, el incumplimiento de la prestación de garantía tras la falta de pago de la pensión permite al estipulante solicitar la resolución del contrato existente entre ambos, vedada a quien no fue parte del mismo, si la relación entre estipulante y promitente es puramente onerosa¹⁴⁵². Si es gratuita, también ha de ser el estipulante quien ejercite la acción revocatoria, una vez incumplida la obligación de pago y de garantía. Si bien, tal y como

¹⁴⁴⁹ BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 360 y 361, mantiene que si la renta vitalicia constituye la carga de una donación realizada a otro, a quien recibe la renta no le es aplicable el artículo 1.797 del Codice 1865, porque no opera en los contratos de renta vitalicia gratuitos. El *vitaliziato*, en este caso, sólo posee acción para reclamar las rentas vencidas a la persona sobre quien recae la carga. Para el autor, la acción de resolución corresponde al donante contra el donatario al que impone la carga, en virtud de lo establecido en el artículo 1.080 del Codice de 1.865. En su opinión, en este caso no es de aplicación el artículo 1.797 Codice, que prevé la irresolubilidad del contrato por falta de pago de la renta, porque el donatario deudor de la renta no corre riesgo alguno. El donatario recibe un beneficio, constituido por la liberalidad, que excede de la carga, pues de lo contrario no habría liberalidad. Por este motivo, si no cumple con la carga es justo que la donación pueda revocarse.

¹⁴⁵⁰ Así lo afirma GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 269 y 270.

¹⁴⁵¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 507. Para SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, T. 8 (arts 1.790 a 1.902), Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 59, el tercero puede instar el cumplimiento de la obligación de garantía, interesar la realización de la garantía real o ejercitar la acción personal contra el fiador, si existen tales garantías.

¹⁴⁵² GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 509 y 510 En el mismo sentido GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 269 y 270. El autor, en los supuestos de contratos en favor de tercero comparte la opinión de la doctrina más autorizada, pues afirma que el tercero no puede pedir la resolución por ser ajeno al contrato, ya que no es más que un donatario. No obstante, considera que sí puede pedir la resolución el estipulante. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, T. 8 (arts 1.790 a 1.902), Bosch, Barcelona, 2.000, pág. 59, entiende que la legitimación para solicitar la resolución del contrato, cuando la renta se constituye a favor de un tercero ajeno al mismo, corresponde a quien fue parte directa, no al tercero.

precisa GUILARTE ZAPATERO, el tercero en cuyo favor se constituyó la renta puede exigir al estipulante el respeto de su derecho¹⁴⁵³.

A continuación, intentaremos determinar el fundamento del artículo 1.805 CC y defender la posibilidad de pactar en contra del mismo, estableciendo una condición resolutoria que puede considerarse una auténtica garantía para el acreedor de la renta, pues como tal actúa en caso de incumplimiento de la obligación de pago de la pensión¹⁴⁵⁴.

1.5.- FUNDAMENTO DE LA IRRESOLUBILIDAD DEL CONTRATO POR LA FALTA DE PAGO DE LA RENTA.

Han sido muy numerosos los autores que han tratado de encontrar una justificación a la existencia del precepto que nos ocupa, y muchos los fundamentos alegados, aunque ninguno plenamente convincente¹⁴⁵⁵. Las argumentaciones más habituales son aquellas que cifran la razón de ser del precepto en la conservación del *alea* y la protección al deudor.

Respecto de la protección del *alea*, elemento esencial y característico del contrato, se afirma que el contrato de renta vitalicia es aleatorio, que las partes corren un riesgo desde el principio del mismo y que no puede hacerse tabla rasa del riesgo ya corrido, siendo ilusoria la reposición de las cosas a su

¹⁴⁵³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 509 y 510.

¹⁴⁵⁴ Comparte esta opinión QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 120.

¹⁴⁵⁵ En el sentido de negar justificación alguna al precepto suele pronunciarse la mayor parte de la doctrina. Tal es el caso, por ejemplo, de BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, n° 283, págs. 140 y 141. Los autores, respecto del artículo 1.978 del *Code*, afirman que las justificaciones del precepto dadas por los redactores del código en los trabajos preparatorios no son serias. De hecho, en n° 286, pág. 142, consideran tales motivos, sin duda, inexplicables. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 537 y 538, entienden que la excepción a la regla general de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento en el contrato de renta vitalicia no está justificada. Afirman que tal opción es contraria a la tradición, pues el derecho común admitía la resolución en los supuestos de compraventa a cambio de renta vitalicia. Por otra parte, añaden que en los trabajos preparatorios del *Code* no existe justificación alguna para tal excepción. Consideran posible que los redactores del *Code* pensasen que la resolución no podía llevarse a cabo, dada la imposibilidad de volver a la situación original generada por la aleatoriedad del contrato y los riesgos corridos por las partes contratantes. Si bien, afirman que si tal fue su postura se equivocaron. Compartimos la opinión de PLANIOL y RIPERT, y añadimos que el error de los redactores franceses se trasladó a nuestro Código Civil, que regula el contrato de manera prácticamente idéntica a su modelo francés. SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 221, también afirma que no existe razón sólida para la excepción que contiene el artículo 1.805 CC. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, “Resolubilidad del contrato...”, *cit.*, págs. 9 y 10, afirma que el precepto carece de justificación verdadera y que lo acertado habría sido no establecerlo, porque, *de verdad*, no hay ningún fundamento sólido para hurtar el caso del contrato de renta vitalicia a la regla general de resolubilidad por incumplimiento.

estado original¹⁴⁵⁶. Es decir, si el contrato es aleatorio el *alea* es esencial al mismo, no puede prescindirse de ella, y el artículo 1.805 CC busca protegerla, porque si las partes pueden devolver las cosas a su estado original el *alea* desaparece¹⁴⁵⁷.

Conforme a este criterio, fundamentalmente defendido por la doctrina francesa, en el contrato de renta vitalicia es imposible devolver las cosas al estado anterior a la formalización del contrato, que es lo que se pretende con la resolución, una vez se ha comenzado con la ejecución del contrato y los contratantes han empezado a correr el riesgo característico de la relación¹⁴⁵⁸.

Frente a estas posturas se señala que el *alea* del contrato aleatorio versa sobre la incierta duración de la vida contemplada, no sobre el posible incumplimiento del deudor, siendo imposible extender el riesgo del contrato a la citada vulneración contractual. Aceptar que el incumplimiento del deudor puede incluirse dentro del *alea* del contrato supone amparar la conducta omisiva más o menos voluntaria del deudor, los incumplimientos contractuales, lo que parece inaceptable¹⁴⁵⁹. Por otra parte, no puede alegarse la imposibilidad de resolver el contrato como consecuencia de su carácter aleatorio, cuando se admite la resolución en un contrato tan aleatorio como el

¹⁴⁵⁶ En este sentido se pronuncia JOSSEERAND, LOUIS, *Derecho...*, *cit.*, pág. 350. También AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 1.048, para quien la razón de ser del precepto es la dificultad de proceder a la resolución del contrato, desconociendo el riesgo soportado por una de las partes durante un cierto período de tiempo. También considera que la naturaleza esencialmente aleatoria del contrato es el argumento de mayor consistencia para excluir la regla de la facultad resolutoria tácita contenida en el artículo 1.124 CC, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 254. Si bien, en la pág. 256, afirma que el *alea* afecta más a la extensión de las obligaciones que a su ejecución, que es lo fundamentalmente afectado por la resolución.

¹⁴⁵⁷ Así lo manifiesta QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 111, para quien tales argumentos se centran en que, “*si existe la posibilidad de que las cosas vuelven a su lugar de partida, el riesgo desaparece...*”. En la doctrina italiana comparte la opinión de que el *alea* es el fundamento del precepto, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.116. El autor considera que tal restricción se justifica en la índole aleatoria del negocio, lo que quita importancia a las consecuencias prácticas relativas al perjuicio que la resolución podría causar al deudor si ha transcurrido un cierto tiempo desde la formalización del contrato. Por otra parte, el autor considera superflua la garantía derivada de la irresolubilidad del contrato, dada la que se le concede en el artículo 1.797 CC, que le permite embargar y vender los bienes del deudor para asegurar el pago de la renta.

¹⁴⁵⁸ Así, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 538, consideran que ese debió ser el pensamiento de los redactores del *Code* cuando elaboraron el artículo 1.978, aunque, en su opinión, si tal fue su pensamiento se equivocaron.

¹⁴⁵⁹ Comparten tal afirmación, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 159 y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 111 y 112.

de seguro¹⁴⁶⁰. Para finalizar, se recuerda que el fundamento es inaceptable en los ordenamientos que admiten la resolución del contrato por falta de cumplimiento de las garantías pactadas, porque el *alea* sigue siendo la misma y no se impide la resolución¹⁴⁶¹.

Para otro importantísimo grupo de autores la razón de ser del artículo 1.805 CC radica en la protección al deudor¹⁴⁶². Así, la protección al deudor justifica la excepción al artículo 1.124 CC por dos razones distintas. En primer lugar, porque la falta de pago de un vencimiento de renta no tiene entidad suficiente como para considerar incumplido el contrato, por lo que no puede resolverse. Por otro lado, se afirma que la resolución del contrato es injusta para el deudor, sobre todo cuando la relación se extiende durante un cierto tiempo, porque se ve obligado a devolver el capital sin tener derecho a la devolución de las rentas, lo que supone un importantísimo perjuicio para él. Se llega a afirmar, incluso, que la finalidad del artículo 1.805 CC es la prohibición de un pacto de comiso.

Es el momento de explicar, más detenidamente, las distintas opiniones que se han manifestado en este sentido. No obstante, ya adelantamos que todo lo relativo a la necesidad de devolver las pensiones, y a la prohibición del pacto de comiso, se estudia en el epígrafe relativo a los efectos del pacto resolutorio.

La primera cuestión, la relativa a la irrelevancia del incumplimiento de uno de los vencimientos de la renta, parte del hecho de que la obligación de satisfacer la renta vitalicia es duradera y de ejecución periódica. Por ello, la falta de pago de una de las cuotas vencimientos no implica el incumplimiento de la obligación, a la que le son inherentes un buen número de vencimientos más. Sin embargo, sin la existencia de este precepto el incumplimiento de cualquiera de los vencimientos permitiría al acreedor solicitar la resolución del

¹⁴⁶⁰Como acertadamente señalan GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 330 y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 498. Entre la doctrina italiana comparte esta opinión, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 130.

¹⁴⁶¹ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 68, para quien no puede aceptarse que la irresolubilidad del contrato resida en su *alea* o en el perjuicio irrogado al deudor, pues el artículo 1.877 del Codice de 1.942, frente al artículo 1.878 del mismo cuerpo legal, admite la resolución del contrato en el caso de falta o disminución de las garantías pactadas.

¹⁴⁶² Comparte esta opinión, por ejemplo, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 259. Para el autor la desmesurada protección al deudor de las pensiones es la única razón que parece dar base, aunque no justificación, a la excepción al artículo 1.124 CC que contiene el artículo 1.805 CC. Señala, además, que la equivalencia contractual se rompe con el artículo 1.805 CC, porque no es aplicable a los supuestos de incumplimiento del constituyente de la renta.

contrato, en virtud del artículo 1.124 CC, privándose al deudor de los bienes que recibe en concepto de capital¹⁴⁶³.

ENNECERUS, y sus anotadores para el Derecho español, justifican la existencia del artículo 1.805 CC en el carácter unitario del derecho a la renta, que implica que el incumplimiento de una de las cuotas no pueda conllevar el derecho a resolver el contrato. Para estos autores, dado el carácter unitario del derecho a la renta, su mera constitución es ya cumplimiento, de manera que la inobservancia de cualquiera de los vencimientos de pago no es más que una mora que no autoriza su resolución¹⁴⁶⁴.

Frente a estas opiniones, algunos autores alegan la diferencia de trato entre el contrato que nos ocupa y el de compraventa a plazos¹⁴⁶⁵. Es el caso de BELTRÁN DE HEREDIA, pues afirma que la argumentación expuesta no justifica el trato desigual respecto de situaciones jurídicas en las que la obligación tiene carácter unitario por encima y al margen de las prestaciones individuales en las que se desenvuelve. El autor entiende que, probablemente, el fundamento haya que buscarlo en razones de otra índole, como el intento de apurar al máximo la permanencia de la relación de renta, dada su función

¹⁴⁶³ Tal es la opinión de QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 112, para quien el precepto, como su antecesor: el artículo 1.978 del *Code*, busca proteger al deudor para que no se le prive del capital por un incumplimiento parcial de la deuda. También de ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 68. En el mismo sentido, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 130, afirma que, dado el carácter periódico de la obligación, el incumplimiento de uno o más vencimientos de renta no quiebra el equilibrio del contrato, ni lesiona el interés del acreedor, que mira al contrato completo. En su opinión, ello justifica que el Código Civil italiano permita la resolución del contrato por falta de las garantías pactadas y no por falta de cumplimiento del contrato, porque en el primer caso se pone en riesgo el cumplimiento del contrato entero, mientras el incumplimiento de uno o varios vencimientos tiene carácter limitado y parcial.

¹⁴⁶⁴ ENNECERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 781. GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 216, tras destacar el esfuerzo de la doctrina por encontrar una fundamentación clara al artículo 1.805 CC sin conseguirlo, entiende que la mejor explicación es la dada para el derecho alemán por ENNECERUS Y LEHMANN. En su opinión, el fundamento del precepto radica más en su carácter unitario que en el supuesto rasgo de la unilateralidad, también alegado por los citados autores, que no explica nada. Si bien, entiende que lo único cierto es lo que establece el artículo 1.805 CC.

¹⁴⁶⁵ Así, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 258, critica aquellas opiniones que radican el fundamento del artículo 1.805 CC en el tracto periódico de la obligación del deudor de la renta, pues considera que el propio legislador admite la resolución de contratos de características muy similares, como la venta a plazos de bienes muebles. En sentido similar BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 356, afirma que tampoco puede fundamentarse la imposibilidad de resolver el contrato, en caso de incumplimiento, en el otorgamiento de mayor solidez. Para el autor esa crítica lo sería a la acción de resolución en general que, en tal caso, debería eliminarse de los distintos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es evidente que se admite en otros contratos, como el de compraventa.

previsora para el futuro, que quedaría muy disminuida si se permitiese instar la resolución en cuanto el deudor dejase de pagar alguna de las rentas¹⁴⁶⁶.

GARCIA GOYENA, para justificar el artículo 1.709 del Proyecto de 1.851, cuyas diferencias con el artículo 1.805 CC ya ha sido examinadas, utiliza el argumento visto de la unidad del contrato de renta vitalicia, que se consume con su mera constitución. Para el autor el artículo 1709 no autoriza la “rescisión” del contrato porque ya ha sido consumado, y “*la sola negligencia en el pago de la renta no es una causa de rescisión, y solo da acción para compeler á la ejecución de un contrato perfecto y que no puede extinguirse sino por el acontecimiento que le sirve de base*”. Además, hace referencia a la segunda vertiente de la protección al deudor que anunciábamos. Así, afirma que si se permitiese al acreedor recuperar el capital por la falta de pago de un plazo, éste recobraría su cosa y retendría las rentas ya percibidas, que son parte del precio mismo de la cosa, porque la renta no sólo es interés del capital sino precio del mismo¹⁴⁶⁷.

En este último sentido, muchos autores mantienen que con el pago de la renta se va produciendo la amortización del capital entregado. Por ello, sobre todo en aquellos supuestos en los que el incumplimiento tiene lugar después de un cierto tiempo, no parece justa la restitución del capital al acreedor, pues el pensionista cobraría una cosa parcialmente amortizada¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 164.

¹⁴⁶⁷ GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 125, quien, además, mantiene que de no ser así no habría solidez en los contratos y podrían resolverse por la más ligera infracción de cualquiera de los contratantes, cuando sólo deberían tener derecho a solicitar la ejecución. PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Compendio...*, *cit.*, pág. 552, también afirma que la razón de ser del precepto radica en lo injusto de que el acreedor recupere el capital sin tener que devolver las pensiones recibidas, puesto que suelen ser superiores al interés legal del citado capital. Además, señala que existiría una clara incongruencia si el receptor de la renta fuese persona distinta que el constituyente de la renta. En el mismo sentido se pronuncia el autor en *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol.II (Contratos en particular), 2ª ed. revisada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1.982, pág. 576.

¹⁴⁶⁸ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, nº 168, pág. 46, para quien la norma es una auténtica derogación del Derecho común, puesto que el vendedor de inmuebles que no cobra el precio puede reclamar la resolución del contrato y la reintegración del fondo. Si bien, el comentarista considera excesivamente duro exigir al deudor de la renta que haya olvidado pagar una anualidad, tras haberlas pagado durante muchos años, la devolución del capital entregado. En opinión del insigne autor, si el acreedor pudiese resolver el contrato por el olvido de una anualidad se generaría una injusticia, pues el deudor habría pagado unos intereses enormes por el disfrute del capital durante un cierto tiempo. No obstante, afirma que podría alegarse que el acreedor, al haber estado expuesto al riesgo de la extinción de la obligación de pago de la renta, no está absolutamente privado de causa para obtener, con la recuperación del capital entregado, la diferencia entre las anualidades ya percibidas y el interés producido por el capital durante ese mismo tiempo. También MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 216, mantiene que es excesivamente oneroso para el deudor que el “vitalizante” pueda solicitar la resolución del contrato con el fin de obtener el reembolso del capital o el retorno del bien inmueble entregado, especialmente si entre el incumplimiento del deudor y la estipulación del contrato ha transcurrido un largo lapso de tiempo. La razón alegada es que

Sólo si también se devuelven las pensiones recibidas la resolución puede considerarse justa, pues de lo contrario el acreedor recobra lo que está parcialmente pagado¹⁴⁶⁹.

Como se dijo, en el extremo de esta postura algunos autores llegan a afirmar que el objeto del precepto no es prohibir el pacto resolutorio del contrato, sino el pacto de comiso por falta de pago. Tal es el caso de DEL MORAL Y LUNA, para quien la prohibición de resolver el contrato del artículo 1.805 CC no puede radicarse en su carácter aleatorio, en la imposibilidad de hacer tabla rasa del mismo, “*sino en consideración a que por el institucional marchamo hipotecario que comporta la renta le es aplicable la prohibición comisoría del artículo 1.859*”¹⁴⁷⁰. Sin embargo, como argumentamos al hablar de

normalmente la renta excede de la medida del interés, comprendiendo la amortización de parte del capital. La amortización es mayor cuanto más largo es el lapso de tiempo transcurrido, incrementándose el enriquecimiento del acreedor de la renta si recibe íntegro el capital entregado.

¹⁴⁶⁹ Tal es la opinión de MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 80, para quien “*si se permitiera la devolución por la falta de pago de alguno de los plazos vencidos que no fuera satisfecho puntualmente, se daría el absurdo de que el pensionista recobraría, con la restitución o rescisión, una cosa de la cual estaba pagado ya en parte...*”. También BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 357, considera que la justificación de la irresolubilidad del contrato en caso de impago de las rentas reside en un criterio de justicia, en el inconveniente de que el deudor pierda las pensiones ya pagadas. TROPLONG, RAYMOND THEODORE, “*Du Dépôt et...*”, *cit.*, n° 395 y 306, págs. 461 y 462 y en “*Del prestito, del...*”, *cit.*, n° 305 y n° 306, pág. 382, afirma que el fundamento no puede estar en buscar la solidez del contrato ante una ligera infracción, como afirma PORTALIS, porque es evidente que la infracción no es tan ligera. Por otra parte, niega que pueda estar en el hecho de que el contrato ya está consumado, como afirma SIMÉON, pues el artículo 1.184 *Code* introduce una condición resolutoria tácita en todos los contratos sinalagmáticos consumados. Para el insigne autor el fundamento del precepto reside, según afirma en el n° 309, pág. 383, en que el deudor puede haber pagado durante largo tiempo la renta vitalicia, hasta llegar a cantidades similares al capital, capital que tendría que devolver una segunda vez, según el derecho común, en caso de resolución. Por ello, considera que el legislador hace bien en proteger los intereses del acreedor con medios más equitativos y humanos. PONT, PAUL, “*Du contrat...*”, *cit.*, n° 750, págs. 416 y 417, tras criticar los fundamentos dados en los trabajos preparatorios del *Code*, radica la razón de ser del precepto, de nuevo, en el grave perjuicio que se causaría al deudor, y al resto de sus acreedores, si se le obligase a devolver el capital una vez pagadas un buen número de rentas, que incluso podrían llegar a equipararse al capital. Si bien, el autor considera que el perjuicio deriva del propio carácter aleatorio del contrato, que impide devolver las cosas a su estado original, por lo que también cabe incardinarlo dentro de aquel sector que radica el fundamento del precepto en el *alea*.

¹⁴⁷⁰ DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “*La renta vitalicia...*”, *cit.*, pág. 811. Para el autor el derecho del pensionista tiene, inmanente, un robustecimiento real de tipo censario e hipotecario que no es una garantía superpuesta, sino una garantía inherente al propio derecho y espigada en el articulado del Código. En el mismo sentido mencionado en el texto se pronuncia GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “*Principales problemas...*”, *cit.*, págs. 330 y 331. En su opinión, en la redacción del precepto probablemente influye la vieja concepción del censo vitalicio y su parentesco con el consignativo, en el que tampoco cabe el comiso. De hecho, señala el parecido entre el artículo 1.805 CC y los artículos 1.659 y 1.660 CC.

los efectos del pacto resolutorio, no nos parece que el precepto sea una simple consecuencia de la prohibición del pacto comisorio contenida en el artículo 1.859 CC para los supuestos de prenda e hipoteca¹⁴⁷¹.

Frente a quienes defienden que el precepto busca proteger los intereses del deudor, numerosas opiniones consideran un tanto excesiva la protección concedida. No es para menos, pues no debe olvidarse que el deudor deja de pagar la renta y mantiene en sus manos el capital, aunque la insolvencia que genera el impago puede haberse causado voluntariamente o de mala fe¹⁴⁷². Por ello se afirma que tomar exclusivamente en consideración el perjuicio del deudor para impedir la resolución es un tanto sarcástico, ya que el verdadero daño lo provoca el deudor con su incumplimiento, siendo la resolución el único mecanismo que permite al acreedor recuperar los bienes entregados¹⁴⁷³.

En contra de tales posturas también se señala que la explicación de la excesiva onerosidad para el deudor es inadmisibles en ordenamientos jurídicos como el francés o el italiano, que no permiten la resolución en caso de incumplimiento de la principal obligación del deudor: el pago de la renta, pero sí cuando el deudor no presta las garantías pactadas. Ante tal contradicción se mantiene, con razón, que si existe excesiva onerosidad para resolver el contrato por falta de pago del deudor, también la hay cuando no se prestan las garantías pactadas, y en este último caso se admite la resolución¹⁴⁷⁴.

En otro orden de cosas, la posibilidad de resolver el contrato ante la falta o disminución de las garantías pactadas lleva a algún autor a afirmar, que la irresolubilidad del contrato en los supuestos de incumplimiento de la

¹⁴⁷¹ Comparte esta opinión, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 499.

¹⁴⁷² Así lo manifiesta, también, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 112. De hecho, afirma que pudo ser esta la causa de que la doctrina y la jurisprudencia francesas admitiesen la posibilidad de resolver el contrato si el deudor no otorgaba las garantías comprometidas en el momento de la constitución.

¹⁴⁷³ En este sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 156.

¹⁴⁷⁴ Comparte esta opinión ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 68, para quien resulta difícilmente justificable que el artículo 1.877 del Codice de 1.942 admita la resolución del contrato por falta o disminución de las garantías pactadas, mientras en artículo 1.878 no la permite para el caso de incumplimiento de la obligación de pago. También VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 229, señala que la norma sólo se explica en atención a una tradición recibida por un legislador sin excesivo espíritu crítico. Sin embargo, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 130, afirma que en el caso de falta o disminución de las garantías pactadas se pone en peligro el entero cumplimiento del contrato, mientras el impago de uno o varios vencimientos de la renta no afecta al equilibrio contractual ni lesiona el interés de la otra parte, lo que hace perfectamente compatibles los artículos 1.877 y 1878 del Código Civil italiano de 1.942.

obligación de pago de la renta no es un canon inviolable de rigurosa lógica jurídica, por lo que la opción por la resolubilidad no habría alterado el sistema legislativo lo más mínimo¹⁴⁷⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, que no prevé la resolución por inexistencia o disminución de las garantías pactadas, también se considera que la explicación del perjuicio para el deudor es inadmisibile, pues no parece justo plantear el tema en términos de mayor o menor onerosidad para quien incumple la obligación libremente asumida.

Así, BELTRÁN DE HEREDIA afirma la injusticia de pensar en el enriquecimiento del acreedor, pues sólo reclama lo que acordó con el deudor. Además, considera que el acreedor puede quedarse con las pensiones pagadas, dado que el artículo 1.124 CC concede el derecho a los intereses y a los daños ocasionados, daños que pueden compensarse con la parte de las pensiones que excedan el interés¹⁴⁷⁶. POTHIER también defiende el derecho del acreedor a retener las pensiones cobradas, como compensación al riesgo de que la relación se extinga de manera prácticamente inmediata a la constitución del contrato por el fallecimiento de la vida contemplada¹⁴⁷⁷.

Para otros autores el argumento de la excesiva onerosidad para el deudor no es válido porque el acreedor tiene que devolver las rentas recibidas, de la misma manera que el deudor ha de devolver el capital y los intereses percibidos¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁵ Tal es el caso de BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 358. El autor señala, además, que POTHIER admitía la resolución del contrato conforme al Derecho común. También afirma que los motivos por los que el *Code* no permite la resolución no quedan claros, impidiendo conocer el pensamiento del legislador y, por tanto, dar una explicación razonable. Sin embargo, se pronuncia a favor de que los motivos deriven del carácter aleatorio del contrato, y de la supuesta imposibilidad de hacer tabla rasa del mismo. En su opinión, puesto que el Código Civil italiano no distingue, y tampoco los trabajos preparatorios del *Code* en los que aquel se basó, el contrato no puede resolverse aunque la insolvencia del deudor sea definitiva.

¹⁴⁷⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 157.

¹⁴⁷⁷ POTHIER, ROBERT JOSEPH, "Traité du contrat...", *cit.*, pág. 127, n° 230.

¹⁴⁷⁸ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, "Des contrats aléatoires...", *cit.*, n° 284, págs. 141 y 142, haciendo referencia a lo defendido para la resolución en los supuestos de falta de las garantías pactadas, en los n° 271 y 273, págs 136, 137 y 138, afirma que el argumento de la excesiva onerosidad para el deudor no convence, porque la resolución no deja en manos del acreedor las rentas cobradas, ya que debe devolverlas. No obstante, admite que la Sentencia judicial que decreta la resolución conceda al acreedor una indemnización de daños y perjuicios, consistente en la diferencia entre las rentas cobradas y el interés del capital entregado hasta el momento de la resolución. En el mismo sentido se pronuncia LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.002, pág. 319, pues afirma que no existe razón alguna para que el acreedor retenga las pensiones en caso de resolución, por lo que cada una debe devolver lo recibido: capital y pensiones. Para el autor la causa de la excepción al artículo 1.124 CC radica en razones de

Aunque no compartimos la redacción actual del precepto, es cierto que en determinados supuestos de incumplimientos puntuales por parte del deudor la resolución del contrato no beneficia a ninguno de los contratantes. Por otra parte, lo más habitual, y lo más justo, es pactar que en caso de resolución del contrato el acreedor se quede con las rentas percibidas, dado que sufrió el riesgo de la muerte de la vida contemplada y el deudor ha podido usar y hacer suyos los frutos producidos por el capital durante todo el tiempo de duración de la relación¹⁴⁷⁹. Es evidente que tal opción genera un importante perjuicio para el deudor, pero no es menos cierto que la resolución también perjudica al acreedor. De hecho, como afirma TORRENTE, puede verse afectado de manera importante por la resolución cuando las rentas constituyan la única o más importante fuente de sustento para él¹⁴⁸⁰.

No cabe duda de que la resolución del contrato no es la solución ideal para ninguna de las partes. Sin embargo, mayores perjuicios provoca el incumplimiento reiterado del deudor cuando la renta es su principal fuente de ingresos. Desde nuestro punto de vista, en el supuesto de un incumplimiento puntual de una pensión por parte del deudor, la sanción de la resolución resulta excesiva e insatisfactoria para ambas partes. Por ello compartimos las opiniones que defienden que el incumplimiento debe ser de cierta entidad para poder justificar la resolución del contrato¹⁴⁸¹, requisito que también es exigido por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁴⁸². Así, se

oportunidad y conveniencia, dado que la obligación se cumple en diversos vencimientos que pueden ser frecuentes y de escasa entidad, lo que justifica que el impago de uno sólo no conlleve la resolución del contrato entero. En el mismo sentido se pronuncia en la 3ª ed de la obra, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315.

¹⁴⁷⁹ Así lo opinan, también, PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, cit., págs. 540 y 541, pues afirman que lo más habitual es pactar que el acreedor se quede con las rentas ya percibidas, lo que consideran una indemnización, una lícita compensación de los daños y perjuicios sufridos. Comparte esta opinión, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 112.

¹⁴⁸⁰ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, cit., pág. 130, mantiene que la resolución no beneficia ni al deudor ni al acreedor. El autor justifica la irresolubilidad del contrato en el carácter periódico de la obligación, y en el hecho de que el incumplimiento de uno o más vencimientos no afecta al equilibrio del contrato, ni lesiona el interés de la otra parte. En su opinión, la resolubilidad no beneficia al acreedor de la renta porque, a menudo, el contrato actúa como mecanismo para su mantenimiento durante el resto de su vida, lo que puede frustrarse con la restitución del capital entregado.

¹⁴⁸¹ En este sentido se pronuncian, ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, cit., 1.966, pág. 781, como ya se ha visto, y QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, cit., pág. 113, quien considera que siendo el derecho a la renta unitario y sólo susceptible de cumplimiento parcial, el contrato no puede resolverse por el impago de una o más pensiones, pues el incumplimiento resulta parcial y mínimo.

¹⁴⁸² La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime en este sentido. Así, por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 1984 establece: “Para que la resolución pueda ser acogida, no es bastante un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sino que ha de

mantiene que si la resolución del contrato trata de proteger al acreedor de la renta frente al incumplimiento del deudor, no puede tener lugar cuando se produce la falta de pago aislada de un único plazo, pues ello no pone en peligro el cumplimiento total del contrato¹⁴⁸³. No obstante, la disposición no distingue, no permite resolver el contrato en ningún caso.

Para LAURENT, en el mismo sentido visto, el precepto trata de conciliar el interés del acreedor y el del deudor manteniendo la existencia del contrato. No obstante, utiliza un criterio un tanto ambiguo y contradictorio. Por un lado entiende que la privación de la resolución beneficia al deudor, pues evita que el acreedor pueda resolver el contrato, lo que le obligaría a restituir dos veces el capital, al menos en la medida de las pensiones satisfechas. Por otra parte, y aquí está la contradicción, defiende que el mantenimiento del contrato también beneficia al acreedor, pues afirma, que la resolución requiere la devolución de las pensiones recibidas por el acreedor, lo que en muchas ocasiones no estará en condiciones de hacer¹⁴⁸⁴.

En nuestra opinión, como en su momento se expone, la explicación más factible del artículo 1.805 CC es, precisamente, garantizar que el incumplimiento de uno de los plazos de pago de la pensión no conlleve la extinción del contrato ni su incumplimiento total. Por ello, el Código no concede la resolución del contrato si se falta al pago de un único plazo, sino que permite solicitar el aseguramiento de las pensiones futuras, para impedir que un incumplimiento aislado pueda convertirse en un auténtico incumplimiento contractual como consecuencia de futuras omisiones del deudor.

Tal explicación viene apoyada por el principio de conservación del contrato, aunque un criterio muy semejante, defendido por los redactores del Código Civil francés y por el propio GARCIA GOYENA, ha sido muy reprochado. El principal objeto de crítica radica en considerar “leve incumplimiento” el impago de un plazo de la renta, pues se afirma que no puede considerarse infracción leve el incumplimiento de la principal obligación del deudor, olvidándose, además, de la realidad de la condición

patentizarse la existencia de una voluntad obstativa al cumplimiento de lo convenido, que por su trascendente importancia, pueda justificar la resolución”. Junto a este requisito, no debe olvidarse que también es necesario que el incumplimiento sea consecuencia de conducta del demandado, así como que exista vínculo contractual y reciprocidad en las conductas estipuladas (STS de 21 de marzo de 1.994, entre otras muchas).

¹⁴⁸³ Como ya se ha visto, ésta es la justificación al precepto dada por muchos autores que defienden que, dado el carácter periódico de la obligación, un incumplimiento aislado no frustra la finalidad del contrato, mientras sí pone en peligro su integro cumplimiento la falta o disminución de las garantías pactadas. Así, por ejemplo, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 130.

¹⁴⁸⁴ LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, n° 317, pág. 288.

resolutoria en otros contratos¹⁴⁸⁵. Ciertamente, no puede considerarse “leve incumplimiento” la falta de pago de la renta. Sin embargo, si el éste es único, condicionado por determinadas circunstancias que difícilmente volverán a acaecer, la mera prestación de garantías es suficiente para asegurar el cumplimiento íntegro de la relación, y mucho más beneficiosa para ambas partes que la resolución. No debe olvidarse, tampoco, que si las garantías no se prestan tras el incumplimiento el acreedor puede resolver, lo que de alguna manera protege su derecho.

Sin embargo, consideramos reprochable que el artículo 1.805 CC no distinga entre los diferentes incumplimientos, pues si el incumplimiento aislado puede justificar la no resolución del contrato, resulta indudable que los incumplimientos reiterados lesionan, y mucho, la estabilidad y el derecho del acreedor. Incluso aunque el deudor preste las garantías acordadas tras el primer incumplimiento, no puede exigirse al acreedor que inste la ejecución cada vez que se produzca un vencimiento, pues es evidente que se perjudica su derecho.

No puede finalizarse el epígrafe sin hacer referencia a otras dos justificaciones, quizá menos enjundiosas, que también han sido defendidas por distintos sectores doctrinales.

Se ha argumentado que el fundamento de la norma radica en una supuesta presunción de voluntad de las partes, favorable a la no resolución del contrato por falta de pago de alguna de las singulares pensiones. Estas posturas, en realidad, derivan de las mencionadas con anterioridad, pues afirman que es contrario al interés del acreedor resolver el contrato en los supuestos de incumplimiento. El perjuicio devendría de la necesidad de buscar una nueva inversión para su capital que le generase una fuente de mantenimiento para toda la vida¹⁴⁸⁶. Basándose, de nuevo, en la escasa

¹⁴⁸⁵ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, nº 283, págs. 140 y 141, mantienen que la justificación al precepto dada por los redactores del código en los trabajos preparatorios no es seria. Frente al argumento, expuesto por PORTALIS en su exposición de motivos, de que la resolución privaría al contrato de su solidez, afirman que es una crítica a la acción de resolución en sí misma. Por otra parte, entienden que no puede considerarse mínima infracción que no se ejecute la principal obligación derivada del contrato. En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 79, para quien alegar que la resolución en caso de incumplimiento priva al contrato de solidez es una crítica a la “acción rescisoria” en general. Por otra parte, mantiene que la afirmación de que la “rescisión” por defecto de las pensiones vencidas es despojar al contrato de solidez, supone olvidar que la principal obligación del deudor de la renta es pagar la pensión. Además, recuerda que tal posibilidad se admite en la compraventa. Comparte estas opiniones, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 497.

¹⁴⁸⁶ En este sentido, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 258 y 259, hace referencia a aquellas opiniones que acuden a un pretendido fin alimentario y asistencial del contrato para justificar su irresolubilidad, pues la recuperación del capital no

importancia del incumplimiento de uno sólo de los plazos de renta, se justifica el contenido de la disposición en el propio interés del acreedor. Si bien, el argumento en contra de tal fundamentación es claro y evidente: si la razón de ser del precepto radica en la voluntad presunta del acreedor, resulta preferible concederle la facultad de resolver, pues si no lo considera conveniente no la ejercerá¹⁴⁸⁷. Junto a esta crítica se reitera el carácter trascendente del incumplimiento de cualquiera de los plazos de la obligación principal del deudor de la renta, y se defiende que la solución prevista por el artículo 1.805 CC sitúa al acreedor en condiciones de inferioridad, pues no dispone de remedios enérgicos frente al incumplimiento del deudor¹⁴⁸⁸.

Por último, se ha mantenido que el artículo 1.805 CC tiene su razón de ser en el carácter unilateral y real del contrato. Desde el concepto de contrato de renta vitalicia que defendemos este fundamento no tiene razón de ser, pues consideramos que es consensual y bilateral.

Sin embargo, para AZURZA Y OSCOZ, si el contrato es real y unilateral la exclusión de la resolución por incumplimiento no está en contra de lo establecido en el artículo 1.124 CC, porque, en principio, aquel sólo parece referirse a los contratos, u obligaciones, bilaterales y sinalagmáticos. Es más, el autor afirma que si el precepto obedece al carácter real y unilateral del contrato debe justificarse la contundencia de su redacción en un sentido prohibitivo que invalide la posibilidad de pacto en contrario, pues de lo contrario no sería necesaria su presencia en el Código¹⁴⁸⁹.

satisface las necesidades del acreedor. En respuesta a tales argumentos el autor afirma que, suponiendo que tal finalidad pueda predicarse del contrato de renta vitalicia sin confundirlo con el contrato de alimentos, resulta evidente que desde el momento en que el deudor incumple con su obligación de pagar la pensión la finalidad asistencial o alimentaria queda frustrada.

¹⁴⁸⁷ Como lo afirman BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, n° 283, págs. 140 y 141, en cuya opinión la defensa de que la ausencia de resolución beneficia al acreedor, porque no tiene que pensar en que emplear su capital, no es correcta. Mantienen, impecablemente, que no le corresponde a la Ley hacerse interprete de la voluntad del acreedor. Además, entienden que es preferible concederle la posibilidad de resolver el contrato, porque, evidentemente, nadie puede obligarle a resolverlo, pero tiene esa posibilidad. Comparte la opinión BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 357, quien reitera las afirmaciones realizadas por los autores anteriormente citados, precisando que no puede considerarse infracción leve dejar de cumplir con la principal obligación del deudor en el contrato. Además, recuerda que nunca se calificaría como leve la infracción del comprador si dejase de pagar el precio. Por otra parte, respecto al argumento de que es preferible para el acreedor la irresolubilidad, porque así no tiene que buscar un nuevo empleo para su capital, afirma que sólo se le priva de una garantía de su derecho, lo que califica de injusticia.

¹⁴⁸⁸ Así, por ejemplo, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 498.

¹⁴⁸⁹ AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 1034. En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 160, para quien resulta curioso que quienes radican el fundamento del precepto en el

No obstante se mantiene que el contrato de renta vitalicia, a pesar de su carácter real y unilateral, también es compatible con la resolución contemplada por el artículo 1.124 CC, dada la reciprocidad de sus prestaciones. Partiendo de esta premisa, el artículo 1.805 CC no hace más que excluir una aplicación perfectamente posible del precepto¹⁴⁹⁰.

En cualquier caso, y a los efectos que nos ocupan en este momento, parece evidente que el carácter real y unilateral del contrato, por sí sólo, no es suficiente para fundamentar el contenido del artículo 1.805 CC, y necesitaría ser completado por alguno de los otros criterios¹⁴⁹¹.

Realmente, como ya se adelantaba al principio del epígrafe, ninguno de los intentos de fundamentación del precepto convence plenamente. El argumento que con más seguridad puede esgrimirse es que el legislador pretende velar por la conservación de la relación jurídica, que suele constituirse con la finalidad de mantenimiento del acreedor, y evitar la resolución como consecuencia de un incumplimiento aislado del deudor, que no pone en peligro el fin buscado con el contrato¹⁴⁹². Esta postura permite justificar la irresolubilidad del contrato cuando la entidad del incumplimiento no es excesivamente relevante, pero, desde luego, no la irresolubilidad a todo evento, como parece contemplar el precepto. No obstante, el fundamento de la conservación de la relación jurídica también es coherente con la segunda de

carácter unilateral y real del contrato consideren que el artículo 1.805 CC es una excepción al artículo 1.124 CC. En su opinión, si el contrato es unilateral y real el artículo 1.124 CC no es de aplicación, y el artículo 1.805 CC vendría a reforzar tal carácter.

¹⁴⁹⁰ Para AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 1044 y 1045, puede afirmarse que la obligación de restituir la cosa entregada, característica de los contratos reales, constituye la contrapartida de la entrega de la cosa. Para el autor, la entrega de la cosa es la causa de la obligación de restituirla que, a su vez, sirve de causa a la transmisión. De esta manera, incumplida la prestación prometida la tradición queda sin soporte justificante, y debe poderse reingresar la cosa transmitida en la titularidad del cedente, pues ningún título justifica su permanencia en el patrimonio del cesionario que incumple la “contraprestación” que constituía su promesa. Por ello, en la pág. 1047 concluye que de no estar allí el artículo 1.805 CC el artículo 1.124 CC sería perfectamente aplicable al contrato. En el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, “Resolubilidad del contrato...”, *cit.*, pág. 6, defiende que, aunque el contrato de renta sea vitalicia real y sólo nazca de él la obligación de pagar la renta, sigue siendo de aplicación el artículo 1.124 CC. En su opinión, el espíritu del artículo 1.124 CC no sólo alcanza a los contratos bilaterales, sino también a aquellos en los que una obligación nace como contrapartida a una prestación que se realiza, estableciéndose una relación de reciprocidad entre ellas.

¹⁴⁹¹ Comparte esta opinión, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 162.

¹⁴⁹² En sentido similar, como ya se expuso, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 164, defiende que tal vez el fundamento radica en el deseo del legislador de apurar al máximo la permanencia de la relación de renta, dada su función previsor para el futuro, que quedaría muy disminuida si se pudiese resolver tan pronto como el deudor dejase de pagar alguna de las pensiones.

las previsiones que contiene el artículo 1.805 CC, que permite al acreedor exigir al deudor el aseguramiento de las rentas futuras cuando incumple su obligación de pago de la renta¹⁴⁹³.

En sentido parecido parece pronunciarse GUILARTE ZAPATERO, para quien ninguno de los fundamentos esgrimidos por la doctrina es suficiente para justificar el precepto. En su opinión, la resolución del contrato es la defensa fundamental del cumplidor frente al incumplidor, o frente a quien cumple de manera imperfecta. Y en virtud de tal criterio afirma, que si en el contrato de renta vitalicia concurren circunstancias que aconsejan mitigar el funcionamiento de la facultad resolutoria, habría sido suficiente con moderarla, estableciendo condiciones para su ejercicio y limitando sus efectos, pero nunca debió privarse al acreedor de una garantía fundamental, dejándole sin la protección adecuada¹⁴⁹⁴.

Nuestra postura coincide con la que se acaba de exponer, pues nos parece correcto restringir la resolución del contrato ante incumplimientos aislados del deudor, pero no compartimos la prohibición de resolver en todo caso, pues se obliga al acreedor a soportar continuos incumplimientos que pueden frustrar la finalidad de la relación.

Para POVEDA DÍAZ, sin embargo, el precepto no es injusto. El autor mantiene que no debe descartarse la intuición de un argumento señalado en la RDGRN de 21 de diciembre de 1.943: conceder a las entidades aseguradoras la firmeza de la adquisición del capital para permitirles la más amplia libertad en la enajenación de sus bienes. Por otra parte, entiende que es preferible pactar la resolución expresamente, pues plantea problemas la determinación de los efectos de la resolución: la retención de las pensiones ya percibidas y los frutos de la cosa transmitida¹⁴⁹⁵.

Ninguno de los dos argumentos nos parece decisivo. Por una parte, porque las compañías aseguradoras suelen adquirir el capital en propiedad, y pueden asegurarse su mantenimiento cumpliendo escrupulosamente con la obligación de pago, que es lo que tienen que hacer. Por otra, resulta evidente que si se permite la resolución habrán de establecerse los efectos de la misma,

¹⁴⁹³ En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 165 y 166, aunque el autor considera que el legislador no consigue su propósito, porque la defensa del derecho que concede en el precepto es insuficiente. Para el autor, las garantías propias de los derechos personales son insuficientes para garantizar el que nos ocupa, dado que el acreedor de la renta ya ha cumplido entregando el capital al deudor que posteriormente incumple. Para el autor las únicas medidas realmente eficaces son las de carácter hipotecario.

¹⁴⁹⁴ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 499 y 500.

¹⁴⁹⁵ POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.841. El autor opina que los redactores de los Códigos y Proyectos ya han tenido en cuenta todos los argumentos que se han ido exponiendo, aunque no tengan excesivo peso, y por otra parte considera.

lo que evitaría las dudas y controversias que el pacto de resolución provoca cuando las partes no prevén nada respecto a sus consecuencias. Ello tampoco impediría que los contratantes pudiesen adaptar las consecuencias de la resolución a sus necesidades, porque parece que lo más adecuado sería que el régimen jurídico previsto por el Código tuviese un mero carácter dispositivo.

1.6.- LA POSIBILIDAD DE PACTAR EN CONTRA DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.805 CC: EL PACTO RESOLUTORIO EXPRESO.

En el Código Civil, a diferencia de otras leyes forales y distintos ordenamientos jurídicos, no existe precepto alguno que prevea la posibilidad de pactar en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC¹⁴⁹⁶. Sin embargo, la mayor parte de nuestra doctrina considera que tal pacto es perfectamente admisible, dado el carácter dispositivo que parece tener el precepto¹⁴⁹⁷. Ello permite introducir una garantía muy importante a favor del rentista, al asegurar la devolución del capital si se produce el impago de la renta, como ya se ha adelantado.

¹⁴⁹⁶ Sí que lo prevé, sin embargo, la ley 520.2 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, que permite la inscripción del pacto en el registro y le concede efecto real. Respecto a los ordenamientos jurídicos extranjeros, admiten la posibilidad de resolver el contrato: el artículo 691 del Código Civil japonés, que regula los efectos de la resolución, y el artículo 1.242 del portugués. El artículo 1.978 del Código Civil francés y el artículo 1.797 del Código Civil italiano de 1.865 establecen que la mera falta de pago no basta para dar por resuelto el contrato, lo que suele interpretarse en el sentido de que es perfectamente resoluble si existe una cláusula resolutoria expresa. El artículo 1.879 del Codice de 1.942, sin embargo, permite el pacto en virtud del cual el deudor se libera del pago de la renta devolviendo el capital entregado, aunque no dice nada respecto a la posibilidad de pactar la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de pago de la renta.

¹⁴⁹⁷ En este sentido, AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 1.058, realiza un exhaustivo examen para terminar concluyendo que el carácter del artículo 1.805 CC es dispositivo. Los motivos son: 1.- que su fundamento no obedece a razones estructurales, institucionales o sistemáticas. 2.- tampoco se trata de proteger intereses económicos, psicológicos o jurídicamente débiles, pues, más bien al contrario, podría decirse que es el transmitente el que queda un tanto indefenso. 3.- el fundamento del artículo parece encontrarse en razones de comodidad o economía procesal, para evitar las dificultades de una resolución unilateralmente impuesta, dada la existencia del *alea*. 4.- la derogación del contenido del precepto, en la formalización del contrato, no causa quebranto alguno a las partes. Por último, el autor afirma la conveniencia de no limitarse a pactar la derogación del precepto, para evitar dudas, estableciendo la resolubilidad por incumplimiento, sus plazos, la liquidación de los plazos ya abonados... QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 113, afirma que la no observancia del artículo, 1.805 no atenta contra el orden público, siempre que se respeten los límites generales del artículo 1.258 CC. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ “Constitución del contrato de renta vitalicia con carácter resoluble (notas sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1.960)”, *Revista de Derecho Judicial*, enero-marzo, 1.962, pág. 251, también afirma compartir tal postura, después de exponer las doctrinas del Tribunal Supremo favorables a la admisión del pacto. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 500, tampoco duda su admisibilidad.

A pesar de que el artículo 1.709 del Proyecto de Código Civil de 1.851 prohibía el pacto en contra de la imposibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento del deudor, la versión definitiva del Código suprime la coletilla “*aunque se haya pactado lo contrario*”. Ello, unido a que la doctrina y la jurisprudencia francesa¹⁴⁹⁸ e italiana¹⁴⁹⁹ interpretan los preceptos de sus

¹⁴⁹⁸ En la doctrina francesa, con base en los trabajos preparatorios del *Code*, se pronuncian a favor del pacto resolutorio: TROPLONG, RAYMOND THÉODORE, “Du Dépôt et...”, *cit.*, n° 310, pág. 464, y en “Del préstamo, del...”, *cit.*, n° 310, pág. 383, quien considera perfectamente legítimo que el deudor renuncie a un derecho que le concede la ley; PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, n° 763, pág. 423, y BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, n° 289, págs. 143 y 144, afirman que tal pacto es perfectamente posible, dado que no es contrario al orden público y que el precepto sólo es una presunción de la voluntad de las partes en tal sentido. De hecho en ambas obras, en el n° 764, pág. 424 y n° 290, pág. 144, respectivamente, consideran que es lícito, incluso, pactar que la resolución se produzca de pleno derecho, sin necesidad de acción judicial y sin requerimiento. Si bien, afirman que tal posibilidad existe en cualquier supuesto que de lugar a la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 539, consideran que el precepto que excluye la resolución del contrato en caso de incumplimiento de la obligación de pago de la renta no es de orden público, sino meramente interpretativo de la voluntad de las partes, lo que permite a los contratantes pactar la resolución del contrato por falta de pago de las pensiones. Para estos autores, de nuevo, es lícito pactar que tal resolución se produzca de pleno derecho, sin necesidad de acción judicial y sin requerimiento, puesto que tal posibilidad existe para cualquier contrato si tiene lugar la resolución por incumplimiento de obligaciones. Defienden, sin embargo, la imposibilidad de pactar la resolución por incumplimiento: LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, n° 325, págs. 294 y 295. Para el autor el pacto resolutorio es un auténtico pacto comisorio, y afirma que, aunque la opinión mayoritaria es favorable a su admisión, existen motivos para dudar. Así, entiende que el pacto comisorio no es más que la condición resolutoria tácita escrita en el propio contrato, y si el artículo 1.978 *Code* no admite la condición resolutoria tácita, aunque tal pueda ser la voluntad presunta probable de las partes, ello implica la prohibición de estipularlo. Además, considera que si no fue esa la voluntad del legislador no tendría sentido el eco que la disposición ha generado, pues sería fácilmente anulable por las partes con el pacto en contrario. DURANTON, ALEXANDRE, *Corso di...*, *cit.*, n° 169, págs. 46 y 47, hace referencia a una decisión de la Corte de París, de 21 de diciembre de 1.812, en la que se considera que la cláusula resolutoria era contraria a la esencia del contrato de constitución de renta vitalicia. Si bien, afirma que parece prevalecer la Jurisprudencia contraria, citando dos decisiones de la Corte de *Bordò*, de 30 de agosto de 1.814 y de 5 de julio de 1.816, que establecen lo contrario. De hecho, el autor considera que es probable que la cláusula de resolución devenga estilo en los actos de constitución.

¹⁴⁹⁹ A favor de la posibilidad de resolver el contrato por falta de pago de la renta en el derecho italiano se pronuncia MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 216, para quien, aunque la condición resolutoria tácita no se presume, no se prohíbe pactarla expresamente para el caso de incumplimiento, pues tal pacto no es contrario a la Ley, ni a las buenas costumbres, ni al orden público. Comparten la opinión favorable a la admisibilidad del pacto resolutorio ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 66, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 131, y VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 230, quien considera aplicables las normas de los artículos 1.456 y 1.457, relativas a la cláusula resolutoria expresa y a la esencialidad del término. En opinión del autor, para sostener lo contrario se debería reconocer al artículo 1.878 un carácter de orden público que realmente no tiene. Se está ante un interés del “vitaliziato” del que puede disponer, pues no existen motivos para defender lo contrario.

Códigos, modelos del nuestro, de manera favorable a la posibilidad de pactar la facultad resolutoria, permite presumir que la intención del legislador fue admitir el pacto resolutorio expreso¹⁵⁰⁰.

De hecho, el anteproyecto de 1.882-1.888 ya está influenciado por el Código Civil italiano de 1.865 y suprime la expresión “*aunque se haya pactado lo contrario*”, lo que también debe interpretarse a favor de la permisión del pacto en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC¹⁵⁰¹.

Todos estos motivos, unidos al imperio de la autonomía de la voluntad en nuestro Código Civil, llevan a la doctrina, en general, a admitir que el artículo 1.805 CC no prohíbe el pacto resolutorio, y a afirmar que no es contrario a la esencia y naturaleza del contrato¹⁵⁰².

La jurisprudencia también se pronuncia a favor de la posibilidad de pactar en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC¹⁵⁰³. Tal es el caso de las Sentencias de 13 de mayo de 1.959¹⁵⁰⁴, 14 de octubre de 1.960¹⁵⁰⁵ y 15

¹⁵⁰⁰ En el mismo sentido se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 80 y 81. El autor considera perfectamente factible la posibilidad de pactar en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC, porque: 1.- Tal fue la solución de los interpretes del artículo 1.978 del *Code*, similar a nuestro artículo 1.805; 2.- El artículo 1.805 CC suprime la prohibición del pacto en contrario que contenía el artículo 1.709 del Proyecto; 3.- El pacto sólo contraría el interés particular de uno de los contratantes que, no obstante, la acepta. Comparte esta opinión, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 167 y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 260, pues afirma que la supresión de la prohibición del pacto en contrario que contenía el proyecto es definitiva a la hora de considerar el artículo 1.805 CC como de carácter dispositivo. Para el autor, el cambio de orientación del legislador del Código Civil deriva de la diferente naturaleza que tiene la relación jurídica en el Proyecto y en el Código Civil, pues, en el primero, a la situación de renta vitalicia podía llegarse por la vía del préstamo o por la del contrato de renta vitalicia propiamente dicho.

¹⁵⁰¹ En tal sentido se pronuncia POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág.2.842.

¹⁵⁰² Por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 168.

¹⁵⁰³ ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho...*, *cit.*, 1.966, pág. 783. POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.842. también señala la existencia de alguna Sentencia que se han pronunciado en contra de tal posibilidad. Es el caso de la STS de 16 de febrero de 1.930, que hace referencia a una especie de incompatibilidad entre el contrato de renta vitalicia y la condición resolutoria.

¹⁵⁰⁴ En virtud de la cual “...la sentencia recurrida la cual sin desconocer que a tenor de aquel artículo el perceptor de la renta, en caso de impago, no tendrá derecho de exigir el reembolso del capital y de volver a entrar en la posesión del predio enajenado, estima acertadamente y siguiendo la doctrina más autorizada que cuando se estipula la resolución para el caso de falta de pago de las pensiones este pacto es válido conforme a lo que dispone el artículo 1655 del Código Civil que autoriza a los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, y siendo pacto contractual que, la falta de pago de tres mensualidades de la pensión, dará lugar a la rescisión de este contrato y a la consiguiente recuperación por la enajenante de las fincas cedidas, es claro que no por aplicación del artículo 1124 del Código Civil, el supuesto de que se admitiera que sólo se había celebrado un contrato, de renta vitalicia, lo que no es exacto, sino por la del 1255 en relación con los

de enero de 1.963¹⁵⁰⁶. En este sentido, los anotadores de ENNECCERUS señalan que, aunque la RDGRN de 31 de mayo de 1.951 y la STS de 2 de marzo de 1.956 niegan la posibilidad de pactar en contra del artículo 1.805 CC, en la actualidad el pacto admitido por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, en virtud de lo establecido en el artículo 1.255 CC y de la supresión de la prohibición expresa que contenía el proyecto de 1.851. Si bien, para los citados autores, aun admitiendo la nueva orientación jurisprudencial, queda en pie la observación realizada por la STS de 14 de octubre de 1960: que el pacto desnaturaliza el contrato de renta vitalicia.

Desde luego, no compartimos tal afirmación. Como ya se defendió en el epígrafe anterior, el artículo 1.805 CC nada tiene que ver con el *alea* del contrato, que se refiere exclusivamente a la duración de la obligación de pago de la renta. La aleatoriedad no se ve afectada por el pacto en contra del artículo 1.805 CC, pues lo verdaderamente trascendente, a estos efectos, radica en la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones. Tal y como afirma IMAZ ZUBIATUR, nos encontramos ante elementos que actúan en

1091 y 1258 del mismo Cuerpo Legal puede obtenerse la resolución del contrato, y con mayor razón si se acierta la verdadera naturaleza del mismo, que no es precisamente y en su totalidad la que pretende el recurrente”.

¹⁵⁰⁵ La citada Sentencia establece: *“Que el contenido del artículo 1805 del Código Civil en cuya virtud no se autoriza al perceptor de una renta vitalicia a quien se dejen de pagar las pensiones vencidas para exigir el reembolso del capital ni para volver a entrar en la posesión del predio enajenado y sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y al aseguramiento de las futuras, ha motivado una copiosa controversia relativa a si cabe o no el pacto expreso en contrario, por entender diversos tratadistas y algunas legislaciones extranjeras que tal pacto, sería contrario a la ley dados los términos de la redacción del precepto en tanto que otros autores y legislaciones admiten el pacto expreso en contrario como consecuencia del carácter espiritualista de nuestro Código en materia de contratación, concediendo plena autonomía a la voluntad de los contratantes; y teniendo en cuenta que, y sin que ello, sea desconocer la solidez de la argumentación de las teorías vertidas en contrario y de la contenida en determinadas resoluciones de la Dirección de los Registros dadas en relación a la improcedencia desiertas constancias de derechos en el Registro de la Propiedad que no constituyen un derecho real inmatriculable aunque tenga carácter de derecho «in re» -lo cierto y positivo es que el parte resolutorio fue expresamente prohibido en el proyecto de Código Civil de 1851 y tal prohibición se suprimió al redactar el Estatuto vigente y comoquiera que en éste impera el principio de la autonomía de la voluntad conforme al precepto general del artículo 1255, que la convención de referencia no es contraria, ni está concretamente prohibida en la Ley, ni es opuesto a la moral ni al orden público-, preciso es concluir que cuando las partes nada convienen, no cabe la resolución en el contrato de renta vitalicia, dado su carácter de contrato aleatorio y unilateral de la obligación la condición de carga sobre el inmueble que a la pensión concede el artículo 1802, y que la transmisión del fondo es sólo un trámite constitutivo del contrato; pero ello no impide que las partes libremente y aumentando o disminuyendo los riesgos del aleas, puedan pactar las condiciones y requisitos que estimen convenientes y entre ellas la facultad resolutoria por impago de las pensiones”.*

¹⁵⁰⁶ La citada Sentencia establece que la prohibición del pacto resolutorio fue suprimida por el artículo 1.805 CC, y como quiera que en el Código Civil impera el principio de autonomía de la voluntad, conforme al artículo 1.255 CC, y como tal pacto no es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público, las partes pueden libremente pactar la facultad resolutoria por impago de las pensiones aunque, si nada pactan, no cabrá la resolución del contrato.

planos distintos: la extensión de las obligaciones que corresponden a las partes y su ejecución¹⁵⁰⁷.

De manera más reciente se ha pronunciado a favor de la posibilidad de pactar una condición resolutoria expresa la STS 23 de abril de 1998 al afirmar que “*el requerimiento resolutorio del contrato que instauró la renta vitalicia, llevado a cabo el 13 de octubre de 1988, resulta procedente y eficaz, por haberse producido antes del fallecimiento de los cedentes, y autorizar la referida resolución la cláusula cuarta del contrato. Se trata de un pacto válido, conforme a los artículos 1255 del Código Civil, en relación a los artículos 1091 y 1258, que no conculca ni contradice el artículo 1805 y hace aplicable el artículo 1124, por responder a convenio expreso surgido de la plena autonomía de la voluntad de los contratantes y así lo tiene reconocido la constante jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil (SS. 13 mayo 1959, 14 octubre 1960, 15 enero 1963 y 2 julio 1992)*”.

No obstante la posición favorable al pacto resolutorio del Tribunal Supremo, las más antiguas RRDGRN de 21 de diciembre de 1.943 y de 31 de mayo de 1.951 parecen pronunciarse en contra. La primera de ellas, en realidad, sólo se limita a negar el carácter real de la obligación de pago de la renta, afirmando sus meros efectos obligatorios y la imposibilidad de pedir el reembolso del capital cuando se falta al abono de la pensión, sin enfrentarse de manera concreta a la posibilidad de pactar la facultad resolutoria de manera expresa¹⁵⁰⁸. La segunda niega la posibilidad de pactar en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC. El fundamento de tal imposibilidad, según la resolución, radica en que no se aviene con el carácter aleatorio y unilateral del contrato. En opinión del Centro directivo, el pacto resolutorio otorgaría al contrato un cierto carácter real, convirtiéndolo en “*una figura innominada de derecho real de contornos borrosos*”¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰⁷ IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 73, con base en las afirmaciones de BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 256, quien señala que el *alea* no excluye el carácter sinalagmático y recíproco de las obligaciones, porque la aleatoriedad afecta más a su extensión que a la ejecución.

¹⁵⁰⁸ La Resolución afirma “...*para desmentir el carácter real de esa carga a que alude el art. 1.802, basta considerar que en el capítulo correspondiente no se faculta al pensionista para exigir de terceras personas el cumplimiento de la carga, ni para entrar en posesión del predio cedido, ni para pedir el reembolso del capital cuando se falta al abono de la pensión, sino que se le reservan de un lado, los derechos que todo acreedor puede ejercitar para reclamar el pago de las rentas atrasadas, y de otro, el privilegio de asegurar las futuras*”. Por lo que, en realidad, no toca el tema que nos ocupa en este momento, pues se limita a negar la posibilidad de constituir la renta como una auténtica carga real del inmueble transmitido, amparándose en la tendencia doctrinal contraria a la doctrina del *numerus apertus*. Confirma la opinión de que la resolución no hace referencia al problema de la posibilidad de incluir una condición resolutoria expresa en el contrato, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 510.

¹⁵⁰⁹ Establece literalmente la RDGRN de 31 de mayo de 1.951 que el notario autorizante, “...*redactó, como condición resolutoria expresa, la reversión a aquéllos de la nuda propiedad transmitida, « sin obligación de devolver las pensiones percibidas, incorporación que dio lugar a una figura innominada de*

Para GUIMERÁ, sin embargo, no puede afirmarse que exista tal figura innominada de contornos borrosos. En su opinión, se trata de una mera condición resolutoria expresa que, aunque pueda producir efectos reales, no se pretende que tenga acceso y penetre en el registro al amparo de la doctrina del *numerus apertus*, aspecto que parece ser lo verdaderamente relevante e importante para la Dirección General de Registros y del Notariado¹⁵¹⁰.

La resolución que nos ocupa ha sido objeto de numerosas críticas. De hecho, los argumentos esgrimidos por la misma son difícilmente compartibles en la mayor parte de sus puntos, empezando por el carácter unilateral que otorga al contrato¹⁵¹¹. Si bien, no parece que deba ser objeto de un estudio detenido en este momento, pues ya lo ha sido en numerosísimas ocasiones y, con posterioridad, el Centro directivo ha admitido el pacto en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC. Así, por ejemplo, en las RRDGRN de 16 de octubre de 1.989 y 26 de abril de 1.991.

En la primera de ellas se fundamenta la posibilidad de pactar la resolución del contrato, para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de la renta, en el hecho de que se prevea la condición resolutoria expresa como garantía de pago del precio en la compraventa. Puesto que es

derecho real de contornos borrosos, desprovista en absoluto de carácter compensatorio por lo infructífero de la nuda propiedad transmitida, cuyos efectos excederían de los de la obligación que se pretendía asegurar, la cual, aun con el sistema de numerus apertus que inspira nuestra legislación no se reputa admisible, por ser contraria a la equidad y rozar con la prohibición legal establecida en el artículo 1.116 para las condiciones en general, toda vez que su naturaleza comisorio no se aviene con los contratos unilaterales; y si se le atribuyera carácter de cláusula penal, impediría que fuese moderada su enérgica eficacia por los Tribunales cuando hubiera podido utilizarse como garantía adecuada la hipoteca de rentas o pensiones a que se refiere el artículo 157 de la Ley Hipotecaria”.

¹⁵¹⁰ GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 218. El autor, además, considera irrelevante que lo transmitido sea nuda o plena propiedad, pues no influye para nada en la validez de la cláusula.

¹⁵¹¹ La resolución ha sido criticada por la práctica totalidad de la doctrina. Enuncia algunas de las imprecisiones que le son achacables POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.843, para quien no cabe decir que el artículo 1.805 CC es contrario al pacto resolutorio, dada la postura favorable de la doctrina y Jurisprudencia francesa e italiana en relación con los precedentes legislativos del precepto en sus Códigos. Tampoco parece acertada la relación que establece la resolución entre el carácter real y unilateral que otorga al contrato y la imposibilidad de aplicar el artículo 1.124 CC, pues ya se ha visto que pueden ser compatibles si existe reciprocidad. Por otra parte, mezcla la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de rentas y la condición resolutoria, cuando debieron tener tratamientos diferentes. Por último, se rechaza la afirmación relativa a que la cláusula resolutoria es contraria a la equidad, y que se mantenga que la inscripción de la cláusula penal impide su moderación por los Tribunales, cuando es una cuestión que debería plantearse en el momento de la reinscripción de la finca a nombre de los constituyentes, y no en el de la inscripción de la cláusula (según la propia doctrina del órgano a partir de 1.982). También hace referencia a las opiniones vertidas en contra de la resolución, compartiéndolas, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 169 y 170.

perfectamente válida la aplicación analógica de las normas a supuestos con identidad sustancial, dado que la compraventa se considera el prototipo de los contratos onerosos, y que el artículo 1.255 CC consagra la libertad contractual, la resolución admite el pacto resolutorio expreso en el contrato de renta vitalicia. Por otra parte, el órgano directivo argumenta que el artículo 1.805 CC “*no implica una prohibición del pacto resolutorio sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto; así resulta del principio general de autonomía privada en conjunción con la supresión en el Código Civil vigente de la prohibición expresa que figuraba en el Proyecto Isabelino de 1.851*”. En la Resolución de 26 de abril de 1.991 se incide en los mismos argumentos: que el artículo 1.805 CC tiene un mero carácter dispositivo y que la condición resolutoria no sólo es válida como garantía de pago del precio en la compraventa, pues puede darse en otros contratos onerosos en los que resulte fundada su admisión.

En la actualidad, por tanto, la Resolución de 31 de mayo de 1.951 no puede alegarse como criterio relevante para negar validez a la facultad resolutoria pactada en el contrato, pues la jurisprudencia más reciente lo admite y la práctica totalidad de la doctrina lo corrobora. Sin embargo, algún autor la tiene en cuenta a los efectos de negar inscribibilidad al pacto cuando se trate de contratos de renta vitalicia constituidos a cambio de un bien inmueble¹⁵¹².

Desde otro punto de vista, la admisibilidad del pacto en contra del artículo 1.805 CC y su compatibilidad con el *alea* se pone de manifiesto en la propia legislación, pues la tendencia actual de los contratos afines al de renta vitalicia es admitir expresamente su resolución¹⁵¹³. Así, la regulación concedida al contrato de alimentos por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, permite la resolución del contrato por incumplimiento del deudor y la inscripción del pacto con el carácter de condición resolutoria explícita¹⁵¹⁴. También la Ley 4/95, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, en su artículo 99.1.b), admite la resolución del contrato en caso de incumplimiento

¹⁵¹² Es el caso de GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 284 y 285, para quien el problema radica en la inscribibilidad del pacto, como lo pone de relieve, en su opinión, la STS de 14 de octubre de 1.960, que haciendo alusión a la citada doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado afirma “...en relación a la improcedencia de ciertas constancias de derechos en el registro de la propiedad que no constituyen un derecho real inmatriculable [sic], aunque tenga carácter de derecho in re”. En sentido radicalmente opuesto la Ley 520 2º de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, como se ha visto, establece que “El pacto de que el incumplimiento valga como condición resolutoria tendrá efecto real y será inscribible en el Registro”.

¹⁵¹³ Como también lo manifiestan, ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.423, e IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 73.

¹⁵¹⁴ Son los artículos 1.795 y 1.797 CC, respectivamente, los que permiten la resolución del contrato, con cautelas, y la inscripción del pacto en el registro si los bienes transmitidos son registrables.

de la obligación no imputable a su perceptor. En el mismo sentido, la Ley Catalana 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas, establece en su artículo 15 la validez del pacto resolutorio expreso¹⁵¹⁵. Por último, el artículo 15.1 de la Ley de contrato de seguro concede al asegurador la facultad resolutoria en caso de impago de la primera prima, o de la prima única, por culpa del tomador¹⁵¹⁶.

Debemos incidir en que no puede alegarse, en contra de la admisión del pacto resolutorio expreso, que contraría el interés particular del deudor de la renta vitalicia. No puede perderse de vista que es una condición pactada libremente por las partes, que aparece de manera expresa en el contrato, y que el deudor la consiente una vez que evalúa sus “pros” y sus “contras”. Además, la cláusula entra en funcionamiento en aquellos supuestos en los que el deudor incumple con su obligación de pago de la renta, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de considerar perjudicado al deudor¹⁵¹⁷.

Por otra parte, resulta fundamental reiterar, además de todos los argumentos vistos, que la autonomía de la voluntad permite a las partes del contrato de renta vitalicia pactar la facultad resolutoria expresa para el caso de impago de la obligación de pago de la renta, pues tal pacto no vulnera los límites establecidos en el artículo 1.255 CC: no es contrario a la ley, ni a la moral, ni al orden público¹⁵¹⁸.

El pacto en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC no es contrario a la Ley porque la disposición no tiene carácter imperativo, sino

¹⁵¹⁵ El citado artículo 15 prescribe: “*El acreedor o beneficiario de la pensión tiene acción para reclamar 1º.- Las pensiones vencidas y no satisfechas. La reclamación de las pensiones exige la acreditación de que la persona en relación con la que se constituyó la pensión está viva. 2º.- En caso de impago reiterado de las pensiones, también puede solicitarse a la autoridad judicial que se adopten las medidas de garantía necesarias para asegurar el pago de las pensiones futuras. 3º.- La pensión vitalicia puede asegurarse mediante garantía real. En dicho caso debe constituirse en escritura pública. 4º.- Es válido el pacto expreso de resolución del contrato de constitución a título oneroso de la pensión vitalicia por falta de pago de las pensiones. La resolución definitiva del contrato supone la restitución del capital o precio entregado previamente.*”.

¹⁵¹⁶ Establece el artículo 15.1 de la Ley 50/1.980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, “*Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación*”.

¹⁵¹⁷ En este mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, cit., pág. 170.

¹⁵¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “*Renta vitalicia...*”, cit., pág. 217, pues afirma que en el pacto resolutorio no hay nada que se oponga “a las leyes, a la moral ni al orden público”. También, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, cit., T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315.

meramente dispositivo¹⁵¹⁹. Por otra parte, no puede verse en la admisión del acuerdo incompatibilidad alguna entre el artículo 1.805 CC y el artículo 1.124 CC. La razón es evidente, mientras el pacto de los contratantes hace referencia a una facultad resolutoria expresa, el artículo 1.124 CC recoge una facultad tácita, que suele denominarse “condición resolutoria tácita”¹⁵²⁰. Por este motivo, QUIÑONERO CERVANTES afirma que el problema de la exclusión del artículo 1.124 es otro problema distinto, porque se refiere a la condición resolutoria tácita. No obstante, el autor mantiene que es de aplicación lo dispuesto en el precepto, como norma dispositiva, en defecto de lo expresamente pactado por las partes¹⁵²¹.

Tampoco puede afirmarse que el pacto en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC sea contrario a la moral, independientemente de que se acuerde la retención de las pensiones, pues su inserción en el contrato es una decisión libremente adoptada por los contratantes¹⁵²². Como ya se ha dicho, y como se verá al estudiar los efectos de la resolución, es perfectamente posible pactar que el acreedor se quede con las rentas ya percibidas, a modo de indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento y la resolución¹⁵²³.

Respecto al último de los límites a la autonomía de la voluntad que impone el artículo 1.255 CC, el pacto resolutorio tampoco es contrario al orden público. Los únicos intereses en juego son los particulares de las partes, de los que pueden disponer en virtud de lo establecido en el propio artículo 1.255 CC¹⁵²⁴.

¹⁵¹⁹ Comparte esta opinión GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 216 y 217, quien mantiene que el precepto tiene carácter dispositivo, actúa cuando las partes no se manifiesten favorables a derogarlo, y sólo se aplica en defecto de lo que ellos quieran estipular, con carácter supletorio al convenio de los interesados. En el mismo sentido se pronuncia BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 170.

¹⁵²⁰ Así lo afirma, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 172.

¹⁵²¹ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, págs. 120 y 121.

¹⁵²² Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 172 y 173, pues considera que toda resolución puede llevar consigo la pérdida de lo pagado hasta la fecha. El autor recuerda que es lo que suele pactarse en la condición resolutoria que garantiza el pago aplazado en las ventas, sin que a nadie se le ocurra pensar que es contrario a la moral.

¹⁵²³ En este mismo sentido se pronuncia, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 173, quien fundamenta tal posibilidad en el artículo 1.152 CC, que permite el establecimiento de una cláusula penal, o pena convencional, con la finalidad de que los propios contratantes fijen la indemnización de daños y perjuicios.

¹⁵²⁴ Así lo afirman, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 174 y BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 115. Para este último autor es posible incluir cláusulas comisorias en el contrato de renta vitalicia al amparo del artículo 1.255 CC. Tal afirmación la deduce de la STS 20 mayo de 1.895, pues

Así, dado que el acuerdo de las partes en tal sentido no vulnera ninguno de los límites del artículo 1.255 y no afecta al carácter aleatorio del contrato, pues el *alea* no hace referencia a la posibilidad de que el deudor incumpla su obligación, ningún impedimento existe para su admisión. Además, la exclusión del artículo 1.805 no altera el carácter personal de la obligación de pago de la renta, aunque puede tener efectos reales si la cláusula accede al Registro. Estos efectos reales en absoluto implican que el contrato cambie su naturaleza como consecuencia del pacto, pues, como se verá, la hipoteca en garantía de rentas también otorga efectos reales al contrato sin modificar su naturaleza.

Por último debe mencionarse que compartimos la opinión manifestada por GUILARTE ZAPATERO, en el sentido de que es perfectamente posible que las partes pacten, al amparo de la autonomía de la voluntad, la resolución del contrato por falta de prestación, o de disminución, de las garantías pactadas¹⁵²⁵. Con el mismo fundamento consideramos posible introducir un pacto de esencialidad del término, en cuya virtud el acreedor puede resolver el contrato si el deudor no paga las rentas en plazo¹⁵²⁶. Incluso cabría un pacto de redención. Desde nuestro punto de vista tal posibilidad es admisible cuando se den determinadas circunstancias que hagan especialmente dificultoso el cumplimiento de la obligación de pago de

declara perfectamente válida, de conformidad con el principio de libertad de pactos que gobierna nuestro sistema, una cláusula penal de la que resulta el comiso de unas fincas por la falta de pago de las pensiones estipuladas.

¹⁵²⁵ En el caso de que las partes pacten la posibilidad de resolver el contrato si el deudor no presta o disminuye las garantías pactadas, la resolución puede tener lugar con independencia de que se haya producido, o no, el incumplimiento de la obligación de pago de las pensiones, pues es un supuesto distinto al contemplado por el artículo 1.805 CC. Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 515. El autor, de hecho, considera que puede solicitarse la resolución aunque no se haya pactado expresamente, siempre que se hayan acordado garantías y el deudor incumpla con su obligación de prestarlas o las disminuya. La razón de su postura radica en que, como ya se dijo, la prohibición de resolución del artículo 1.805 debe interpretarse restrictivamente, y el supuesto que contempla no es el de la falta de prestación de garantías. Por otra parte, el precepto permite la resolución si el deudor no presta las garantías solicitadas, cuando se ha producido un previo incumplimiento del mismo. Por ello el autor considera admisible la resolución, también, cuando las partes pacten la obligatoriedad de tales garantías, aunque no se haya producido incumplimiento alguno. Desde nuestro punto de vista, como ya se adelantó, es muy discutible que quepa la resolución del contrato por la falta o disminución de las garantías si no se pacta expresamente, dado el contenido del artículo 1.805 CC.

¹⁵²⁶ En virtud de este pacto el acreedor puede resolver el contrato si el deudor no paga en plazo, si bien, al no funcionar automáticamente la facultad resolutoria, y dada la probable aplicación analógica al contrato de renta vitalicia del artículo 1504 CC, parece que sólo cabe ejercitar la resolución desde el vencimiento de pago, pudiendo el deudor pagar hasta que se realice requerimiento con notificación de la resolución del contrato. En este sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 519. Hacen referencia al pacto de esencialidad del término, de manera detallada, también, GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 292, 293 y 294; y ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, págs. 217 y ss.

la renta, siempre y cuando las condiciones pactadas no supriman el *alea* característica del contrato¹⁵²⁷.

1.7.- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA

Se ha discutido mucho sobre si el pacto resolutorio puede configurarse como una auténtica condición resolutoria, que goce del automatismo y la inscribibilidad que son propios de la citada condición¹⁵²⁸. De hecho, tal es la fórmula que suele recogerse en los formularios notariales y en los contratos objeto de litigio¹⁵²⁹. Sin embargo, no parece que este pacto resolutorio pueda tener tal naturaleza, dado que el incumplimiento del deudor no goza de las características de evento externo, incierto y futuro que pueda relegarse a la categoría de elemento accidental del contrato¹⁵³⁰. Resulta evidente que la prestación a la que se obliga el deudor no es un evento

¹⁵²⁷ Aunque la renta vitalicia, a diferencia de las rentas perpetuas o de los censos, no es redimible, no existen argumentos sólidos que impidan a las partes pactar voluntariamente la redención. Tal posibilidad deriva, de nuevo, del principio de libertad contractual, pues el pacto no se opone a la Ley, ni a la moral, ni al orden público. Las partes pueden acordar la facultad de redención, a favor del deudor, para determinadas circunstancias que hagan especialmente dificultoso el cumplimiento de su obligación. Respecto a sus efectos, deben preverlos las partes. Aunque lo normal es que el deudor entregue una determinada cantidad, resultante de capitalizar las pensiones según los criterios establecidos, puede pactarse que al redimirse el contrato se produzcan las mismas consecuencias que en los casos de resolución. En este caso el pacto de redención puede considerarse como un pacto de resolución del contrato a favor del deudor, que se somete a las reglas establecidas por las partes. Así lo afirma, también, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 523 y 524. CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 57, confirma la posibilidad de pactar la redención del contrato cuando ésta responda a situaciones que excedan de su carácter aleatorio. No obstante, entiende que deben pactarse las circunstancias que den lugar a tal posibilidad y sus efectos. El autor recuerda que la doctrina moderna admite el juego de la redención mediante la sustitución de las prestaciones periódicas por una prestación única, calculada mediante una solución de capitalización, o a través de la adopción de una fórmula parecida a la resolutoria. La posibilidad de redimir el contrato, si así se pacta, viene admitida expresamente por el Código italiano y el portugués, como también constata el autor citado.

¹⁵²⁸ CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 319, afirma que el automatismo de la cláusula resolutoria, que permite la resolución del contrato por el mero incumplimiento sin mayores requisitos, y el intento de buscar su acceso al registro a través del artículo 9.2 de la Ley hipotecaria, son las principales razones por las que se insiste en configurar el pacto resolutorio expreso como condición resolutoria. En el mismo sentido se pronuncia IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 74.

¹⁵²⁹ Así lo confirma CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, págs. 318 y 319, donde expone multitud de ejemplos de tal configuración.

¹⁵³⁰ En contra se pronuncia ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL., *Derecho civil...*, *cit.*, 8ª ed., pág. 433, pues considera admisible que las partes pacten que el impago de la renta actúe automáticamente, como condición resolutoria, en cuyo caso el contrato queda resuelto *ipso iure*, sin necesidad de solicitarlo el rentista.

externo al contrato, no puede configurarse como condición, porque sería como dejar el cumplimiento al arbitrio del propio contratante¹⁵³¹.

Por estos motivos, compartimos la opinión de que la cláusula resolutoria otorga al contratante cumplidor la facultad de resolver el contrato ante el incumplimiento de la otra parte¹⁵³². Si las partes introducen un pacto resolutorio en el contrato de renta vitalicia, excluyendo la aplicación del artículo 1.805 CC, el acreedor puede solicitar el pago o la resolución del contrato cuando se produzca el impago de las pensiones por parte del deudor, sin que tal disposición de voluntad pueda conllevar la resolución *ipso iure* del contrato¹⁵³³.

Mayores dudas plantea la extensión de la resolución cuando las partes nada han pactado, así como cuando la resolución no deriva de pacto resolutorio, pues de existir acuerdo al respecto se está a lo expresamente

¹⁵³¹ Comparten esta opinión GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 332, para quien la configuración del pacto resolutorio como condición resolutoria deja en manos del deudor el cumplimiento del contrato, pues basta con que deje de pagar la renta para que se resuelva. En el mismo sentido, CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA, *El contrato de vitalicio...*, *cit.*, pág. 319. Para GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 289, tampoco puede hablarse de auténtica condición, sino de “facultad resolutoria expresa”.

¹⁵³² En este mismo sentido se pronuncia, IMAZ ZUBIAUR, LEIRE, “Elementos estructurales...”, *cit.*, pág. 74. También las RRDGRN de 16 de octubre de 1.989 y 26 de abril de 1.991, comparten esta opinión, pronunciándose a favor de la aplicación analógica del artículo 1.504 CC, pese a los problemas que implica la opinión doctrinal y jurisprudencial de que es un precepto especial aplicable a la compraventa de inmuebles. Por otra parte, la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2.002, afirma que, pese a estar ante una condición resolutoria de origen contractual y ante un contrato de renta vitalicia, “...las evidentes analogías de su estructura y contenido con la de la condición resolutoria tácita del art. 1124 del Código y con la compraventa, como contrato tipo dentro de los que sirven para transferir el dominio, hacen que entendamos que las normas que disciplinan aquellas instituciones sean, en lo posible, de aplicación para resolver el supuesto litigioso. En otras palabras, frente a la dicción literal del contrato –que sugiere que «cualquier» impago adquiere fuerza resolutoria–, cabe mantener que la resolución sólo está legitimada por el impago generalizado de las pensiones que es lo que frustraría la función económico-social del contrato de renta vitalicia, dejando así insatisfecho el interés de la rentista”.

¹⁵³³ Para GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 331 a 333, resulta indudable que la resolución no opera *ipso iure*, como si de una condición resolutoria se tratase, sino que reaplica el artículo 1.124 CC. Entre la doctrina italiana, y en relación al artículo 1.877, que prevé la posibilidad de resolver el contrato en el supuesto de falta o disminución de las garantías pactadas, ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 73, entiende que la resolución no opera automáticamente, sino que debe ser solicitada por el “*vitaliziato*” al juez, puesto que la fórmula es una aplicación del principio general de artículo 1453, relativo a la resolubilidad de los contratos con prestaciones correspectivas. En la pág. 71, el autor afirma que más que de “resolución” debe hablarse de “disolución” del contrato, ya que, al tratarse de un contrato de ejecución periódica, se excluye el efecto retroactivo, permaneciendo firmes las prestaciones ya efectuadas y la ejecución ya realizada del contrato. La misma opinión mantiene respecto a los efectos del pacto resolutorio expreso para el caso de falta de pago de las pensiones en la pág. 85.

pactado¹⁵³⁴. Aunque algunos autores se oponen a la posibilidad de pactar que el acreedor retenga las pensiones ya pagadas, lo que suele denominarse pacto comisorio, no parece que tales objeciones puedan ser aceptadas. Desde nuestro punto de vista el artículo 1.255 CC ampara la posibilidad de las partes pacten la retención de las pensiones ya pagadas por parte del acreedor, lo que puede hacerse, incluso, como una indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incumple¹⁵³⁵. Consideramos perfectamente válido, por tanto, que las partes acuerden que en caso de resolución por incumplimiento el acreedor retenga las rentas ya cobradas en concepto de indemnización forfáitaria de daños y perjuicios, en compensación por el riesgo corrido durante la ejecución del contrato, como cláusula penal...

Respecto a los efectos del pacto resolutorio, o de la resolución, cuando nada se ha establecido, es decir, respecto al problema de si la resolución tiene efectos retroactivos, existen opiniones a favor y en contra.

Para algunos autores la resolución del contrato tiene plenos efectos retroactivos, de manera que el acreedor debe devolver al deudor todas las

¹⁵³⁴ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 517. Para LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, n° 331, págs. 300 y 301, si nada en contra establecen las partes, el pacto es una condición resolutoria expresa, por lo que el contrato debe resolverse con efectos retroactivos, como si nunca hubiese existido. En tal supuesto, el deudor debe devolver el capital con los frutos e intereses y el acreedor las rentas percibidas. Sin embargo, afirma que las partes pueden, y suelen, pactar que el acreedor retenga las rentas cobradas. Para el autor esto no es una auténtica resolución, porque el acreedor recibe su capital y conserva las pensiones, que comprenden una parte del capital, aunque considera que la cláusula es lícita en virtud de la voluntad de las partes. En su opinión, las partes pueden valorar los daños-intereses, o la pena que el acreedor puede reclamar en caso de falta de ejecución del contrato, sin que corresponda al magistrado disminuir los daños-intereses convencionales o la pena. BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, n° 293 a 296, págs. 144 y 145, consideran que, como norma, la resolución tiene por efecto que el acreedor deba devolver las rentas percibidas. No obstante, afirman que el Juez puede conceder al acreedor una indemnización por los daños sufridos, como consecuencia del perjuicio derivado de que el capital entregado no haya producido intereses. En su opinión, es perfectamente posible pactar que en caso de resolución el acreedor retenga las rentas percibidas en concepto de indemnización, y que exija las rentas hasta la resolución del contrato. Esta estipulación puede, incluso, considerarse sobreentendida, porque el acreedor ha sufrido el riesgo de perder su capital como consecuencia de la muerte de la vida contemplada hasta la misma resolución, y las rentas ya cobradas, y las vencidas pero no cobradas, son el contravalor del citado riesgo. También es posible pactar que en caso de resolución el deudor tenga que pagar una suma superior al capital de constitución, pues no es más que un mecanismo de fijación de daños e intereses.

¹⁵³⁵ Esgrime estos argumentos, a favor de la posibilidad de que las partes establezcan un pacto comisorio, GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 286 y 287. El autor añade, además, que tal pacto es perfectamente válido en la compraventa con precio aplazado, en relación con la parte del precio ya satisfecha en poder del vendedor. Además, señala que los efectos del pacto de comiso se alcanzan si se defiende la irretroactividad de los efectos de la resolución pactada.

rentas recibidas con sus intereses y el deudor ha de hacer lo mismo con el capital y sus frutos. Esta solución puede defenderse con base en el carácter retroactivo que implica toda resolución, pues trata de devolver las cosas a su estado originario, como si la relación jurídica nunca se hubiese celebrado¹⁵³⁶.

Si se mantiene que la regla general de la resolución del contrato de renta vitalicia es la absoluta retroactividad, el acreedor se ve perjudicado por la resolución, pues corre un riesgo que el deudor no ha corrido y no se le indemniza por ello. El acreedor corre el riesgo del pronto fallecimiento de la vida contemplada, de su muerte con anterioridad a la resolución del contrato, y si la resolución se produce con efectos *ex tunc* no se tiene en cuenta ese *alea*, no es valorada. Por otra parte, si la finalidad del contrato fue asegurar la supervivencia del acreedor hasta el final de sus días, se encuentra de nuevo sin tal seguridad. El acreedor habrá desperdiciado todo el tiempo de duración del contrato, con la consiguiente desvalorización del capital entregado y el incremento de su edad, lo que desde luego le perjudica de cara a la constitución de un nuevo contrato de renta vitalicia.

No obstante, BADENAS CARPIO entiende que, salvo estipulación contraria de las partes, es perfectamente posible aplicar lo establecido en el artículo 1.303 CC, con ocasión de la nulidad, a los efectos de la resolución por falta de cumplimiento. De esta manera, si se resuelve el contrato por incumplimiento las partes deben reintegrarse el capital y las rentas percibidas con sus frutos e intereses¹⁵³⁷. Para el autor la mera inclusión del pacto

¹⁵³⁶ Mantiene esta postura GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 288 y 289, para quien no es posible que el acreedor se quede con las rentas percibidas en compensación al riesgo corrido si nada se ha pactado. En su opinión, la acción se dirige a resolver la relación jurídica unitaria de renta vitalicia, y ésta se desnaturaliza si se defiende su carácter irretroactivo en todo caso, aunque no exista pacto en tal sentido, puesto que la retroactividad es un efecto natural de la resolubilidad. Tal parece ser, también, la postura de PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Compendio...*, *cit.*, pág. 552. En la citada obra, el autor afirma que si la resolución pactada implica la devolución del capital recibido, lo más justo es que la devolución se haga con la oportuna deducción de la parte de las pensiones que supone un aumento sobre el interés legal del dinero. En su opinión, de no ser así existiría una pena convencional para el deudor de la renta por el incumplimiento de su obligación. En el mismo sentido se pronuncia en PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos...*, *cit.*, pág. 577.

¹⁵³⁷ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 257. Para el autor, nada impide la aplicación del artículo 1.303 CC a la resolución que nos ocupa. De hecho, señala que a esta misma solución llega nuestro ordenamiento jurídico en relación con otros supuestos de resolución por incumplimiento relacionados con obligaciones contractuales de tracto sucesivo. Tal es el caso de la Ley 28/98, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, que en su artículo 10, relativo al incumplimiento del comprador, establece: “1. Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato. Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas. El vendedor o prestamista tendrá derecho: a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador. b) A una

resolutorio en el contrato no implica que el acreedor, después de optar por la resolución, tenga derecho a apropiarse de las rentas satisfechas. La resolución de las obligaciones recíprocas tiene efectos *ex tunc*, por lo que las partes han de devolverse las prestaciones recibidas con sus frutos e intereses. Por estos motivos considera que permitir al acreedor recuperar el capital y conservar las rentas supone la admisión de un pacto comisorio, y un enriquecimiento injusto a favor del acreedor¹⁵³⁸.

En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT afirman que la retención de las rentas por el acreedor de la renta como compensación al riesgo de la extinción del contrato puede parecer la solución más equitativa, sin embargo, mantienen que si las partes nada pactan debe aplicarse el derecho común. En virtud de tal criterio, cada una de las partes debe devolver lo recibido: rentas y capital, sin perjuicio de que el acreedor pueda pedir indemnización por daños y perjuicios. Para los tratadistas la regla aplicable es la ordinaria de la resolución, la retroactividad, pues consideran un tanto arbitraria la justificación del *alea* para excluir tal criterio. En su opinión, es necesaria una derogación legal del principio de retroactividad de la resolución para excluir su aplicación. Sin embargo, defienden la legitimidad de que se conceda al acreedor una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, en compensación al riesgo corrido, que puede consistir, según manifiestan, en la diferencia entre los productos del capital enajenado y la cuantía de las pensiones pagadas, lo que al final equivale a la mera restitución de las pensiones por el deudor¹⁵³⁹.

Frente a la regla general del carácter absolutamente retroactivo de la resolución, se argumenta que no es de aplicación al caso que nos ocupa por el carácter periódico y aleatorio del contrato. Son muchos los autores que defienden que el acreedor puede quedarse con las rentas percibidas en concepto de indemnización por el riesgo corrido hasta el momento de la resolución del contrato¹⁵⁴⁰, y otros tantos mantienen que su carácter

cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista el desembolso inicial, o éste sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última". Para el autor los efectos y limitaciones establecidos para el citado supuesto pueden ser aplicables, en todo lo que no sea incompatible, al contrato de renta vitalicia. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 357 y 358 también parece pronunciarse a favor de los efectos retroactivos de la resolución del contrato, de manera que el acreedor debe devolver las pensiones recibidas. Para el autor no tiene sentido alguno la oposición a esta postura basada en la injusticia de que el acreedor pierda las pensiones ya pagadas.

¹⁵³⁸ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 261 y 262.

¹⁵³⁹ PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, págs. 540 y 541. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ, "Constitución del contrato...", *cit.*, pág. 245, considera que tal fórmula es perfectamente aplicable a nuestro Derecho.

¹⁵⁴⁰ POTHIER, ROBERT JOSEPH, "Traité du contrat...", *cit.*, pág. 127, n° 230, considera que la cantidad en la que exceden las rentas a los intereses producidos por el capital son el riesgo de perder o ganar corrido por las partes. Por ello, afirma que las rentas que vencen

periódico justifica la imposibilidad de retrotraer sus efectos hasta el momento anterior a la celebración¹⁵⁴¹.

Conforme a estos criterios, la resolución del contrato de renta vitalicia implica que el deudor devuelva el capital recibido, manteniendo los frutos e intereses que haya producido durante el tiempo de vigencia del contrato. Por su parte, el acreedor retiene las pensiones ya cobradas como compensación a los frutos e intereses producidos por el capital, o como indemnización por los daños y perjuicios que su incumplimiento le provoca¹⁵⁴². Como ya se

hasta el momento de la resolución del contrato son debidas al adquirente, porque constituyen el precio del riesgo a la muerte de la vida contemplada que el acreedor corre hasta la resolución del contrato. En el mismo sentido se pronuncia PONT, PAUL, “Du contrat...”, *cit.*, nº 766, pág. 424, para quien el acreedor tiene derecho a retener todas las rentas hasta el momento de la resolución, sin que esté obligado a restituir lo que exceda del interés legal. El autor remite a los números 745 y ss., págs. 413 y ss., para justificar su postura, que se resume en que las rentas pagadas por el deudor son el precio del riesgo corrido por el acreedor.

¹⁵⁴¹ Tal es el caso de ANDREOLI, MARCELLO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 85. En su opinión, al ser el contrato de ejecución periódica, la resolución no es retroactiva salvo que las partes pacten lo contrario. El autor considera que el deudor de la renta debe restituir lo obtenido en la constitución del contrato, reteniendo los frutos e intereses percibidos, mientras el acreedor mantiene las rentas obtenidas con anterioridad. En este mismo sentido se pronuncia TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 132, para quien el efecto retroactivo no se extiende a las prestaciones pagadas por tratarse de un contrato de ejecución periódica. Para el autor podían existir dudas al respecto en el Código de 1.865, porque se consideraba que la irretroactividad era contraria a los principios generales en tema de resolución por incumplimiento. Sin embargo, con el artículo 1.458 del Código de 1.942 el argumento ya no puede sostenerse. Aunque de las dos obligaciones del contrato sólo la obligación de pagar la renta tenga carácter periódico, no existe obstáculo para la aplicación del precepto citado, puesto que en esta relación también pueden compensarse los intereses y frutos de la cosa con las pensiones recibidas, y existe la imposibilidad lógica de destruir la ejecución ya realizada y plenamente conforme con el contrato. Además, afirma que el *quid pluris* de valor que pueda tener la renta sobre los intereses o los frutos del capital, al constituir parte de la amortización del mismo, se compensa con el *alea* corrida por el acreedor de la renta. También CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 57, es partidario de la irretroactividad parcial de la resolución. En su opinión, la solución más adecuada es la resolución con efectos *ex nunc* que suele seguirse en los contratos de tracto sucesivo, para las relaciones duraderas.

¹⁵⁴² En este mismo sentido, la SAP de Cádiz, de 12 de abril de 2.002, mantiene la posibilidad de que el rentista se quede con las rentas percibidas, dado el carácter periódico del contrato. La Sentencia afirma “*Es obvio que el efecto principal de la resolución sería la vuelta del dominio del inmueble enajenado al patrimonio de las constituyentes o, en su caso, al de su comunidad hereditaria. De forma secundaria se plantea el problema de la devolución de las pensiones satisfechas y de su eventual compensación con el disfrute temporal del inmueble transferido. Y este problema no se resuelve «ex tunc», esto es, privando retroactivamente de todos sus efectos al contrato, sino «ex nunc». Ciertamente es que en general en supuestos de nulidad (art. 1303 del Código Civil) o resolución (arts. 1117 y 1123 del Código Civil), la ineficacia por tales causas declarada supone la extinción de las relaciones obligatorias con carácter retroactivo. También lo es, sin embargo, que la retroacción no alcanzará a aquellas prestaciones consumadas respecto de las cuales se haya producido efectivamente la correspondiente contraprestación, cuando nos encontramos ante relaciones obligatorias de tracto sucesivo parcialmente agotadas, según entiende la doctrina y la jurisprudencia. Distinto es resolver un contrato de prestaciones únicas, que otro en que las obligaciones*

mencionó, consideramos que ésta es la solución más justa, y la que con mayor facilidad puede llevarse a la práctica, pues sólo ha de devolverse el capital recibido, lo que resulta mucho más sencillo que retrotraer la totalidad de la relación, devolviendo intereses y pensiones que con gran probabilidad habrán sido ya gastadas por acreedor y deudor¹⁵⁴³.

Esta solución viene amparada, además, por lo establecido en el artículo 1.120 CC, que establece el carácter retroactivo de la resolución de la obligación condicional de dar, sin perjuicio de que, siendo recíprocas las prestaciones de los interesados, puedan compensarse frutos e intereses. Tal y como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, la posibilidad de que el acreedor retenga las pensiones ya cobradas deriva, también, de lo establecido en el citado precepto, pues permite al deudor retener los frutos e intereses del capital y al acreedor las pensiones percibidas¹⁵⁴⁴. La aplicabilidad de la disposición al supuesto que nos ocupa, cuando las partes hayan acordado un pacto resolutorio expreso, derivaría de su indudable analogía con la condición resolutoria expresa.

de cada una de las partes se despliegan a lo largo del tiempo agotándose paulatinamente alguno de sus efectos. En todo caso, el planteamiento doctrinal al que responde en el fondo la tesis de la sentencia, esto es, que la validez de la cláusula resolutoria pase por la inclusión al tiempo de alguna previsión sobre devolución de las pensiones ya percibidas o al menos sobre la parte de éstas que exceda del rendimiento que el capital o el inmueble haya proporcionado a quien los recibió, es eso, un respetable planteamiento doctrinal, que no ha sido acogido por el Tribunal Supremo cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema". También defiende la posibilidad de que el acreedor se quede con las rentas cobradas BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 157. Esta es la opción preferida, también, por GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 509.

¹⁵⁴³ La Ley 520.2º *in fine* de la Compilación de Derecho civil de Navarra establece que, salvo que se pacte lo contrario, el cesionario no puede repetir las cantidades ya pagadas. En opinión de ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL., *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 8ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.989, pág. 433, ésta es la solución que procede acoger, también, para el derecho común.

¹⁵⁴⁴ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 189. Para GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, "La renta vitalicia...", *cit.*, pág. 289, aunque suela hablarse de condición resolutoria lo cierto es que no estamos ante una auténtica condición, por lo que la aplicación de los artículos 1.120 y 1.123 CC sólo puede hacerse por vía de analogía. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario...", *cit.*, pág. 522, afirma que si las partes acuerdan el carácter irretroactivo de la resolución, facultando al acreedor a recuperar el capital en la situación en la que se encuentre al resolverse el contrato y a mantener las pensiones, y al deudor a retener los intereses y frutos producidos, la solución podría ampararse en el artículo 1.120 CC. QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.765, defiende que los efectos de la resolución son *ex nunc*, por lo que el deudor debe devolver el capital percibido al constituirse la renta, reteniendo los frutos e intereses, mientras el acreedor puede retener las pensiones percibidas.

Para BADENAS CARPIO existen varios motivos por los que el acreedor debe devolver las pensiones ya cobradas¹⁵⁴⁵:

1.- La regla contraria al pacto comisorio contenida en el artículo 1.859 CC. Desde nuestro punto de vista el citado precepto debe mantenerse en el ámbito de la hipoteca y la fianza, ámbito para el que se dicta. La razón de la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca y la fianza es que es incompatible con tales figuras de garantía, ya que las desnaturaliza, lo que desde luego no puede decirse del supuesto que nos ocupa. Por estos motivos, y al amparo del artículo 1.255 CC, consideramos perfectamente válido el pacto, que se limita a regular el pago de intereses, daños y perjuicios derivados del incumplimiento, *máxime* si es fruto del acuerdo de las partes y no efecto propio de la resolución. Ello, sin entrar a valorar si realmente la equiparación entre la retención de las pensiones y el pacto comisorio es exacta.

2.- La aplicación analógica del artículo 1.295 CC, relativo a la rescisión. Sin embargo, consideramos preferible la aplicación analógica del artículo 1.120 CC, como se ha visto, dado el carácter excepcional y subsidiario de la rescisión y la mayor cercanía del pacto resolutorio a la condición resolutoria, incluso a la mera resolución en los casos en los que la permite el artículo 1.805 CC.

3.- La aplicación *a contrario* de lo establecido en el artículo 1.258 CC, porque el comiso no es un efecto expresamente pactado, ni una consecuencia que se deduzca claramente de la naturaleza del contrato conforme a la buena fe, al uso o a la Ley. La aplicación *sensu contrario* de la disposición nos parece dificultosa, porque el precepto hace referencia a las normales consecuencias de la perfección del contrato, sin que pueda hablarse de normales consecuencias de la resolución que nos ocupa, ya que en sí es excepcional al estar en contra de lo establecido en el artículo 1.805 CC. Por otra parte, como se ha visto, la retención de las pensiones por parte del rentista viene amparada por el artículo 1.120 CC, y no nos parece contraria al uso o a la buena fe. Más bien al contrario, es la cláusula habitual de los pactos de

¹⁵⁴⁵ Los citados motivos, que en el mismo texto contra argumentamos, se localizan en BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 262. En sentido parecido, GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 329, afirma que la posibilidad de que el acreedor se quede con las pensiones está descartada, pues la pensión está calculada de manera que supere el rendimiento del capital, y se beneficiaría injustamente al pensionista. Tampoco considera justo un mero pacto de resolución, porque beneficiaría al deudor de las rentas con los frutos percibidos durante la vigencia del contrato. Para el autor el pacto debe ser convenientemente equilibrado, es decir, aquel en el que el pensionista recupera el capital entregado, si se incumplen uno o más plazos de renta, y devuelve el importe total de los plazos percibidos una vez descontado lo procedente en concepto de compensación por los intereses del capital.

resolución que nos ocupan, que consideramos perfectamente acorde con la buena fe.

4.- La configuración del pacto comisorio como cláusula penal susceptible de moderación por parte de los Tribunales, cuando sea incluido expresamente por las partes en el contrato.

En este punto nos remitimos a lo expresado por GUILARTE ZAPATERO, para quien debe distinguirse que las partes pacten una cláusula resolutoria sin plenos efectos retroactivos, o que se acuerde la posibilidad de retener las pensiones como una pena sustitutiva, compensatoria de los daños y perjuicios sufridos. En este último caso el pacto tiene el carácter de cláusula penal, y puede moderarse por los Tribunales. Si bien, si adopta la forma de cláusula penal las partes pueden pactar que el acreedor no sólo retenga las pensiones pagadas, sino también que tenga derecho a los frutos producidos por el capital. Cuando las partes pactan la resolución sin pleno carácter retroactivo, tal y como ya se ha visto, el acreedor recibe el capital en la situación en la que se encuentre, reteniendo las pensiones ya pagadas, y el deudor adquiere los frutos producidos por el capital mientras estuvo en su poder. Esta solución debe respetarse íntegramente por los Tribunales, dado el contenido del artículo 1.120 CC¹⁵⁴⁶.

En el mismo sentido visto, GUIMERÁ considera que toda resolución puede conllevar la pérdida de lo pagado hasta el momento en que se produce, tal y como suele pactarse en los supuestos de resolución de compraventa con precio aplazado, sin que tal pacto conlleve su nulidad. Por ello afirma que aunque lo normal es que toda resolución fije la cuantía y forma de la devolución, nada impide que como indemnización por daños, perjuicios e intereses, o sin expresar causa alguna, se convenga que los plazos pagados queden en poder del acreedor¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁶ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 522. Esta opinión es compartida, también, por GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 221 y 222, quien afirma que es perfectamente posible que las partes pacten que el acreedor se quede con las pensiones ya cobradas como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, o como un mero efecto de la resolución. Es más, el autor considera que además de quedarse con las pensiones recibidas el acreedor de la renta puede exigir indemnización por daños y perjuicios, si en realidad los hubo y logra probarlos. En su opinión se trata de dos instituciones con virtualidad propia, independientes, y con efectos perfectamente diferenciados. Para GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 331, un pacto de comiso configurado como cláusula penal no sería lícito, porque cierra el paso a que los Tribunales puedan suavizarlo. No obstante, considera que la observación carece de relevancia cuando el pacto no adopta la forma de cláusula penal ni es de comiso. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ, “Constitución del contrato...”, *cit.*, pág. 249, afirma que la argumentación sobre la incompatibilidad con la cláusula penal debe limitarse a aquellos casos en los que el convenio de resolución se establezca con tal naturaleza y alcance.

¹⁵⁴⁷ GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 220.

Entre los autores favorables al carácter absolutamente retroactivo de la resolución, la admisión de la retención de las pensiones como indemnización por daños y perjuicios es una constante. Así, BADENAS CARPIO reconoce que es muy probable que una vez verificada la resolución muchas de las pensiones satisfechas por el deudor continúen en el patrimonio del acreedor, sin que ello pueda achacarse a la existencia de un pacto comisorio que ni siquiera ha sido estipulado, sino al deber de resarcimiento del deudor como consecuencia del incumplimiento. Además, incide en que el *quantum* de las pensiones que pueda retener el acreedor no se puede determinar *a priori* de manera dogmática¹⁵⁴⁸.

Para GÓMEZ MARTINHO¹⁵⁴⁹ es perfectamente posible asimilar el pacto de retención de rentas del contrato de renta vitalicia al que suele acompañar a la venta con precio aplazado. Por ello entiende que no existe inconveniente en asimilar tal supuesto al de una cláusula penal, que actuaría:

1.- Como pena sustitutiva cuando nada se haya pactado sobre su carácter, o cuando se estipula como compensación a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

2.- Como pena cumulativa, compatible con la oportuna indemnización de daños y perjuicios si lograrse probarse su existencia. Tal posibilidad sería admisible en virtud de lo establecido en el artículo 1.152 CC, que permite pactar en contra de que la pena cumpla la función de sustituir la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de incumplimiento. Además, el autor afirma que, en contra de lo que manifiesta la Dirección General de Registros y del Notariado, es perfectamente posible la moderación de la cláusula por los Tribunales, pues considera aplicable el artículo 1.154 CC en relación con el cumplimiento irregular del contrato por el deudor.

¹⁵⁴⁸ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 263, afirma que el Código de las obligaciones civiles y comerciales senegalés también llega a la conclusión de que la retención de las pensiones lo es a título de resarcimiento, y no como pacto comisorio. Por otra parte, fundamenta la consideración del pacto de retención de las pensiones como una cláusula penal, y no como un pacto comisorio, en el artículo 1.152 CC. En virtud del citado precepto, en las obligaciones con cláusula penal la pena sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de incumplimiento, salvo que las partes pacten lo contrario. En sentido muy similar AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 1.049, mantiene que la doctrina de la cláusula penal en la Jurisprudencia, que la configura como reparadora y punitiva, permite que el acreedor recupere el capital mientras retiene las pensiones percibidas. Respecto a la diferencia entre los productos del capital enajenado y la cuantía de las pensiones pagadas, afirma que suele considerarse la compensación al acreedor por el riesgo de perder el capital entregado como consecuencia de la muerte de la vida contemplada. Si bien, afirma que este pacto, perfectamente posible mediante convenio entre las partes, no es tan adecuado para ser impuesto por la Ley. Esto, en su opinión, explica la existencia del artículo 1.805 CC.

¹⁵⁴⁹ GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 291.

En nuestra opinión, si las partes no establecen nada sobre los efectos de la resolución debe estarse a la solución que hemos considerado más ajustada a Derecho y más práctica. Es decir, a falta de pacto en contrario, a la facultad resolutoria le resulta aplicable lo establecido en el artículo 1.120 CC¹⁵⁵⁰. En virtud del citado precepto, salvo que las partes pacten lo contrario, el acreedor recobra el capital, pero sus frutos e intereses se compensan con las rentas recibidas, de manera que el acreedor puede mantener estas últimas y el deudor los primeros¹⁵⁵¹. A mayor abundamiento, consideramos que las partes pueden pactar la retención de las pensiones, y que ésta se realice como consecuencia de una irretroactividad parcial o en compensación por el riesgo corrido durante la ejecución del contrato, así como por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento¹⁵⁵². De hecho, creemos que si la retención se pacta como cláusula penal, la pena puede pactarse como cumulativa, obteniendo una indemnización por los daños y perjuicios si logra demostrarse la entidad de los mismos.

¹⁵⁵⁰ La solución no es en absoluto extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pues no debe olvidarse que durante mucho tiempo se equipararon los pactos resolutorios por incumplimiento a las condiciones resolutorias tácitas. Así, por ejemplo, la STS de 19 de enero de 1.904 calificó al artículo 1.124 CC como un supuesto de condición resolutoria tácita, aunque hoy tal tesis se considere inaceptable. Tal y como manifiesta AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 1035 y 1036, han sido numerosos los autores que han equiparado los efectos de la facultad resolutoria concedida por el artículo 1.124 CC a los derivados de una condición resolutoria tácita. Si bien debe tenerse en cuenta, como el autor manifiesta en la obra, que en la condición resolutoria los efectos se producen *ope legis*, mientras en la resolución por incumplimiento es necesaria la iniciativa del interesado. Por otra parte, es evidente que la condición es un mero elemento accidental del contrato, mientras la resolución por incumplimiento deriva de la propia ley, de una categoría contractual.

¹⁵⁵¹ En el mismo sentido se pronuncian, como ya se ha visto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 189, para quien la medida se justifica en el artículo 1.120 CC, inspirado en el deseo de compensar los daños y perjuicios que puedan producirse para cada una de las partes contratantes. GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 517 a 520, quien manifiesta que lo más oportuno es que el deudor devuelva el capital reteniendo frutos e intereses, sin que el acreedor tenga que devolver las pensiones recibidas hasta la resolución. También POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.846, comparte esta opinión. ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA, “Sobre el contenido...”, *cit.*, pág. 1.429, en la nota 59, nos recuerda que la solución adoptada por el artículo 99.2 de la Ley 4/95 de Derecho civil de Galicia era similar a la defendida en el texto, pues en los casos de “rescisión” establecía la restitución de los bienes cedidos y la necesidad de abonar al alimentante los gastos ocasionados, permitiendo su compensación con los frutos recibidos por el alimentante, salvo pacto en contrario. Si bien, la nueva Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, en su artículo 156, sólo hace referencia a que el cedente recuperará los bienes y derechos cedidos, sin hacer mención alguna a las pensiones.

¹⁵⁵² En sentido parecido, ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 213, afirma que, dadas las distintas líneas de pensamiento a favor de que el acreedor pueda retener las pensiones, podría afirmarse que el rentista siempre tiene derecho a una compensación económica a causa del incumplimiento del deudor: en concepto de daños o intereses, o porque no es de recibo aplicar los efectos absolutamente retroactivos derivados de la resolución del contrato.

Cuando la retención de rentas se configure como pena sustitutiva, se favorece la seguridad jurídica. Ello es así, porque si se solicita del juez la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento, ésta ineludiblemente variaría de unos supuestos a otros, y en muchos casos en proporciones muy importantes. Con la pena sustitutiva la indemnización por los daños y perjuicios viene fijada de antemano, lo que favorece la seguridad jurídica. No obstante en concretas situaciones, por circunstancias excepcionalmente gravosas para el deudor o para el acreedor, el juez puede moderar la indemnización o conceder una indemnización superior a las rentas ya percibidas, si logra probarse la existencia de mayores daños o perjuicios¹⁵⁵³.

Por otra parte, tal y como indica LACRUZ, la solución que defendemos es la más habitual, pues las partes suelen pactar que el deudor devuelva el capital entregado, reteniendo los intereses o frutos producidos, y que el acreedor se quede con las rentas percibidas. Si bien, mantiene que tampoco es extraño que el pensionista no sólo retenga las rentas percibidas, sino que se pacte la restitución de los frutos producidos por el capital como compensación a los perjuicios sufridos, a modo de cláusula penal que puede ser moderada por los Tribunales¹⁵⁵⁴. En este sentido, debe atenderse a la entidad del incumplimiento del deudor y al perjuicio causado al acreedor, a la hora de moderar el contenido y efectos de la cláusula penal¹⁵⁵⁵.

Respecto a la eficacia de la condición resolutoria frente a terceros, parece claro que debe estarse a los principios generales en la materia, dada la inexistencia de regulación específica al respecto. Frente a lo que establece la RDGRN de 31 de mayo de 1.951, consideramos que la cláusula resolutoria es perfectamente inscribible una vez pactada si la renta vitalicia se constituye sobre un inmueble¹⁵⁵⁶. En tales casos, si el pacto se inscribe en el Registro,

¹⁵⁵³ ZURITA MARTÍN, ISABEL, *Contratos vitalicios...*, *cit.*, pág. 213, considera más conveniente la tesis que niega los efectos retroactivos de la resolución, porque evita que las distintas valoraciones de los jueces, que intenten paliar las situaciones de injusticia que pueden derivar de la retroactividad, generen por sí mismas situaciones de desigualdad.

¹⁵⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 315, quien cita como ejemplo del segundo supuesto, en el que las partes pactan una cláusula penal, la STS 14 de octubre de 1.960.

¹⁵⁵⁵ Comparte esta opinión BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 263 y 264, pues afirma que debe distinguirse entre el incumplimiento absoluto del deudor y la mera falta de pago de una o dos mensualidades para fijar el grado de incumplimiento y el perjuicio causado al acreedor, parámetros que deben ser tenidos en cuenta por los Tribunales para determinar la indemnización que le corresponde. En su opinión, la indemnización puede hacerse efectiva mediante la retención de pensiones, cuando así se haya contemplado en el contrato, o por determinación judicial, en cualquier otro caso en el que así lo decidan los Tribunales.

¹⁵⁵⁶ Para GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 518, la inscripción de la cláusula resolutoria en el Registro debe admitirse, en virtud del artículo 9 de la Ley hipotecaria, por los mismos motivos por los que se admite la inscripción de la

tiene efectos frente a terceros en virtud de lo establecido en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria¹⁵⁵⁷.

El registrador debe detallar en la inscripción la cuantía, forma y fechas de pago de la renta, así como el resto de circunstancias del contrato, pues el incumplimiento genera su resolución y la devolución del bien al acreedor¹⁵⁵⁸. Por otra parte, la novación subjetiva por cambio en la persona del acreedor debe admitirse siempre que la prestación en la que consiste la pensión no sea personalísima. En el caso del contrato de renta vitalicia, por tanto, no existe problema para la citada novación, pues la obligación de pago de la renta no tiene carácter personalísimo, a diferencia de la asistencial del contrato de alimentos, como en reiteradísimas ocasiones se ha defendido¹⁵⁵⁹.

2.- LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS

El pacto resolutorio, como se ha visto, es una de las principales garantías para el acreedor de la renta vitalicia, porque le permite recuperar el capital y mantener las rentas en caso de incumplimiento del deudor. Sin embargo, la resolución del contrato no es siempre la solución idónea en los supuestos de incumplimiento de la obligación de pago de la renta, pues incluso con el resarcimiento de los daños el acreedor pierde su derecho a la

cláusula resolutoria expresa incorporada al contrato de compraventa con precio aplazado. Ello no significa acudir a la teoría del *numerus apertus*, pues no estamos ante una figura innominada de derecho real, como afirma la resolución, sino ante una mera condición resolutoria que accede al Registro. Si bien, dado que la facultad resolutoria no puede equipararse a una auténtica condición resolutoria, consideramos que su acceso al Registro tiene lugar como consecuencia de la aplicación del artículo 9 de la Ley hipotecaria por analogía. En opinión de POVEDA DÍAZ, JOSÉ, “Algunas cuestiones...”, *cit.*, pág. 2.846, la condición resolutoria debe inscribirse, y si el contrato contiene una cláusula penal debe inscribirse también, sin que ello impida la facultad moderadora del Juez. Para el autor, en tales casos lo que ocurre es que la reinscripción a favor del constituyente requiere, salvo conformidad del acreedor, una resolución judicial en la que el juez pueda moderar la pena, o bien, la consignación las pensiones para, posteriormente, ejercitar la acción judicial que permita hacer efectiva la pena convencional, siguiendo la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado desde la RDGRN de 29 de diciembre de 1982. También LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de...*, *cit.*, T.II, vol. 2º, 2.005, pág. 316, afirma que el pacto resolutorio es inscribible en el registro de la propiedad.

¹⁵⁵⁷ En este mismo sentido se pronuncian GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, págs. 289 y 290, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 121, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 518, para quien, si la cláusula resolutoria tiene acceso al registro y el contrato se resuelve, el eventual adquirente de la finca o el titular de derechos sobre la misma se ve perjudicado por la resolución.

¹⁵⁵⁸ Como también afirma, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 121.

¹⁵⁵⁹ Comparte la posibilidad de la novación subjetiva en el contrato de renta vitalicia, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 121.

pensión. Como en reiteradas ocasiones se ha manifestado, el derecho a la renta puede ser la única o la más importante fuente de ingresos para el acreedor, y su pérdida, aunque recupere el capital, puede resultarle muy incomoda. Por este motivo consideramos fundamental conocer la existencia y el funcionamiento de la hipoteca en garantía de rentas, pues es el mecanismo idóneo para garantizar el derecho a la renta, permitiendo al acreedor mantener el contrato y su derecho a pesar de los continuos incumplimientos del deudor¹⁵⁶⁰.

Ello no implica que sea la única fórmula que permita garantizar el cumplimiento de la obligación. Es más, opinamos que la mejor opción es constituir una hipoteca en garantía de las rentas y pactar una cláusula resolutoria para el caso de incumplimientos reiterados del deudor, lo que permite decidir cual es la mejor solución en cada concreta situación¹⁵⁶¹.

Para ROCA SASTRE la corta historia de la hipoteca de renta es consecuencia de su oscurecimiento por la del censo o censal, fundamentalmente vitalicio, respecto del que sí son constatables numerosos antecedentes históricos. En opinión del autor el antecedente más típico de la hipoteca en garantía de rentas, regulada en el artículo 157 de la Ley hipotecaria, hay que buscarlo en la hipoteca que garantizaba el cumplimiento

¹⁵⁶⁰ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 267 y 268, afirma que la hipoteca de rentas es el mejor mecanismo de garantía para el acreedor, porque no tiene que devolver las rentas percibidas que probablemente ya ha consumido, lo que le colocaría en una situación muy incomoda. El autor propugna, además, una reforma del régimen jurídico del contrato de renta vitalicia en nuestro ordenamiento, para sacarlo del olvido en el que considera que está sumido. Como ya se ha visto, desde nuestro punto de vista la resolución del contrato no implica la devolución de las rentas ya cobradas, sin embargo, la hipoteca de rentas presenta la ventaja de evitar la resolución del contrato y la pérdida del derecho a la renta del acreedor. También la Dirección General de los Registros y del Notariado muestra su predilección por la hipoteca de rentas como mecanismo de garantía del derecho en diversas resoluciones. Tal es el caso de la RDGRN de 1 de marzo de 1.939, donde se niega que la obligación de pago de la renta tenga o haya tenido carácter real, afirmando que el pago “...en su caso podrá ser garantizado especialmente, pues a diferencia del censo vitalicio sólo se concede al pensionista un derecho personal para exigir la pensión según pone de relieve el artículo 1.805 del Código Civil...”. En la RDGRN de 21 de diciembre de 1.943 se califica a la hipoteca en garantía de renta como el mecanismo idóneo para garantizar el cumplimiento de la obligación de pago de la renta, al decir: “...lo antedicho no impide que pueda garantizarse con una finca el pago de las pensiones, y a este respecto el derecho real de hipoteca es el más adecuado, a pesar de las particularidades tan interesantes que su aplicación a la renta vitalicia presenta...”. Por su parte, la RDGRN de 31 de marzo de 1.951 mantiene que la hipoteca de rentas del artículo 157 de la Ley hipotecaria es la “garantía adecuada”. Expone la posición favorable de la Dirección hacia la hipoteca en garantía de rentas, también, GUIMERÁ PERAZA, MARCOS, “Renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 215.

¹⁵⁶¹ RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tercera parte, 1ª ed., DIJUSA, Madrid, 2007, pág. 267, afirma que en cuarenta y cuatro años de ejercicio como Registrador nunca se le presentó un supuesto de inscripción de una hipoteca de rentas, sin embargo, afirma que sí inscribió bastantes supuestos de vitalicios garantizados con condición resolutoria.

del censal y del *violario*¹⁵⁶². Debe destacarse, para evitar las controversias y confusiones que la adhesión de tales hipotecas generó en el censal, que la hipoteca en garantía de rentas en un contrato de renta vitalicia es una garantía convencional, que en nada obsta al carácter personal de la obligación de pagar la renta. De hecho, aunque es muy aconsejable garantizar el cumplimiento de la obligación de pago de la renta con hipoteca, dado su carácter aleatorio y vitalicio, ningún precepto del Código impone tal aseguramiento, que debe surgir de la voluntad de las partes. Es perfectamente posible, por tanto, que las partes decidan no pactar una hipoteca y establecer cualquier otra garantía personal o real para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago de la renta, que en ningún caso modifica su carácter personal.

2.1.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LA HIPOTECA DE RENTA

La hipoteca en garantía de rentas presenta muy pocas especialidades en lo que se refiere a sus requisitos constitutivos. Prácticamente ninguna excepción puede predicarse respecto de sus elementos subjetivos u objetivos, salvo que la obligación garantizada es periódica y vitalicia¹⁵⁶³. En relación con los requisitos formales, son prácticamente idénticos a los de cualquier otra hipoteca, contemplando la Ley Hipotecaria, incluso, un supuesto de cancelación automática.

Los elementos personales de la hipoteca de rentas, como se adelantaba, no presentan especialidades respecto de cualquier otro tipo de hipoteca. No obstante, como se verá, para algunas teorías siempre coinciden

¹⁵⁶² ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, págs. 664 y 665, quien además afirma, en la pág. 668, que la hipoteca de renta que más se asemeja a la que regula el artículo 157 de la Ley hipotecaria es la “carta de renta” del Derecho suizo (Lettre de rente o Gült). Si bien, afirma que también guarda cierto parentesco con la “deuda de renta” (Rentenschuld) del Derecho alemán.

¹⁵⁶³ Para SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a la nueva Ley hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.945, págs. 429 y 430, pueden considerarse comprendidas dentro del concepto pensiones no sólo las que lo son en sentido estricto, sino aquellas obligaciones cuya ejecución debe realizarse mediante prestaciones periódicas que constituyen su único contenido, sin que supongan la entrega de un capital determinado. ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 691, hace referencia a la obligación garantizada, afirmando que es el derecho a la renta con sus manifestaciones, consistentes en las distintas prestaciones periódicas de renta. Para RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 274, la hipoteca en garantía de rentas es aquella que se constituye en garantía de prestaciones periódicas, pero que no de cualquier tipo de prestaciones periódicas. Para el autor, debe tratarse de rentas o prestaciones esencialmente periódicas, sin que se consideren sujetas al artículo 157 de la Ley hipotecaria las hipotecas que garantizan obligaciones que pueden cumplirse de una sola vez, pero que han sido fraccionadas en prestaciones periódicas y sucesivas por acuerdo de las partes. Entiende, por tanto, que no existe hipoteca de rentas en la hipoteca de amortización de un préstamo, ni en la hipoteca en garantía de precio aplazado.

la persona del deudor personal y la del constituyente de la hipoteca¹⁵⁶⁴. Tampoco hay grandes peculiaridades en lo relativo a los bienes susceptibles de ser hipotecados, aunque algún autor afirma que el objeto de la hipoteca debe perdurar al menos hasta que se pague la última renta o pensión, por lo que considera poco aptos los derechos temporalmente limitados o sujetos a resolución, ya que la extinción del derecho conlleva el de la hipoteca ¹⁵⁶⁵.

Los requisitos formales para su constitución son idénticos a los de cualquier otra hipoteca, dado que requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la propiedad para su validez y eficacia. La constitución de la hipoteca puede tener lugar en el mismo momento en el que nace el propio derecho de renta o con posterioridad, pues nada exige que su constitución sea coetánea al nacimiento del derecho¹⁵⁶⁶.

El artículo 157.2 de la Ley hipotecaria prescribe que en la inscripción de la hipoteca ha de dejarse constancia del plazo, modo y forma en que deben ser satisfechas las rentas¹⁵⁶⁷. Para ROCA SASTRE ello implica que las partes gozan de absoluta libertad, siempre que la hipoteca asegure verdaderas prestaciones periódicas. Además, el autor añade que las rentas establecidas en especie deben fijarse en dinero, porque, en su opinión, así lo reclama la naturaleza del derecho de hipoteca y la seguridad de terceros. Por otra parte, el artículo 248 del Reglamento hipotecario exige que en la inscripción se deje constancia de la fecha en la que deba satisfacerse la última pensión, o el

¹⁵⁶⁴ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 691.

¹⁵⁶⁵ RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 277. Si bien, afirma que es una cuestión a dilucidar entre el acreedor y el hipotecante antes de la constitución de la hipoteca.

¹⁵⁶⁶ Así lo manifiesta, también, ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 693.

¹⁵⁶⁷ En este sentido, CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas” (conferencia pronunciada el 7 de febrero de 1.947 en la Academia Matritense del notariado), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo V, 1.950, págs. 96 y 97, pone de manifiesto que las RRDGRN de 31 de mayo de 1892, 24 de diciembre de 1908, 28 de mayo de 1895, 21 de diciembre de 1943, afirman que la hipoteca de renta no requiere señalamiento de capital, siendo suficiente la fijación de la renta, el período en el que debe ser satisfecha y el tiempo de duración. La innecesariedad de la fijación de capital deriva de que la hipoteca sólo asegura el pago de la renta y de que, frente a tercero, sólo pueden reclamarse las pensiones vencidas con las limitaciones establecidas en la Ley hipotecaria, por lo que tampoco interesa al tercero la fijación de capital. Si bien, en la pág. 121 considera necesaria la fijación de una cantidad, en función de la cuantía de la renta y del valor de la finca, para el caso de cancelación de la hipoteca, expropiación forzosa, ejecución de hipotecas preferentes... Para el autor también deben fijarse las normas de destino de la citada cantidad, durante el tiempo en el que no se extinga la renta garantizada, porque el capital no debe percibirlo el pensionista, que no tiene derecho a él sino a una renta.

evento o condición que determine su extinción, por lo que dichas circunstancias deben constar en el título¹⁵⁶⁸.

Por tanto, tal y como se ha visto, la inscripción y la escritura de constitución requieren, según establecen los artículos 157 de la Ley hipotecaria y 248 del Reglamento hipotecario: el acto o contrato de constitución de la obligación de pagar las rentas; el plazo, modo o forma de pago de la renta y la fecha en la que deba satisfacerse la última renta o pensión¹⁵⁶⁹.

En relación con la cancelación de la hipoteca de rentas, además de ser de aplicación las causas generales de extinción de la hipoteca, el artículo 157 de la Ley hipotecaria en su párrafo cuarto establece que: *“Salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones”*.

En opinión de ROCA SASTRE el legislador quiere, con esta especialidad, aplicar a la hipoteca de renta el sistema de cancelación automática de la inscripción, que no requiere consentimiento del acreedor, aunque adoptando las cautelas establecidas en el precepto: que hayan transcurrido seis meses desde el vencimiento de la última pensión, que no exista asiento que indique una modificación en el contrato o la existencia de reclamación de pensiones al deudor y, finalmente, que no exista pacto en contrario¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁸ Así lo manifiesta ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 693, quien además mantiene que no es necesario que el devengo de la renta o pensión sea anual. Mientras la renta sea periódica puede serlo en periodos mayores o menores, como es natural. Para el autor, aunque no hay ningún precepto que imponga que la renta sea en dinero, debería existir. De hecho, considera que esta es otra de las lagunas del artículo 157 de la Ley hipotecaria.

¹⁵⁶⁹ En este mismo sentido, ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 694, afirma que debe determinarse si se trata de una renta temporal o vitalicia, la cuantía, tiempo de devengo, lugar del pago, pacto de redimibilidad con el capital de redención si se pactó...

¹⁵⁷⁰ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., págs. 695 y 696, para quien el registrador debe proceder a la cancelación de la inscripción de la hipoteca, salvados los condicionamientos establecidos por el artículo 157.4 de la Ley hipotecaria, si el dueño de la cosa hipotecada lo solicita y acompaña, tal y como exige el artículo 174 del Reglamento hipotecario, la escritura que dio origen a la inscripción a cancelar y, en el caso de renta vitalicia, el certificado que acredite la defunción de la vida contemplada. Para ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2.006, págs. 206 y 207, el precepto recoge un supuesto de *“caducidad anómala, en cuanto que no se aprecia de oficio sino tras la solicitud del titular del inmueble, y sin la comparecencia del beneficiario de la pensión o renta”*. RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones...*, cit., pág. 285,

Respecto al plazo de tiempo establecido para la cancelación automática, seis meses, existe una rara unanimidad a la hora de considerarlo insuficiente. Debe tenerse en cuenta que en el caso de la hipoteca de rentas no se produce caducidad de la hipoteca o extinción por el vencimiento del último pago, sino “cesación del devengo de nuevas rentas o pensiones”, que no impide que la hipoteca persista por las pensiones vencidas e impagadas. Por ello, parece conveniente que al estipularse la hipoteca, o posteriormente, se pacte un plazo mayor, al amparo del pacto en contrario que permite el artículo 157.4 de la Ley hipotecaria, que no puede ser superior a cinco años. No es posible prohibir la cancelación automática de la inscripción, ni pactar un plazo superior a cinco años, dado que el artículo 248. 4 del Reglamento hipotecario establece que el pacto en contrario que autoriza el último párrafo del artículo 157 de la Ley hipotecaria no puede exceder, en ningún caso, de cinco años¹⁵⁷¹.

2.2.- CARACTERES DE LA HIPOTECA DE RENTA

Los aspectos más relevantes de la hipoteca en garantía de rentas son muy discutidos, y no sólo entre la doctrina hipotecarista más autorizada de nuestro país. Como se verá, imbricadas en las distintas concepciones de la hipoteca de rentas se encuentran cuestiones como la defensa del carácter real de la obligación de pago de la renta vitalicia, o la posibilidad de redimir el contrato, pues numerosos autores han tratado de justificar el carácter real de la obligación, e incluso la asimilación del contrato a los censos, en la supuesta asunción de la deuda personal que conlleva la transmisión de la finca hipotecada.

En realidad, el estudio exhaustivo de esta hipoteca excede con mucho los límites, e incluso la materia, del presente trabajo. Sin embargo, no podemos dejar de esbozar, al menos, las principales controversias de la presente figura, y sus relaciones con el contrato de renta vitalicia. La principal conclusión que obtendremos en esta investigación es la necesidad de dejar perfectamente delimitadas las consecuencias de la transmisión de la finca

también mantiene que se trata de un supuesto de cancelación automática, sin necesidad de consentimiento voluntario o suplido del titular o acreedor.

¹⁵⁷¹ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., págs. 696 y 697. Para CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía...”, cit., págs. 170 y 171, no puede dejar de criticarse el plazo de seis meses establecido, pues las pensiones no prescriben hasta pasados cinco años (art. 1.966 CC) y la acción hipotecaria hasta transcurridos veinte (art. 128 Ley hipotecaria). Por ello, si no se cancela la hipoteca sigue garantizando el pago de las pensiones atrasadas durante cinco años, tiempo de prescripción de las mismas, por lo que debería subsistir mientras no se hayan pagado todas las pensiones no prescritas. En el mismo sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, cit., pág. 207, para quien el plazo es muy breve en comparación con los cinco años de prescripción de las pensiones del artículo 1.966 CC.

hipotecada, así como otras circunstancias, como puedan ser la extensión de la hipoteca, si es posible su redención, el tiempo de la cancelación automática...

Empecemos por bosquejar los caracteres que dos de los grandes hipotecaristas de la doctrina española otorgan a la hipoteca en garantía de rentas:

Para ROCA SASTRE¹⁵⁷² son predicables tres características básicas de esta hipoteca: 1.- Garantiza el pago de una renta o prestación periódica a efectuar por quien sea el propietario de la cosa gravada al vencimiento de cada período. 2.- Permite la redención de la hipoteca a voluntad del propietario de la cosa hipotecada, sin perjuicio de que se establezcan determinados límites de tiempo¹⁵⁷³. 3.- Aunque no asegura un capital sí juega con la idea del valor que debe atribuirse al derecho a la renta, como si fuese un auténtico capital¹⁵⁷⁴.

¹⁵⁷² ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 672.

¹⁵⁷³ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 674, afirma que en el artículo 157 de la Ley hipotecaria no hay rastro alguno de la posibilidad de que el propietario del inmueble pueda redimir la renta. Sin embargo, considera que tal silencio no es obstáculo para que los interesados regulen por pacto este extremo que, para el autor, es una pieza fundamental para una buena estructura de la hipoteca de rentas. Para SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a...*, cit., pág. 439, nota 2, la idea de redención es extraña a la hipoteca de renta, y demuestra que el legislador no ha adoptado una figura censal ni una deuda territorial abstracta de tipo rentario, sino una hipoteca accesoria cuya extinción, normalmente, debe tener lugar como consecuencia de la extinción de la obligación principal garantizada. El autor opina, además, que la admisión de la redención equivaldría a conceder al deudor la facultad de eximirse del cumplimiento de la obligación a su arbitrio. ROCA SASTRE rebate esta opinión, en la pág. 675, afirmando que la redención es esencial en rentas destinadas a subsistir largo tiempo, como las vitalicias, aunque es lógico que sea temporalmente excluida en el periodo inicial de la relación, para darle una garantía de estabilidad.

¹⁵⁷⁴ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 676, cita las RRDGRN de 31 de mayo de 1.892 y de 24 de diciembre de 1.908 para corroborar la opinión de que en la constitución de la hipoteca de renta no tiene que expresarse un capital asegurado, siendo erróneas las concepciones que mantienen lo contrario. La primera de las Resoluciones, la RDGRN de 31 de mayo de 1892, establece todos los argumentos posteriormente recogidos por el autor citado. De hecho afirma: “*Considerando que no hay disposición alguna en nuestro derecho que obligue al que establece una pensión periódica sobre finca de su propiedad a determinar el capital que tal pensión representa; pues basta que fije de un modo preciso la cuantía de la renta, el período en que ha de ser ésta satisfecha y el tiempo que la dicha pensión ha de durar; Considerando que la fijación del capital carece de interés para el perceptor de la renta, dado que la falta de pago de las pensiones vencidas nunca le autoriza a exigir la entrega de aquél (art. 1.805 del Código Civil), de donde se infiere que en lo que concierne al pensionista, la hipoteca constituida en su garantía, sólo le asegura el pago de la renta; Considerando que por esta misma razón tampoco importa a tercero la capitalización de la pensión, pues sabe que sólo puede reclamar el pensionista con su perjuicio las pensiones vencidas, y aún éstas, con la limitación que establecen los artículos 114 y 117 de la Ley Hipotecaria; Considerando que de todo este razonamiento lógicamente se deduce, que, ni en el interés del pensionista, ni el de tercero demandan como condición precisa para el aseguramiento de una renta vitalicia por medio de la hipoteca, la capitalización de la pensión, y, por ende, que es infundada la calificación del Registrador de Jijona*”. La RDGRN de 24

Para SANZ, sin embargo, las características esenciales de la hipoteca en garantía de pensiones o prestaciones son: 1.- Que es accesorio, respondiendo al tipo normal de hipoteca en nuestro ordenamiento jurídico. Para el autor existe, por tanto, la conocida dualidad entre derecho de crédito garantizado y derecho real de hipoteca. 2.- La hipoteca sólo garantiza las rentas o prestaciones periódicas, sin que pueda hablarse de capital garantizado cuyo reintegro tenga lugar de una sola vez. 3.- Es permanente, puesto que la hipoteca subsiste mientras exista obligación garantizada, manteniéndose tras su ejecución por pensiones no satisfechas¹⁵⁷⁵.

Como se comprobará, detrás de estas líneas básicas, en muchos aspectos contradictorias, se encuentran dos concepciones bien distintas de la hipoteca en garantía de rentas. Nos centraremos en los problemas que mayor relevancia tienen en relación con el contrato que nos ocupa.

2.3.- ENAJENACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO Y TRANSMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA RENTA

El principal problema que plantea asegurar la obligación de renta vitalicia con una hipoteca de estas características, cuando nada se pacta al respecto, es determinar las consecuencias de la enajenación del inmueble hipotecado. ¿Qué ocurre con el deudor personal de la renta? Se discute si continúa respondiendo de la obligación personal de pago de la renta el deudor originario aunque el bien hipotecado se haya transmitido o si, por el contrario, asume automáticamente la obligación el nuevo adquirente del bien inmueble, quedando liberado el deudor primitivo y antiguo propietario de la finca hipotecada. Aunque el problema no corresponde de manera específica

de diciembre de 1908, mantiene: “Considerando que no hay disposición alguna en nuestro Derecho que obligue, cuando se establece una pensión periódica con hipoteca, a determinar el capital que tal pensión representa, pues basta con que se fije de un modo preciso la cuantía de la renta, el período en que ha de ser ésta satisfecha y el tiempo que la dicha pensión ha de durar, como se ha declarado en caso análogo al presente por Resolución de 31 de mayo de 1892.” No obstante, ROCA SASTRE afirma que la noción de capital o de capitalización de renta no es tan absolutamente extraña a la hipoteca que nos ocupa como parece derivarse de las citadas resoluciones. En las págs. 677, 678 y 679 señala los supuestos en los que ha de tenerse en cuenta la noción de capital. Por ejemplo, cuando se haya pactado la redimibilidad de la hipoteca, que requiere la fijación del importe del capital de redención; cuando se enajene el derecho de renta por acto *inter vivos* o *mortis causa*; cuando se transmita la cosa gravada con la hipoteca judicial o extrajudicialmente y sea necesario tener en cuenta su valor como carga intrínseca a la misma, así como cuando sea objeto de expropiación. Para RUIZ ARTACHO, JUAN, “La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 215, abril, 1.946, pág. 218, la fijación de un capital en la hipoteca de renta introduce una costumbre *contra legem*, ya que el artículo 1.805 CC prohíbe al perceptor de la renta exigir el reembolso del capital.

¹⁵⁷⁵ SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a...*, cit., pág. 429.

al contrato que nos ocupa, expondremos a grandes rasgos las distintas posturas adoptadas sobre el tema.

A la hora de dilucidar sobre la cuestión es fundamental tener en cuenta, que la hipoteca de rentas es susceptible de tantas realizaciones como vencimientos de pago se deriven de la obligación garantizada. La hipoteca no se extingue cuando haya de ejecutarse para obtener cualquiera de las pensiones impagadas, sino que se mantiene hasta el pago de todas y cada una de las prestaciones que deriven de la obligación de renta. Tampoco se extingue la hipoteca por el hecho de que se transmita el inmueble gravado, exactamente igual que en el resto de hipotecas, aunque aquí surge la duda apuntada: ¿se transmite el inmueble con la obligación personal de pago de la renta?

El artículo 157 de la Ley Hipotecaria no responde de manera clara a tan trascendental cuestión, pues sus palabras pueden ser interpretadas en los más diversos sentidos. La disposición establece: *“El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento. Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en el artículo 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley”*.

De la dicción del precepto, que no es todo lo claro que debiera, se han colegido posiciones a favor y en contra de que la obligación de pagar la renta se transmita con el bien hipotecado. Existen, incluso, posturas que diferencian los supuestos de venta judicial y venta extrajudicial del inmueble. Para ROCA SASTRE parece deducirse que la obligación de pagar la renta se transmite conjuntamente con el bien hipotecado a la persona que lo adquiere, como si propiamente adquiriese el débito, subrogándose en la posición jurídica del deudor hasta el vencimiento de la obligación principal¹⁵⁷⁶. Por

¹⁵⁷⁶ En opinión de ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 680, tal asunción constituye una razón vital para la existencia o actuación de la hipoteca de renta. El autor reconoce, en la pág. 682, que el precepto afirma que el rematante de los bienes los adquiere con “subsistencia” de la obligación de renta, y que en ningún momento hace referencia a la subrogación. Sin embargo, entiende que el mero hecho de que el artículo 157 de la Ley hipotecaria diga que la obligación subsiste para lo sucesivo demuestra la procedencia de la subrogación. Para el autor, que el legislador haga referencia a la subsistencia de la obligación personal de renta, lo que es evidente, indica que lo hace para establecer la subrogación del rematante en la posición jurídica del deudor. Comparte estas afirmaciones, DE LA RICA ARENAL, RAMÓN, “La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. IV, 1.948, págs. 318, 319 y 320, para quien la transmisión de la finca implica la transmisión al adquirente de la obligación de pagar la pensión, de manera que si se adjudica la finca al pensionista quedan extinguidas la hipoteca y la obligación, por confusión de derechos, quedando liberado el deudor. Si la finca se adjudica a otra persona, a un rematante cualquiera dice el autor, el deudor también queda liberado, pues el que adquiere

ello, al devenir en obligado al pago de la obligación periódica el que en cada vencimiento sea propietario del bien hipotecado, el autor piensa en una obligación *propter rem* o, lo que considera mejor, en una obligación *in rem scripta*¹⁵⁷⁷.

En sentido similar se pronuncia CABELLO DE LA SOTA, pues considera que constituida la hipoteca en garantía de renta quedan unidos el débito personal y la responsabilidad real en el titular de la finca, “*sin bifurcación posible en caso de transmisión*”¹⁵⁷⁸. Para el autor la hipoteca de renta genera la unión forzosa de crédito e hipoteca en todo adquirente de la finca, no sólo para los rematantes o adquirentes en subasta judicial, y tal unión se produce, incluso, cuando originariamente estuviesen bifurcados. En su opinión, el deudor queda liberado frente al acreedor hipotecario porque la Ley atribuye la responsabilidad personal al adquirente de la finca. No obstante, mantiene que el deudor originario no queda totalmente liberado, porque responde frente al hipotecante perjudicado de las pensiones atrasadas que satisfaga¹⁵⁷⁹.

los bienes lo hace con subsistencia de la hipoteca y de la obligación, es decir, con la responsabilidad personal de dicho pago. Para el autor la afirmación de la Ley hipotecaria: “*Iguales efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero...*” conlleva que el tercer adquirente de la finca hipotecada asume la responsabilidad real y la obligación personal de pago de las pensiones, como el rematante en el procedimiento judicial. En su opinión, de no ser así, nadie se atrevería a contratar estas hipotecas.

¹⁵⁷⁷ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, pág. 688. En contra se pronuncia, entre otros, COSSIO CORRAL, ALFONSO, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 1.956, pág. 331, pues afirma que considerar que se trata de una obligación *propter rem*, en la que el propietario originario queda liberado de responsabilidad al enajenar la finca, carece de sentido en la hipoteca de rentas, dado que la hipoteca es accesoria a la obligación que garantiza. Para el autor ni siquiera puede mantenerse que la asunción de la deuda tenga lugar conjuntamente con la adquisición de la finca gravada. En su opinión, “*la transmisión de la finca no implica ni transmisión cumulativa, ni transmisión liberatoria de la obligación, y que la posición del rematante es la del tercer poseedor de una finca gravada por hipoteca ordinaria, en cuanto se refiere a los intereses*”.

¹⁵⁷⁸ CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía...”, *cit.*, págs. 145. Para el autor, si se permite la ejecución por el procedimiento sumario hipotecario, puesto que la hipoteca no se cancela aunque se ejecute si existen pensiones que garantizar, es innecesario que el artículo 157 de la Ley hipotecaria establezca que el rematante asume la deuda personal. En su opinión, las reglas 8 y 13 del artículo 131 de la Ley hipotecaria ordenan la subrogación en todo caso, y la extiende a todo procedimiento el artículo 133 de la Ley hipotecaria.

¹⁵⁷⁹ Para CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía...”, *cit.*, págs. 149 y 150, en las adquisiciones judiciales o voluntarias el adquirente de la finca descuenta o retiene el importe de la carga del precio de remate o de compra, por lo que debe asumir responsabilidad. El acreedor no se enriquece, porque sólo recibe el importe que se le adeudaba, pero el hipotecante de deuda ajena pierde el importe de las pensiones vencidas y no pagadas que garantizaba su finca, y el deudor se enriquece ilícitamente. Por ello, el Código Civil subroga al hipotecante por deuda ajena en la posición jurídica del acreedor, concediéndole las acciones correspondientes en los artículos 1.158, 1.209, 1.210 y 1.212 CC.

Estas afirmaciones llevan a algún autor a afirmar que si en la venta extrajudicial o voluntaria también se transmite la obligación de pago de la renta, se está ante una renta vitalicia de titularidad real disfrazada de hipoteca¹⁵⁸⁰. Para RODRÍGUEZ LOPEZ la renta vitalicia, tal y como aparece regulada en nuestra legislación, es una auténtica obligación de naturaleza *ob rem*, en la que el titular de los bienes transmitidos es en todo caso deudor personal de las pensiones¹⁵⁸¹.

Para URIARTE BERASÁTEGUI la regulación de la hipoteca en garantía de rentas está en contradicción con la propia naturaleza jurídica de la hipoteca. En su opinión, los legisladores se ven obligados a distorsionarla para encubrir una figura nueva enmascarada de hipoteca. El autor hace referencia a la rareza de una hipoteca que subsiste tras ser ejecutada, y en la que la obligación de pago de la renta, de naturaleza personal, se convierte en real al ejecutarse, pues trasciende al rematante¹⁵⁸². Otros autores llegan a afirmar el carácter censal del derecho del acreedor de la renta vitalicia, considerándolo un *ius in re faciendo*¹⁵⁸³.

Frente a aquellas posturas que acercan o equiparan la hipoteca de renta y el censo, fusionando la obligación personal y la responsabilidad real,

¹⁵⁸⁰ Es el caso de URIARTE BERASÁTEGUI, JOSÉ, “Revisión de ideas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre, 1.950, págs. 564 y 565, para quien, además, si el legislador hipotecario no se atreve a extender la solución de la ejecución judicial a la venta extrajudicial o voluntaria “*se habrá venido abajo todo el artificio montado*”.

¹⁵⁸¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La naturaleza <<*ob rem*>> de la obligación de renta vitalicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 56, 1.980-II, págs. 1.335 y 1.336. Para el autor, de hecho, tal opinión es independiente de que se constituya, o no, hipoteca. En su opinión, si la hipoteca se constituye sobre bienes distintos a los transmitidos la obligación de pago de las pensiones sigue a quien ostente la titularidad de los mismos. En la pág. 1.356, afirma que cuando no coincidan los bienes transmitidos y los hipotecados, éstos ocuparán su lugar por subrogación real. Así, mantiene que la asunción de deuda, que en su opinión se produce en los supuestos de transmisión judicial o extrajudicial de los bienes gravados con una hipoteca de renta, no deriva de la hipoteca, ni de la ejecución judicial, sino de la propia naturaleza de la obligación personal, sin necesidad de pacto alguno. Por ello confirma, en la pág. 1355, el carácter *propter rem* de la obligación de pagar la renta derivada del contrato de renta vitalicia.

¹⁵⁸² URIARTE BERASÁTEGUI, JOSÉ, “Revisión...”, *cit.*, pág. 563, mantiene que los legisladores hipotecarios, ante la imposibilidad jurídica de crear nuevos derechos reales, utilizan la fórmula del artículo 157 de la Ley hipotecaria, que estiman de su jurisdicción hipotecaria.

¹⁵⁸³ DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 807. En la pág. 810 el autor afirma que, en su opinión, el débito personal en la hipoteca de renta se confunde con la titularidad dominical sobre la finca. Por ello, mantiene que el espíritu censal se inyecta en ella con tal virulencia que se hace difícil, sino imposible, dibujar diferencias con la figura abstracta del censo. De hecho, en la página 811 defiende que en la transferencia de una finca a cambio de la obligación de pago de una renta vitalicia, el artículo 1802 *in fine* CC introduce un gravamen real hipotecario de la especie consagrada en el artículo 157 de la Ley hipotecaria, considerando que existe una especie de hipoteca rentaria legal.

debe decirse, con ANGUITA RÍOS, que aunque pueda llegar a aceptarse que la responsabilidad personal queda alterada, no desaparece. El acreedor de las rentas no pierde su derecho a reclamárselas al deudor personal, sea este quien sea, en caso de insuficiente valor del bien inmueble hipotecado, o cuando las rentas superen el límite establecido en el artículo 114 de la Ley hipotecaria, dejando a salvo la posibilidad de que se pacte la limitación de responsabilidad prevista por el artículo 140 de la Ley hipotecaria, en cuyo caso la obligación garantizada se hace efectiva, exclusivamente, sobre los bienes hipotecados¹⁵⁸⁴.

Poco más nos extenderemos en comentar estas opiniones, que ya fueron rechazadas en su momento, al comentar el carácter personal de la renta vitalicia. Sí parece necesario precisar, tal y como se hizo con el censal, que la hipoteca de renta es accesoria al contrato de renta vitalicia, y puede no acompañarlo, en cuyo caso la obligación de pago de la renta queda privada del referido carácter real. Los supuestos efectos reales de la obligación, de considerar que existen, derivan de la garantía real accesoria que acompaña al contrato, y no al revés, como parecen entender algunos autores.

Una vez repasadas las opiniones que mantienen la transmisión de la obligación personal de pago conjuntamente con la finca hipotecada, sea la enajenación judicial o extrajudicial, o incluso su carácter real, debemos detenernos en las de quienes defienden que el artículo 157 de la Ley hipotecaria sólo ordena la subrogación del adquirente del inmueble en la posición jurídica del deudor en los supuestos de enajenación judicial de la finca hipotecada.

En este sentido, SANZ afirma que la Ley Hipotecaria, al establecer que el rematante de los bienes los adquiere con subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pagar las rentas, se refiere exclusivamente al adquirente en el procedimiento ejecutivo. Así, considera que sólo en ese supuesto el adquirente de los bienes, distinto al acreedor hipotecario, asume la obligación garantizada¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁴ ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, *cit.*, pág. 216. La autora añade, en la pág. 217, que los censos son perpetuos, o por tiempo indefinido, mientras la renta tiene carácter temporal. Así lo indica el artículo 248 del Reglamento hipotecario, al exigir que conste la fecha del último pago o el evento o condición que determine la extinción de la obligación. Para la autora, aunque la mecánica de ambas figuras reales se asemeja, no deben confundirse.

¹⁵⁸⁵ Así lo manifiesta SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a...*, *cit.*, pág. 433. Para el autor la afirmación de la Ley Hipotecaria en este sentido (en el entonces art. 156) no es más que una manifestación expresa y terminante de lo que implícitamente dice el artículo 131 de la Ley hipotecaria. Añade, que si es al acreedor ejecutante al que se le adjudican las fincas, no sólo se extingue la hipoteca sino también la obligación garantizada, por confusión de derechos, ya que el acreedor asume, también, la obligación personal de pagar la renta. ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, *cit.*, pág. 219, no hay duda de que el artículo 157 de la Ley hipotecaria se refiere a las enajenaciones judiciales, la discusión es si

Para el autor citado, aunque las palabras “*Iguals efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero...*”, y el hecho de que no se haga mención al supuesto contemplado en el actual párrafo tercero del artículo 115 de la Ley hipotecaria podrían llevar a pensar que la transmisión extrajudicial de la finca hipotecada implica la asunción de la obligación personal por el citado adquirente, no es así¹⁵⁸⁶. En su opinión, el hecho de que la referencia al tercero no haga mención alguna a la obligación garantizada, y que se hable de tercero a secas y no de tercer poseedor (lo que implica la posibilidad de ser o no poseedor), comporta que el precepto no contempla los efectos que en la obligación garantizada genera la transmisión extrajudicial de la finca, por lo que deben regularse conforme a las reglas generales. Por ello, mantiene que

puede extenderse a las enajenaciones extrajudiciales. La autora considera que existen motivos para decantarse por cualquiera de las posibilidades: subrogación del adquirente, sea éste voluntario o forzoso, o discriminación entre el adquirente voluntario y forzoso, con subrogación sólo para el primer caso. No obstante, en la página 220, se pronuncia a favor de que el adquirente, voluntario o forzoso, se subroga en la posición jurídica del deudor de la renta. La razón fundamental es que considera un sinsentido un tratamiento discriminado para ambos supuestos, puesto que el régimen de subrogación tiene su razón de ser en la naturaleza de la obligación, no en la institución hipotecaria, que diferencia entre las responsabilidades que derivan de la acción personal y de la real. La autora mantiene, además, que los límites establecidos en el artículo 114 de la Ley hipotecaria se aplican a las pensiones ya vencidas al efectuar la adquisición, por las cuales se responde hipotecariamente, siendo el propietario el deudor de las posteriores. En su opinión, según afirma en las págs. 221, 222 y 223, la asunción es automática y legal, y la razón de ser del artículo 157 de la Ley hipotecaria es crear una excepción al sistema general de ejecución hipotecaria, derivada de la especial naturaleza de la obligación. No obstante, no comparte la excepción establecida por el precepto, considerando preferible mantener separadas la responsabilidad personal y real cuando no coinciden en el mismo sujeto. Para DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO, “La renta vitalicia...”, *cit.*, pág. 809, debe afirmarse que la necesaria asunción de la obligación personal se extiende a las enajenaciones extrajudiciales, dado que el precepto habla de “*Iguals efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero...*”, resultando indiscutible que se refiere al efecto de la subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pagar la pensión hasta su vencimiento. Por otra parte, mantiene que el tercero sólo puede ser el tercer adquirente de la finca, sin que sea posible referirse a cualquier otro derecho real distinto del dominio, pues la Ley no habría tenido que afirmar que la presencia de un tercero, titular de un derecho real limitativo, mantiene intacta la hipoteca.

¹⁵⁸⁶ Dice el artículo 157 de la Ley hipotecaria “...*Iguals efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en el artículo 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley...*”, omitiendo cualquier referencia al párrafo tercero del artículo 115 de la Ley hipotecaria. El párrafo tercero se refiere, precisamente, a aquellos supuestos en los que la finca hipotecada no pertenece al deudor. Por ello el autor considera que la omisión del citado párrafo puede llevar a pensar que siempre han de coincidir propietario de la finca y deudor. Dice el artículo 115.3 de la Ley hipotecaria “*Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados*”.

existe la posibilidad de que la transmisión del dominio no conlleve la asunción de la obligación personal por parte del nuevo adquirente¹⁵⁸⁷.

Para RODRÍGUEZ LOPEZ, sin embargo, la asunción de la deuda se extiende también a los supuestos de transmisión extrajudicial. De hecho, afirma que de no ser así, el artículo 157 de la Ley hipotecaria sobraría, ya que la transmisión extrajudicial se contempla en el artículo 118 de la Ley hipotecaria. Por otra parte, entiende que si no se transmite la obligación personal el nuevo adquirente sólo responde de las rentas correspondientes a las dos últimas anualidades, y a la parte vencida de las corrientes desde que se produce la reclamación, lo que dejaría a la hipoteca de renta en una situación muy precaria. Para el autor el nuevo adquirente de la finca responde real o hipotecariamente de las rentas vencidas y no satisfechas al realizar su adquisición, con el límite contemplado en el artículo 114 de la Ley hipotecaria de tres anualidades extensible a cinco años mediante pacto, porque es tercero respecto de las mismas. También responde real y personalmente de las rentas que venzan una vez producida la adquisición, porque respecto de estas rentas el adquirente no es tercero¹⁵⁸⁸.

Por último, es necesario consignar aquellas opiniones que defienden que la asunción de la obligación personal de pago de la renta vitalicia no se produce ni en los supuestos de enajenación judicial ni en los de enajenación extrajudicial, salvo que se pacte lo contrario.

En este sentido, RUIZ ARTACHO afirma que la expresión: “*El que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento*”, sólo quiso dejar constancia de que una vez ejecutada la hipoteca para el cobro de pensiones vencidas, si quedan otras por vencer, subsiste la obligación personal de pago de las mismas y la propia hipoteca de renta a pesar del remate, en determinada cuantía y términos¹⁵⁸⁹. Para el autor ello es así porque el artículo 1.911 CC proclama la responsabilidad universal del deudor por sus propias

¹⁵⁸⁷ En este sentido se pronuncia SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a...*, cit., pág. 439, para quien tal posibilidad viene amparada por el hecho de que la hipoteca en garantía de renta se configura como una hipoteca normal, de carácter accesorio, que permite el juego independiente y la transmisión independiente de la garantía real y la obligación personal. También, en el hecho de que no se prohíba la constitución de hipoteca de renta en garantía de una deuda ajena, lo que requiere que pueda transmitirse de manera independiente la deuda y la hipoteca. Por último, en que será de aplicación al supuesto el artículo 118 de la Ley hipotecaria, dado el silencio del precepto que regula la hipoteca de renta.

¹⁵⁸⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La naturaleza...”, cit., págs. 1.351 y 1.352.

¹⁵⁸⁹ RUIZ ARTACHO, JUAN, “La hipoteca...”, cit., pág. 220. El autor justifica su postura, en las págs. 222 y 223, en que las reglas 8 y 13 del artículo 131 se refieren sólo a gravámenes de carácter real, y en que al rematante ni siquiera la ley le advirtió que asumiría “*la obligación personal asegurada por hipotecas o gravámenes preferentes al crédito por el que se siguió la ejecución*”, entre otros motivos.

deudas, y tal responsabilidad universal sólo puede limitarse mediante pacto expreso, como en la hipoteca de responsabilidad limitada, sin que pueda decirse que la Ley Hipotecaria contraviene tal disposición. Además, el artículo 1.205 CC impide la sustitución de un deudor personal por otro sin el consentimiento del acreedor¹⁵⁹⁰.

GUILARTE ZAPATERO¹⁵⁹¹ expone los tres argumentos básicos alegados en contra de que el adquirente de la finca hipotecada asuma la obligación personal de pago de la renta. 1.- Que la hipoteca de rentas es una hipoteca accesoría, como cualquier otra¹⁵⁹². 2.- Que se mantiene a favor del acreedor la acción personal para exigir del primitivo deudor el pago de las pensiones. 3.- Que no hay fundamento bastante para afirmar la liberación del deudor originario y la asunción automática de la deuda por el adquirente o rematante de la finca.

¹⁵⁹⁰ RUIZ ARTACHO, JUAN, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 224, donde también añade otros argumentos. En contra se pronuncia RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, “La naturaleza...”, *cit.*, págs. 1.348, 1.349 y 1.350, para quien el remate o adjudicación del bien hipotecado en una subasta no supone la asunción por el adquirente de las deudas preferentes, porque falta el consentimiento del acreedor exigido por el artículo 1.205 CC. En su opinión, el rematante se compromete a solventar las obligaciones garantizadas con cargas anteriores o preferentes que han de subsistir, pero mientras el acreedor no acepte no hay asunción perfecta, sino una mera situación de pendencia. Por este motivo defiende, que si el rematante de bienes gravados con hipoteca de renta asume la obligación personal no es porque tal efecto sea el típico de cualquier remate, sino que hay que buscar las razones en el propio artículo 157 de la Ley hipotecaria. Precisamente porque considera que los artículos 131 y 135 de la Ley hipotecaria no implican asunción de deuda, la aparente repetición del artículo 157 de la Ley hipotecaria tiene un nuevo significado: que en el concreto supuesto de la hipoteca de rentas la asunción por el rematante de la finca hipotecada sí conlleva la asunción de la obligación personal de pago de la renta vitalicia. Si bien, la opinión del autor está fuertemente condicionada por su convicción de que la obligación de pago de la renta en el contrato de renta vitalicia es *propter rem*, presupuesto del que parte y que trata de justificar en todo el artículo.

¹⁵⁹¹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 433.

¹⁵⁹² En este sentido se pronuncia ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, *cit.*, pág. 208, para quien, en principio, la garantía hipotecaria es accesoría, por lo que el tercero que adquiere una finca hipotecada, salvo que se haya pactado lo contrario, no asume la condición de deudor personal. El adquirente exclusivamente asume la responsabilidad hipotecaria, bifurcándose el crédito hipotecario en el elemento personal y el real. No obstante la autora, en la pág 209, expone argumentos a favor y en contra de la asunción automática de la obligación de pagar la renta. Por una parte considera que al deudor originario le resultaría indiferente el cumplimiento de la obligación de pagar la renta, en el momento en el que el bien hipotecado sale de su esfera jurídica, siempre que el bien sea garantía suficiente. Por otra parte señala que la obligación de pago de las rentas tiene un cierto componente personalista, que se opone a los cambios automáticos del deudor por el simple hecho de la transmisión. Si bien, finalmente opta por considerar que el artículo 157 de la Ley hipotecaria preceptúa la asunción de la obligación personal por el adquirente, aunque califica la opción del legislador de equivocada.

GOMÁ SALCEDO afirma que el artículo 157 de la Ley hipotecaria sólo pretende marcar la diferencia entre la hipoteca que nos ocupa y la hipoteca de capital, incidiendo en el hecho de que en la hipoteca de renta tanto la hipoteca como la obligación de renta subsisten tras una primera ejecución. Además, precisa que el precepto en ninguna parte habla de subrogación, del hecho de que el adquirente se subroge en la posición jurídica del deudor personal de la renta, manteniendo que cuando la Ley Hipotecaria quiere que haya subrogación en la persona del deudor lo manifiesta sin rodeos, como lo hace en el artículo 131 reglas 8 y 13. Por último, defiende que si la transmisión de la finca supusiese la automática asunción de la deuda estaríamos ante una auténtica cesión de contrato sin el requisito del consentimiento del adquirente y del acreedor, requisito, este último, exigido por el artículo 1.205 CC¹⁵⁹³.

En relación con el supuesto concreto del contrato de renta vitalicia, se afirma que la naturaleza aleatoria de la obligación la hace poco apta para su transmisibilidad, resaltando que la asunción automática de la deuda por el adquirente de la finca sería una “puerta abierta al fraude”. Ello, porque el deudor tras la conclusión del contrato puede arrepentirse de su formalización, al rehacer sus cálculos, y tratar de evitar el perjuicio económico al que se expone transmitiendo el inmueble a un insolvente, que le dejaría libre de las consecuencias negativas derivadas de la constitución del contrato en las condiciones en las que lo realizó. Por otra parte no debe olvidarse que el contrato de renta vitalicia, aunque no tenga carácter personalísimo, suele constituirse “en consideración a la persona”¹⁵⁹⁴.

Comparte esta opinión BELTRÁN DE HEREDIA, para quien no existe base suficiente para imponer forzosamente al adquirente de la finca hipotecada la obligación de pago de la renta, sin perjuicio de que la asuma voluntariamente al existir un pacto concreto y específico al respecto¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹³ Para GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, págs. 326 y 327, además, resulta preferible defender que tampoco se produce la asunción de la deuda en caso de enajenación judicial, pues los argumentos dados en contra de tal posibilidad son aplicables a este supuesto. En el mismo sentido manifestado en el texto se pronuncian QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 126, y GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 433.

¹⁵⁹⁴ Enuncia tales inconvenientes GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE, “Principales problemas...”, *cit.*, pág. 326, y nota 27. El autor, en la página 327, termina afirmando que la Ley no se pronuncia sobre el problema de la asunción de deuda por parte del adquirente, por lo que entiende que queda abierta a la discusión. No obstante, considera la postura del legislador acertada, porque la hipoteca de rentas goza de características muy distintas según la naturaleza del derecho que garantice, no siendo posible una solución de carácter general, ya que lo que conviene al aseguramiento de un contrato de renta vitalicia puede no ser adecuado para garantizar una renta procedente de una operación de crédito territorial.

¹⁵⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 152.

Como vemos, existe una posición en contra de la asunción automática de la obligación de pago de la renta junto con el inmueble gravado, para la que ninguna diferencia existe, en este punto, entre la hipoteca de renta y la normal. En opinión de estos autores el propietario del bien hipotecado no adquiere la obligación de pago de la renta por el mero hecho de ser propietario, sino que la obligación personal se mantiene en la esfera jurídica del deudor. La finca sí responde del pago de las rentas, en virtud de la acción real, pero no su propietario, salvo que coincidan en la misma persona propietario y deudor personal¹⁵⁹⁶.

Desde nuestro punto de vista la opción más acertada es aquella que niega que con la enajenación de la finca hipotecada se transmita la obligación personal de pago de la renta. Las razones que sustentan esta postura son varias:

1.- En primer lugar, si el legislador hipotecario quiso alterar un principio básico de las hipotecas, como es la separación de la responsabilidad hipotecaria y la personal del deudor de la renta, debió manifestarlo de manera clara y evidente. El artículo 105 de la Ley hipotecaria consagra la separación de ambos tipos de responsabilidades, y la quiebra de tal principio requiere algo más que una mera insinuación en el párrafo segundo de un precepto¹⁵⁹⁷.

2.- Puesto que la disposición no establece de manera expresa que el adquirente se subrogue en la posición jurídica del deudor, parecen factibles aquellas explicaciones que cifran la razón de ser de la dicción del artículo 157 de la Ley hipotecaria en que el legislador quiso reforzar la idea de que, en esta hipoteca, tanto la garantía como la obligación garantizada siguen subsistentes tras su ejecución.

3.- De mantener que la obligación personal se transmite con la enajenación de la finca hipotecada quebraría, también, un principio básico del Derecho de obligaciones consagrado en el artículo 1.205 CC: el cambio de deudor puede producirse sin el conocimiento del originario, pero no sin el consentimiento del acreedor¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁶ En este sentido se pronuncia, también, RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones...*, cit., pág. 272.

¹⁵⁹⁷ El artículo 105 de la Ley hipotecaria establece “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil”.

¹⁵⁹⁸ En este sentido, ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, cit., pág. 218, afirma que “no se puede tratar con total normalidad una asunción automática de la deuda sin que confluya el asentimiento del acreedor, y no advertir ninguna alteración en la naturaleza de la obligación o de la garantía”. De hecho, añade que la transmisión, en tal caso, no es consentida por el acreedor en serio perjuicio suyo, dado que tendría que soportar la insolvencia de los nuevos deudores. En contra se pronuncia CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en

4.- La separación de la responsabilidad real y la personal permite proclamar la existencia de una figura típica de las hipotecas, la del hipotecante no deudor, que en otro caso no existiría en la hipoteca de renta. Desde otro punto de vista debe decirse, que la inexistencia de prohibición de hipoteca de renta por deuda ajena abona la posición que defendemos.

5.- Por último, consideramos que es la doctrina más acorde con la naturaleza de la obligación de renta vitalicia derivada del contrato que nos ocupa, pues respeta su carácter personal y el hecho de que el contrato de renta vitalicia suele constituirse en atención a la persona del deudor.

RODRÍGUEZ OTERO expone otro argumento digno de mención. El autor considera que la suerte de la finca hipotecada no afecta a la titularidad de la obligación garantizada. De lo contrario, si la finca se adjudica al acreedor debe sostenerse, como ya se vio, que no sólo la hipoteca sino también la deuda se extingue por confusión. El autor afirma que tal solución no es de recibo, dado que el legislador se tomó muchas molestias para que subsistiese el gravamen no obstante la ejecución de la hipoteca¹⁵⁹⁹.

No obstante, resulta imposible optar de manera tajante por una postura, dada la falta de pronunciamientos Jurisprudenciales al respecto¹⁶⁰⁰. La ausencia de Jurisprudencia y las divergentes opiniones doctrinales, todas ellas dotadas de algún viso de razón, indican que lo más conveniente es que las partes dejen siempre claro si la transmisión de la finca hipotecada se realiza con o sin asunción de la obligación personal. En el mismo sentido se pronuncia ROCA SASTRE, férreo defensor de que la transmisión de la finca hipotecada conlleva la asunción de la obligación personal de pago de la renta. El autor afirma que, ante la falta de claridad del 157 de la Ley hipotecaria, lo

garantía...”, *cit.*, pág.148, para quien el párrafo tercero del artículo 157 de la Ley hipotecaria deroga lo establecido en el artículo 1.205 CC respecto al consentimiento del acreedor, por ser un precepto legal expreso posterior al Código Civil. Sin embargo, no parece que una derogación tan importante pueda deducirse de un precepto que ni siquiera hace referencia a la subrogación, ni mucho menos, a la falta de necesidad del consentimiento del acreedor.

¹⁵⁹⁹ RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 283. Para CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía...”, *cit.*, pág. 167, la adjudicación de la finca al acreedor sí produce la extinción de la obligación por confusión de derechos. El autor afirma que basta tener en cuenta que el acreedor al rematar la finca deduce el precio del importe al que calcula que asciende la obligación, por lo que no sufre ningún perjuicio. Considera, además, que lo mismo sucede si se compra la finca o se pide la adjudicación en pago, “*ya que su propia conveniencia le lleva a la adquisición*”.

¹⁶⁰⁰ Para ANGUITA RÍOS, ROSA MARÍA, *Aspectos críticos...*, *cit.*, págs. 222 y 223, la Jurisprudencia difícilmente se pronunciará respecto de este problema, dado lo confuso de la norma y la desconfianza que genera. La autora, aunque considera que la transmisión de la finca conlleva la asunción de la deuda, no comparte la excepción que impone el artículo 157 de la Ley hipotecaria, pues la interpretación favorable a la no asunción es respetuosa con la naturaleza personal de la obligación y con la propia institución hipotecaria, permitiendo aceptar la figura del hipotecante no deudor.

más conveniente es manifestar expresamente en la escritura de compraventa la subrogación del comprador en la posición jurídica del deudor, de manera que se convierta, también, en deudor personal de la renta vitalicia¹⁶⁰¹.

2.4.- EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

El segundo de los grandes problemas que plantea la hipoteca de rentas es la extensión de la garantía hipotecaria, dada la remisión que realiza el artículo 157 de la Ley hipotecaria a los artículos 114 y 115 Ley hipotecaria. El artículo 157 establece que “... *Iguals efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero; pero respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en el artículo 114 y párrafos primero y segundo del 115 de esta Ley*”¹⁶⁰².

ROCA SASTRE hace referencia a lo peligroso que es equiparar los intereses de un capital a las rentas o prestaciones, como hace el artículo 157 de la Ley hipotecaria, cuando existe una hipoteca en garantía de renta. Los intereses no son más que algo accesorio del capital en las hipotecas de capital, lo principalmente asegurado es el capital en sí, y la extensión a cierta parte de los intereses es algo meramente accesorio. En la hipoteca en garantía de renta, sin embargo, lo único garantizado son las rentas, no hay capital garantido, por lo que considera que no puede limitarse la garantía a determinado número de pensiones, salvo que se trate de las devengadas antes del cambio de propietario de la cosa gravada. Tal limitación no es posible, porque no hay capital garantizado y la obligación de pago de rentas suele ser prolongada, en el caso que nos ocupa vitalicia. Por ello, el autor afirma que si se adopta la limitación de intereses en beneficio de tercero que establece el precepto, al tratarse de hipoteca en garantía de rentas, el límite debe actuar en

¹⁶⁰¹ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 690, en referencia al Boletín informativo de La Notaria de 29 de junio de 1.863.

¹⁶⁰² Establecen los artículos 114 y 115 de la Ley hipotecaria: Artículo 114. (Aseguramiento de intereses sobre créditos).- “*Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años*”. Artículo 115 (Ampliación de la hipoteca a intereses vencidos no satisfechos).- “*Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados*”. Para ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., pág. 686, el tercero al que hace referencia el artículo 157 de la Ley hipotecaria es el tercer adquirente de la cosa hipotecada, o tercer adquirente de derecho real, es decir, al tercer poseedor de la finca hipotecada. Ello se confirma, en su opinión, por la referencia del precepto al artículo 114 de la Ley hipotecaria, que emplea el término tercero en dicho sentido.

relación con las rentas o pensiones ya devengadas cuando se produce la adquisición de la finca por el tercero¹⁶⁰³.

En sentido similar, pero yendo incluso más allá, CABELLO entiende que la hipoteca asegura todas las rentas vencidas y no satisfechas, aunque la finca haya pasado a poder de un tercer poseedor. En su opinión, la obligación de pago de la pensión comienza para el adquirente desde que es propietario, momento en el que asume la deuda. Respecto de las vencidas y no pagadas, el derecho del acreedor se amplía a las no satisfechas en los dos últimos años y a la parte vencida de la anualidad corriente, pues así lo establece el artículo 114 de la Ley hipotecaria. Si bien, respecto de las anteriores el acreedor puede solicitar la ampliación de la hipoteca, pues así lo establece el artículo 115 de la Ley hipotecaria. Sin embargo, el autor olvida que la ampliación debe pedirse sobre otros bienes del antiguo deudor, y no sobre la finca hipotecada, porque las rentas vencidas y no pagadas antes de la transmisión son de su responsabilidad. No obstante, afirma que unas por estar aseguradas con la hipoteca y otras por el derecho de ampliación de hipoteca, el adquirente de la finca hipotecada responde de todas las pensiones impagadas durante los últimos cinco años, dado que las anteriores habrán prescrito por el juego del artículo 1.966 CC. El único límite, en opinión del autor, es que la ampliación de la hipoteca no puede perjudicar a terceros titulares de derechos reales

¹⁶⁰³ ROCA SASTRE, RAMÓN M^a, *Derecho hipotecario...*, cit., págs. 684 y 685. El autor afirma, en la pág 685 *in fine*, que el anterior dueño de la finca queda liberado respecto de las rentas futuras, pero responde personalmente de las vencidas mientras era propietario, de las que también responde la finca, pero sólo hasta el límite que establece el artículo 114 de la Ley hipotecaria para los intereses. Si bien, en la pág. 687 defiende que es posible que el acreedor solicite una ampliación de la hipoteca, siempre que se trate de rentas de las que sea deudor el propietario de la cosa sobre la que se pide la ampliación. Para el autor, entender que la referencia que hace el artículo 157 de la Ley hipotecaria al límite que contiene el artículo 114 de la Ley hipotecaria lo es respecto a las rentas atrasadas, ya vencidas cuando se produce la transmisión de la finca al tercero, es esencial para la existencia de la hipoteca, pues de lo contrario podría suprimirse, ya que en su momento culminante la eficacia frente a terceros adquirentes quebraría. Por ello entiende que debe mantenerse esta interpretación del artículo 157 de la Ley hipotecaria. ROCA SASTRE considera reforzada tal interpretación, en la pág. 688, con la remisión del artículo 157 de la Ley hipotecaria a los dos primeros párrafos del artículo 115 de la Ley hipotecaria, relativos a la ampliación de la hipoteca, sin mencionar el párrafo tercero. Los dos primeros párrafos regulan la ampliación de la hipoteca cuando el deudor sigue siendo el propietario del bien hipotecado pero los intereses no se encuentran cubiertos por la garantía hipotecaria. Sin embargo, el párrafo tercero hace referencia al supuesto en el que el deudor ya no es el propietario del inmueble gravado con la hipoteca. Del hecho de que el artículo 157 de la Ley hipotecaria no haga referencia al párrafo tercero del artículo 115 de la Ley hipotecaria, el autor deduce que el legislador presume que todo deudor personal de las rentas es propietario del bien hipotecado, por lo que el acreedor puede obtener ampliación de la hipoteca y cubrir las rentas que no están cubiertas por el artículo 114 de la Ley hipotecaria.

inscritos con anterioridad a ella, puesto que así lo establece el artículo 115.2 de la Ley hipotecaria¹⁶⁰⁴.

Por su parte, quienes defienden que la transmisión de la finca hipotecada no supone la subrogación del adquirente en la posición jurídica del deudor, afirman que la limitación establecida por los artículos 114 y 115 de la Ley hipotecaria afecta tanto a las pensiones vencidas con anterioridad a la transmisión de la finca como a las vencidas con posterioridad¹⁶⁰⁵.

Para SANZ deben distinguirse tres supuestos distintos a la hora de determinar la extensión de la garantía. En su opinión, si la finca permanece en manos del deudor de las rentas y no existen terceros interesados, están aseguradas todas las rentas no pagadas, siempre que no estén prescritas, aunque fuesen de antigüedad superior a los tres años. Si existe algún tercero interesado con derecho posterior al del pensionista, la hipoteca sólo asegura las rentas de los tres últimos años en perjuicio del tercero, pero el exceso puede exigirse sobre la finca sin prelación respecto del tercero. Si la finca pasa a poder de un tercer poseedor que asume la obligación personal de pago de la renta, la situación no varía respecto de las anteriores. Pero si ese tercero no asume la obligación personal, su situación es idéntica a la de los demás terceros, y sólo puede ejecutarse la hipoteca por las rentas de los tres últimos años. No obstante, en opinión del autor, el acreedor puede exigir ampliación de la hipoteca para garantizar las rentas anteriores, porque la falta de regulación de este supuesto no se debe al criterio contrario del legislador, sino a la inexistencia de normativa relativa a la existencia de tercer poseedor¹⁶⁰⁶.

Compartimos la opinión manifestada por este último autor. De hecho, aunque no cabe duda que la limitación es excesiva, debe tenerse en cuenta que se está ante una hipoteca de rentas, no ante una hipoteca de capital, por lo que no deben dejarse acumular los vencimientos, sino ejecutar la hipoteca según se vayan produciendo, para evitar los problemas derivados del precepto. De esta manera se preserva, también, al nuevo adquirente de la

¹⁶⁰⁴ En este sentido se pronuncia CABELLO DE LA SOTA, PEDRO, “La hipoteca en garantía...”, *cit.*, págs. 155 y 156. Si bien, en la pág. 158, el autor reconoce que, dado el desconocimiento de la cuantía de las prestaciones vencidas e impagadas por parte del adquirente, no es extraño que doctrina y Jurisprudencia se inclinen a considerar que el tope de tres años del artículo 114 de la Ley hipotecaria existe también para las pensiones vencidas e impagadas del artículo 157 de la Ley hipotecaria.

¹⁶⁰⁵ Así lo afirma GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 434.

¹⁶⁰⁶ SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL, *Comentarios a...*, *cit.*, pág. 431. En la pág. 32 el autor hace referencia a la posibilidad de que se amplíe el tope máximo de tres años, cuando las partes así lo hayan pactado o cuando se haya procedido a la ampliación de la hipoteca. En el mismo sentido se pronuncia RUIZ ARTACHO, JUAN, “La hipoteca...”, *cit.*, pág. 226, pues afirma que si la finca hipotecada pasa a manos de tercero el acreedor puede pedir ampliación de la hipoteca sobre otros bienes del deudor, ya que considera que el legislador no cita el párrafo tercero porque sólo quiso referirse a los efectos de la hipoteca frente al deudor, y no en cuanto a terceros.

finca hipotecada frente al acreedor que va sumando sucesivos incumplimientos sin proceder a la ejecución, pues tal postura puede perjudicar de manera muy importante al nuevo adquirente cuando el acreedor se decida a proceder a la ejecución de la totalidad de las rentas impagadas, que puede desconocer absolutamente la cuantía de las prestaciones debidas e impagadas.

3.- LA INEMBARGABILIDAD DE LAS RENTAS CONSTITUIDAS A TÍTULO GRATUITO

Establece el artículo 1.807 CC que *“El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”*.

Para muchos autores la finalidad de este precepto es incuestionable, blindar frente al embargo la renta vitalicia constituida, para salvaguardar un recurso económico que permita al rentista satisfacer sus necesidades vitales básicas. Sin embargo, si tal es su finalidad, el precepto parece plantear un problema: el legislador debió establecer un límite a la inembargabilidad de la renta. En opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, *“...que el Código Civil no fije una frontera a la inembargabilidad de la renta vitalicia gratuita, lesiona el sentido común, y los derechos fundamentales de otros deudores a la igualdad y de los acreedores a la tutela judicial efectiva”*. En su opinión, al tratarse de una norma preconstitucional podría no ser aplicada por los Jueces y Tribunales, si bien, afirma que tal vez no han tenido oportunidad, dada su falta de eficiencia¹⁶⁰⁷.

En realidad, como se verá, la necesidad de establecer un límite depende de lo que se considere el fundamento de la disposición.

3.1.- PRECEDENTES DEL ARTÍCULO 1.807 CC

La posibilidad de decretar la inembargabilidad de la renta constituida a título gratuito ya venía contemplada por el Proyecto de Código Civil Isabelino que, tal y como hace el artículo 1807 CC, limitaba la posibilidad de constituir esta cláusula al momento del otorgamiento del contrato. No obstante, el proyecto contenía una redacción que generaba dudas sobre si podía referirse a deudas del contrayente de la obligación, por lo que la versión definitiva del Código concreta la prohibición del embargo a las obligaciones del pensionista.

¹⁶⁰⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 141. El autor, en la pág. 142, afirma que el precepto autoriza una cláusula limitativa de la responsabilidad patrimonial universal del rentista, que transforma la liberalidad en pensión o equivalente, con los consiguientes beneficios procesales que conlleva.

El artículo 1.711 del Proyecto establecía que “*Solamente el que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta a embargo por derechos de un tercero*”. El artículo 1.807 CC conserva la afirmación de que deba decretarse la inembargabilidad al tiempo de la constitución, para evitar posteriores novaciones fraudulentas. No obstante, se limita la referencia al tercero, clarificando que la inembargabilidad sólo es posible establecerla frente a deudas del pensionista, y no del obligado al pago de la renta¹⁶⁰⁸. La clarificación es importante, porque de conservarse la redacción del proyecto podría suscitar dudas la embargabilidad de las rentas por deudas del constituyente, a pesar del carácter gratuito de las mismas, dejándose abierta una puerta al fraude sin demasiada justificación¹⁶⁰⁹.

Los antecedentes directos del precepto, además del ya citado artículo 1.711 del Proyecto, se encuentran en el *Code*. En virtud del artículo 1.981 del *Code*, la renta vitalicia sólo puede estipularse como inembargable cuando se constituya a título gratuito. La razón de ser de la disposición suele fundamentarse en la voluntad del constituyente de la renta, más que en razones de necesidad del rentista, por lo que tiene cierto sentido que tampoco contenga un límite a la inembargabilidad. Así se deduce de las palabras del propio POTHIER, que restringe la inembargabilidad a los legados y donaciones de renta vitalicia. Para el autor, la razón de ser de la inembargabilidad radica en que cuando uno realiza una liberalidad que no está obligado a hacer la puede realizar en las condiciones que desee¹⁶¹⁰.

El Código Civil italiano de 1.865 también contenía esta cláusula, en el artículo 1.800, heredero del *Code* de Napoleón¹⁶¹¹. El artículo 1.881 del Codice de 1.942, sin embargo, establece: “*Quando la rendita vitalizia è costituita a titolo gratuito, si può disporre che essa non sia soggetta a pignoramento o a sequestro entro i limiti del bisogno alimentare del creditore*”. En esta ocasión el legislador italiano sí circunscribe la inembargabilidad a aquello que resulte necesario para cubrir las necesidades alimenticias del acreedor, dadas las numerosas críticas vertidas

¹⁶⁰⁸ Enuncia las divergencias y coincidencias de ambos preceptos, también, MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 88.

¹⁶⁰⁹ En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 211, opina que la fórmula del Proyecto tampoco planteaba grandes dudas, porque lo que se declaraban inembargables no eran los bienes con los que se constituía la renta, sino la renta en cuanto bien independiente con un valor patrimonial autónomo.

¹⁶¹⁰ Así lo afirma POTHIER, ROBERT JOSEPH, “*Traité du contrat...*”, *cit.*, pág. 140, n° 252.

¹⁶¹¹ Para DE VILLA, CRISTOFORO, “*Voz: vitalizio*”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.104, el precepto se justifica en la amplia y espontánea potestad de donar, que bien podría dar lugar a una regla general de inembargabilidad para todas las donaciones, pero que no existe porque nada dice el Codice en sede de donaciones y porque, de generalizarse, devendría un importante obstáculo para el libre comercio de los bienes.

a la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal en el Código derogado¹⁶¹².

El artículo 1.881 del Código de 1.942 es una auténtica novedad, pues no sólo introduce en la norma sustantiva una restricción a la inembargabilidad de la renta por voluntad del constituyente, sin necesidad de acudir a la procesal, sino que además no lo hace coincidir con el mínimo vital que es propio de las leyes procesales. El precepto, según algunas opiniones doctrinales, amplía el límite hasta lo que exija la condición social del rentista, dejando su establecimiento a criterio judicial¹⁶¹³.

3.2.- FUNDAMENTO DEL ARTÍCULO 1.807 CC

El artículo 1.807 CC es una norma excepcional, porque deroga un principio básico del Código Civil: el principio de responsabilidad patrimonial universal, contenido en el artículo 1.911 CC¹⁶¹⁴. Para algunos autores el precepto excluye, incluso, la norma de no perjudicar a terceros sin su consentimiento, porque sus efectos afectan a personas ajenas a la relación jurídica de renta vitalicia¹⁶¹⁵. No obstante, respecto del principio de no perjudicar a terceros sin su consentimiento, debe tenerse en cuenta que el derecho a las rentas que se encuentra en el patrimonio del deudor, y que el constituyente declara inembargable, no lo estaba antes de que se constituyese

¹⁶¹² En este sentido, TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 150, afirma que el artículo 1.800 del Código de 1.865 era objeto de numerosas críticas, que lo consideraban una reminiscencia del Código Civil francés, dado que éste permitía la inembargabilidad de cualquier atribución a título gratuito. El autor mantiene que por ese motivo se limita la inembargabilidad a la parte necesaria para cubrir las necesidades alimenticias del deudor. Se restringe la extensión de la cláusula dentro de límites objetivos que responden a finalidades y exigencias de orden social, pero se limita su importancia práctica. VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 237 y 238, añade a las argumentaciones del autor anteriormente citado, que las tendencias francesas de las que deriva el precepto son antiguas y están ya superadas. Por otra parte, afirma que la solución del artículo 1.881 es una solución de compromiso en la que, sin anular la disposición contenida en el antiguo artículo 1.800, se restringe la excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. Con la modificación introducida en el precepto se busca, en opinión del autor, evitar las críticas derivadas de la necesidad de tutelar el crédito, y mantener la inembargabilidad dentro de los límites de las necesidades alimenticias del acreedor de la renta, respondiendo a una exigencia merecedora de tutela. En este caso sí que parece claro que el fundamento del precepto radica en proteger las necesidades básicas del acreedor de la renta, sobre todo por la limitación a la inembargabilidad que contiene el artículo 1.881 Código.

¹⁶¹³ Tal es la opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 160.

¹⁶¹⁴ Sobre el principio de responsabilidad patrimonial universal cabe destacar, CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1.989.

¹⁶¹⁵ Tal es la opinión de RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 164.

el contrato, y es posible que no lo hubiese estado nunca si no existiese la cláusula de inembargabilidad.

Los artículos 605 y 606 de la Ley de enjuiciamiento civil prevén el catálogo básico de bienes inembargables, y los párrafos cuartos de ambos preceptos permiten el establecimiento de nuevos bienes inembargables, siempre que tal inembargabilidad venga decretada por una ley. Tal es el caso del artículo 1.807 CC, que permite pactar una cláusula de inembargabilidad en las rentas vitalicias constituidas a título gratuito, excepción que, por tanto, está legalmente amparada.

La regla general es que las rentas vitalicias, sean onerosas o gratuitas, son embargables. Si bien, el artículo 1.807 CC establece una excepción para el caso de las gratuitas, pues permite que el constituyente de la renta declare su no embargabilidad y las excluye de la responsabilidad patrimonial universal proclamada en el artículo 1.911 CC. La necesidad del artículo 1.807 CC para que pueda considerarse eficaz la cláusula de inembargabilidad es indiscutible, porque ni en los negocios a título gratuito la voluntad del disponente es suficiente para sustraer determinados bienes del régimen de responsabilidad patrimonial universal, siendo indispensable que la ley establezca tal posibilidad¹⁶¹⁶. Lo que no parece tan claro son las causas por las que el precepto permite que tales rentas sean declaradas inembargables. Es necesario, ahora, determinar las causas de tal posibilidad, pues de ello depende la extensión de la misma. Son tres los fundamentos básicos que suelen alegarse al respecto: La voluntad del constituyente, la necesidad del rentista y el carácter gratuito de las rentas.

La voluntad del constituyente, como ya se anunció, es el fundamento alegado por POTHIER. Para el autor, el donante o testador de una renta vitalicia pueden añadir a la donación o legado una cláusula en cuya virtud la renta no pueda ser secuestrada por los acreedores de la persona a cuyo favor se realizó la donación o legado. En su opinión, la razón es que los actos de mera liberalidad se pueden hacer en las condiciones en las que se desee, ya que el donante o testador no perjudica a los acreedores de quien recibe la renta, pues podía no habérsela transmitido¹⁶¹⁷.

Es evidente que para el autor citado las cláusulas de inembargabilidad sólo caben en los supuestos de rentas vitalicias liberales, si bien ello es lógico, ya que las fuentes de constitución de rentas vitalicias gratuitas en el Derecho civil francés se reducen al testamento o a la donación¹⁶¹⁸. Como ya se ha

¹⁶¹⁶ En el mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 538.

¹⁶¹⁷ Así lo afirma POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 140, n° 252.

¹⁶¹⁸ El Proyecto de Código Civil de 1.851 también contenía un precepto, el artículo 1.704, que limitaba las fuentes de la renta vitalicia gratuita al testamento o a la donación. El

visto, existe una cierta tendencia a equiparar todas las rentas vitalicias gratuitas *inter vivos* a la donación, por lo que en muchos supuestos nos encontramos con la duda de si realmente se ha pretendido limitar la inembargabilidad de las rentas a los supuestos de liberalidad, o si es válida para cualquier tipo de renta vitalicia gratuita¹⁶¹⁹.

RODRÍGUEZ RAMOS parece considerar que las cláusulas de inembargabilidad sólo caben en los supuestos de liberalidad, pues afirma que ello permite pensar en una naturaleza modal de la cláusula, aunque sea *sui generis*¹⁶²⁰.

Para MANRESA la razón de ser del precepto radica en que la renta vitalicia constituida a título gratuito siempre tiene el carácter de liberalidad, y es asimilable a una donación, por lo que el Código permite que al tiempo de constituirse el contrato se estipule su inembargabilidad por deudas del pensionista. En su opinión, al configurarse la renta vitalicia gratuita como una liberalidad, asimilable a donación o legado, es de derecho natural que quien la hace, obligándose voluntariamente, la haga en las condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarias a la moral y a las leyes¹⁶²¹. También esgrime esta argumentación, en relación con el artículo 1.711 del proyecto, GARCIA GOYENA. El autor considera que las rentas onerosas son embargables por las deudas del rentista aunque se haya establecido lo contrario, “*porque nadie puede privarse de contraer deudas, ni privar á sus acreedores de la de hacerse pago con sus bienes*”. Sin embargo, cuando se trata de donación o legado de rentas vitalicias, afirma que los estipulantes están legitimados para

artículo 1.704 del proyecto establecía “*También puede uno constituir la renta gratuitamente por donación o testamento sobre sus propios bienes, reteniendo su dominio para sí o para su heredero, en cuyo caso estará sujeta la renta a las reglas sobre capacidad, reducción o nulidad establecidas para los casos respectivos en los títulos I y IV de este libro (herencias y donaciones inter vivos)*”. Sin embargo, el precepto no se formaliza en la versión definitiva del Código Civil, por lo que defendemos la posibilidad de perfeccionar contratos gratuitos de renta vitalicia *inter vivos* que no sean donaciones.

¹⁶¹⁹ En este sentido, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *Jurisprudencia civil...*, *cit.*, pág. 3072, afirma que la naturaleza jurídica de la renta vitalicia gratuita es la misma que la del resto de negocios con causa lucrativa: la mera liberalidad. Para el autor, además, rigen las reglas de la donación en todo lo relativo a su otorgamiento y eficacia.

¹⁶²⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 171.

¹⁶²¹ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, págs. 86 y 87. Comparte la opinión manifestada en el texto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, pág. 211. Para CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *cit.*, pág. 743, lo establecido en el precepto es de justicia, porque el donante “*...puede establecer las reservas y condiciones que tenga por conveniente; pero su colocación en el Código, dentro del capítulo del contrato de renta vitalicia, no es del todo adecuada*”.

ordenar que la renta no pueda ser embargada por ningún acreedor del beneficiario¹⁶²².

GUILARTE ZAPATERO va más allá y extiende la inembargabilidad a los supuestos de rentas vitalicias gratuitas en general, pues afirma: “*Su fundamento, que se hace extensivo a las cláusulas de inembargabilidad constituidas a título gratuito, se asienta en que, cuando el donante o el testador, incorporan aquellas cláusulas de liberalidad, no perjudica a los eventuales acreedores del donatario o del legatario pues, dependiendo de su propio arbitrio, hacer o no la donación o el legado, el testador y el donante están, asimismo, facultados para determinar las condiciones en que la liberalidad ha de entrar en el patrimonio del beneficiario de la misma*” Para el autor, en los supuestos de renta vitalicia gratuita el constituyente también está facultado para establecer la citada cláusula, dado que, de la misma manera, es libre de establecer o no la atribución a título gratuito sin que los acreedores puedan alegar perjuicio alguno¹⁶²³. Comparte esta opinión BADENAS CARPIO, quien, asimismo, radica el fundamento de la cláusula en la gratuidad y en la ausencia de perjuicio para los acreedores del beneficiario de la renta¹⁶²⁴.

¹⁶²² GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias...*, *cit.*, pág. 127. Comparte estas opiniones, también, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 210 y 211. La frase entrecomillada, no obstante encontrarse en la obra del autor, pertenece a POTHIER, ROBERT JOSEPH, “*Traité du contrat...*”, *cit.*, pág. 140, n° 252.

¹⁶²³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “*Comentario...*”, *cit.*, pág. 535.

¹⁶²⁴ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 249 y 250. Para el autor el carácter unilateral y gratuito implica la ausencia de perjuicio para los acreedores del beneficiario, por lo que ambos fundamentos van unidos. También radican el fundamento de la cláusula en el carácter gratuito de la renta, y en el hecho de que no se perjudica a los acreedores del rentista, LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 272, n° 298, pues considera que quien dona o lega una renta podría no hacerlo, y si lo hace, está legitimado para añadir a la liberalidad la condición de inembargabilidad sin que los acreedores puedan oponerse, dado que nunca han tenido derechos sobre los bienes que sirven para constituir la renta BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “*Des contrats aléatoires...*”, *cit.*, págs 153 y 154, n° 311, para quienes el constituyente decide libremente constituir la renta a favor del acreedor y puede, perfectamente, establecer que ésta sea inembargable por las deudas de sus acreedores. Consideran, además, que la disposición está perfectamente justificada, y que puede generalizarse al resto de los bienes que entren en el patrimonio del deudor. También PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 521, afirman que la situación para los acreedores es la misma que si el constituyente no hubiese donado o legado, cosa que podría perfectamente haber hecho. En el mismo sentido se pronuncia BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, págs. 118 y 119, pues mantiene que el fundamento del artículo 1.800 del Codice civile de 1.865 radica en que la renta vitalicia gratuita, constituida contractualmente, enriquece el patrimonio del acreedor de la renta sin contraprestación. Por ello, los deudores del citado acreedor no pueden impugnar la falta de aceptación o la renuncia a la misma. El rechazo a la renta no determina o incrementa la insolvencia del deudor, sólo impide la adquisición de un derecho que, dejando a salvo los supuestos de renta a favor de tercero, sólo depende de la aceptación del adquirente. Por otra parte añade que el constituyente, tal y como es libre de no transmitir la renta es libre de hacerlo declarándola inembargable, pues no tiene porqué extender el beneficio a los acreedores del adquirente de la renta.

En el mismo sentido se pronuncia QUIÑONERO CERVANTES, para quien la razón de ser del precepto radica en que el incremento del patrimonio del titular de la renta no implica contraprestación alguna, por lo que no puede existir perjuicio alguno para los acreedores. Además, sigue argumentando, el constituyente de la renta es libre de hacer la donación a su arbitrio, determinando las condiciones en las que la renta ha de ingresar en el patrimonio del rentista¹⁶²⁵.

Frente a estas opiniones, otro sector doctrinal, sobre todo perteneciente a la doctrina italiana posterior al Codice de 1.865, defiende que la inexistencia de perjuicio para el acreedor no es suficiente para justificar la posibilidad de declarar inembargables las rentas vitalicias gratuitas. Así, TORRENTE afirma que el fundamento del artículo 1.881 del Codice de 1.942, como ocurría bajo el vigor del Codice de 1.865, radica en el respeto a la voluntad del constituyente. En su opinión, la inexistencia de perjuicio para los acreedores no es justificación suficiente para la declaración de inembargabilidad de las rentas vitalicias gratuitas, pues justificaría la inembargabilidad de todas las atribuciones gratuitas, tal y como se admite en el derecho francés del que la norma es heredera¹⁶²⁶.

Para otros autores, la defensa de la cláusula de inembargabilidad, fundamentada en la inexistencia de perjuicio frente a los acreedores del beneficiario, sólo es válida para los acreedores anteriores a la constitución de la renta vitalicia gratuita, pues en el supuesto de los acreedores posteriores la justificación quiebra. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO afirma que no es justo que una persona que recibe una renta vitalicia importante, sin otra fuente de ingresos ni otro patrimonio, contraiga deudas y no las satisfaga. En su opinión, en tales supuestos se estaría creando un estado de insolvencia artificial que permitiría al titular de la renta determinar las deudas que quiere satisfacer¹⁶²⁷. También se afirma que la declaración de inembargabilidad sólo

¹⁶²⁵ QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *Comentario...*, *cit.*, pág. 1.767. El autor, no obstante, parece referirse siempre a la donación y a la renta constituida como liberalidad, no sabemos si conscientemente o como consecuencia de la asimilación que suele hacer la práctica totalidad de la doctrina entre la renta vitalicia gratuita *inter vivos* y la donación. En el mismo sentido se pronuncia en, *La situación Jurídica de Renta Vitalicia*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1.979, pág. 153, donde afirma que el donante o testador puede beneficiar a la persona a cuyo favor está constituida la renta gratuita, pero no está obligado a extender el beneficio a los acreedores del donatario.

¹⁶²⁶ TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 152 y nota 1 de la citada página. Si bien, el autor alega la inexistencia de perjuicio en los acreedores del rentista para justificar que la cláusula de inembargabilidad sólo quepa en los contratos de renta vitalicia gratuitos. Comparte estas opiniones VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 238, quien, como ya se vio, afirma que el artículo 1.881 del Codice de 1.942 busca que la sanción de la inembargabilidad, dentro de los límites de las necesidades del alimentista, responda a una exigencia merecedora de tutela.

¹⁶²⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 536. Si bien, respecto a que el acreedor de la renta podría seleccionar las deudas que quiere satisfacer, consideramos

puede afectar a las deudas nacidas con anterioridad a la constitución de la renta, porque los deudores posteriores parten de la existencia de la renta en el patrimonio del deudor¹⁶²⁸.

Consideramos que la vigencia de la cláusula de inembargabilidad no debe discriminar entre los acreedores anteriores o posteriores a su constitución, pues, independientemente de que su razón de ser radique en la voluntad del constituyente, en la inexistencia de perjuicio para los acreedores o en el mantenimiento del rentista, ningún motivo, ni justificación, existe para establecer tal discriminación. Por otra parte, lo cierto es que si los acreedores saben de la existencia de la renta también deberían conocer la cláusula de inembargabilidad adherida a la misma, y si se les oculta con dolo o intención fraudulenta pueden impugnar el contrato.

El precepto no distingue, y donde la Ley no distingue no se debe distinguir. Además, si el fundamento del precepto está en la voluntad del constituyente no cabe duda de que su voluntad es que la renta se quede en manos del rentista, independientemente de que sus acreedores sean anteriores o posteriores. Si la justificación es la gratuidad tampoco existe motivo para discriminar, como no lo hay si es mantener un *minimum* vital en manos del acreedor, pues en este caso lo importante es la entidad del patrimonio del pensionista, y no la anterioridad o posterioridad de los deudores. El único supuesto controvertido radica en la posibilidad de que exista perjuicio para los acreedores, lo que desde nuestro punto de vista es descartable.

Incluso admitiendo que los acreedores posteriores puedan generarse falsas esperanzas, si desconocen la existencia de la cláusula de inembargabilidad por la mala fe del rentista, mantenemos la imposibilidad de distinguir entre acreedores anteriores y posteriores. En nuestra opinión, en este caso deben atacarse los distintos contratos celebrados con los acreedores posteriores, si existe dolo, mala fe o incluso estafa, pero no creemos que haya base para que la cláusula de inembargabilidad deje de ser válida frente a ellos. Y no lo creemos, porque la recepción de la renta por el deudor nunca puede perjudicarles. Que el deudor obtenga la renta vitalicia sólo puede beneficiarles, ya que su patrimonio se incrementa, y aunque no puedan dirigirse contra ella resulta posible que lo hagan frente a otros bienes. Por otra parte, como veremos, lo único inembargable es el derecho a la renta, sin perjuicio de que puedan embargarse los distintos plazos de renta que venzan y se integren en el patrimonio del rentista.

que la selección arbitraria de las deudas podría considerarse un fraude, por lo que los acreedores podrían atacar la validez del contrato.

¹⁶²⁸ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 250., MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 222, en sentido contrario afirma que ningún daño sufren los acreedores, ni los viejos ni los nuevos, advertidos de que no pueden contar con la renta como garantía de sus créditos.

Para RODRÍGUEZ RAMOS, la última *ratio* de la posibilidad de decretar la inembargabilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito radica en que el pensionista pueda retener el *minimun vital* necesario, así como en el respeto a los acreedores y a la voluntad del constituyente de la renta¹⁶²⁹. Tal parece ser la postura, también, de SCAEVOLA. El autor afirma que el artículo 1.807 CC representa uno de los motivos más acertados y atrayentes de la renta vitalicia, pues permite que deudos, familiares o amigos de quienes por reveses de la fortuna están agobiados de deudas, no teman cederle u otorgarle derechos porque vayan a ser presa del apremio¹⁶³⁰.

Es evidente que la finalidad de que el deudor pueda mantener todo lo necesario para vivir subyace, entre otros fundamentos, en el artículo 1.807 CC. Sin embargo, RODRÍGUEZ RAMOS va más allá, pues afirma que la falta de límites a la inembargabilidad de la renta implica su inconstitucionalidad. El autor trata de demostrar que el artículo 1.807 CC, tal y como ha sido entendido, no armoniza con la constitución. Además, considera que la cláusula de inembargabilidad puede ser contraria a la ley, a la moral, y, sobre todo, que perjudica a tercero.

Como se vio al principio del epígrafe, la limitación a la responsabilidad patrimonial del deudor sería de todo punto ilusoria si no viniese amparada por lo establecido en una ley. La inembargabilidad de las rentas constituidas a título gratuito viene amparada por lo establecido en el artículo 1.807 CC, por lo que ningún problema habría de presentar. Sin embargo, RODRÍGUEZ RAMOS considera que el hecho de que el artículo 1.807 CC no señale límite alguno a la inembargabilidad, que la persona que declare inembargable la renta sea un tercero completamente ajeno a la relación de apremio, y el hecho de que el precepto en el momento de su entrada en vigor chocase con la prohibición expresa de la Ley adjetiva, que impedía la proclamación de nuevos bienes inembargables más allá de los establecidos por ella, invitan a cuestionar su vigencia pasada y presente.

Para el autor no basta con que exista una norma autorizante y se cumpla la reserva de ley en la norma autorizada. En su opinión la norma tiene que ser legítima además de legal, debe existir un fundamento constitucional que justifique la privación del derecho del acreedor a obtener una tutela judicial efectiva, fundamento que radica en salvaguardar la pensión en calidad de *minimun vital* para el favorecido. Cita, además, como refuerzo de su tesis, la STC 113/1989, de 22 de junio, en la que el Tribunal considera que las prohibiciones legales de embargo, para que puedan considerarse constitucionalmente legítimas, han de responder “a *razonables finalidades de*

¹⁶²⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 146 y 147, considera, además, que no solo es la razón de ser de la citada inembargabilidad para él, sino para muchos otros autores.

¹⁶³⁰ SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 240.

protección de valores, bienes o intereses acogidos en la Constitución"¹⁶³¹. No obstante, desde nuestro punto de vista la norma es legítima, pues ningún perjuicio se causa a los acreedores, que no se ven perjudicados con la constitución de la renta dado su carácter gratuito, y sin embargo se benefician del incremento del patrimonio del deudor.

Respecto al conflicto entre el artículo 1.807 CC y la ley adjetiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.449 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1.881 prohibía que se declarasen inembargables bienes distintos a los contenidos por la Ley de enjuiciamiento civil, hasta la reforma de la Ley 34/84, de 6 de agosto, que la modifica en el sentido de permitir que disposiciones especiales con rango de ley declaren inembargables cantidades distintas a las previstas por la citada Ley procesal.

En relación con aquella prohibición, y frente a las críticas de quienes mantenían que el artículo 1.807 CC se oponía a lo establecido en el artículo 1.449 de la antigua Ley de enjuiciamiento civil, MANRESA afirma que tal facultad la autorizó siempre el derecho histórico en relación con el legado y la donación, por lo que no es que la nueva ley las declare inembargables, sino que se sanciona el cumplimiento de una condición posible y perfectamente legal, dentro de lo lícito, sin que haya razón para prohibirla mientras no se extienda a las rentas a título oneroso¹⁶³². En el mismo sentido se pronunciaba BELTRÁN DE HEREDIA, quien afirma que el artículo 1.807 CC no se oponía a lo establecido en el artículo 1.449 de la Ley de enjuiciamiento civil, anterior al Código Civil, porque se trata de una facultad concedida al constituyente de actos a título gratuito. El autor señala, además, la existencia de numerosos supuestos de inembargabilidad no contemplados por las excepciones tasadas que contenía el artículo 1.449 de la Ley de enjuiciamiento civil, por lo que afirma que también es aceptable la del artículo 1.807 CC, que es posterior a la antigua Ley de enjuiciamiento civil¹⁶³³.

Por lo demás, resulta indudable que en la actualidad los artículos 605. 4 y 606. 4 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, admiten la existencia de excepciones legales a la inembargabilidad.

Respecto a la moralidad de la cláusula de inembargabilidad que nos ocupa, la opinión mayoritaria de los autores suele justificar precisamente en la moral la existencia del artículo 1.807 CC. Así, se afirma que es de derecho natural que quien contrae la obligación de pagar una renta vitalicia, de manera

¹⁶³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 172 y 173.

¹⁶³² MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 87.

¹⁶³³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *La renta...*, *cit.*, págs. 211 a 213.

totalmente gratuita, establezca que tales pensiones no puedan ser embargadas, por respetable que sea el derecho del acreedor¹⁶³⁴.

Para RODRÍGUEZ RAMOS las razones alegadas parecen indiscutibles cuando la renta es de escasa entidad, pero se cuestiona si la solución es la misma cuando se da mucho. Se pregunta el autor si en tales supuestos no serían las mismas razones de justicia y derecho natural las que obligarían al embargo de la renta vitalicia, aún en contra de la voluntad de quien la da gratuitamente, para evitar lesionar los legítimos intereses de los acreedores del pensionista. Para el autor el límite del artículo 1.807 CC encuentra sentido cuando la renta vitalicia gratuita tiene una finalidad asistencial, pero no cuando es desorbitada o busca burlar acreedores, ni cuando el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor tiene su origen en el dolo o la culpa grave¹⁶³⁵. Dejando al margen el supuesto de que la renta sea desorbitada, en el resto el problema no está en el artículo 1.807 CC, sino en el abuso del derecho que realiza el rentista. La solución al dolo, a la culpa grave, o al fraude de acreedores no pasa por declarar inconstitucional el precepto, sino por atacar los actos realizados por el rentista con tales finalidades dolosas, culposas o fraudulentas.

Por último, respecto a la exigencia de que la cláusula no cause daño a tercero, volvemos a los argumentos que han sido usados por la doctrina francesa y española para justificar el precepto. Como ya se adelantó, tradicionalmente se afirma que cuando el deudor recibe algo sin que salga nada de su patrimonio no se perjudica al acreedor, aunque lo que reciba no esté sujeto a embargo. La renta dada sin contraprestación nunca estuvo en el patrimonio del deudor, nunca se privó de la misma al acreedor, porque es incluso probable que de no ser inembargables las rentas no se hubiesen dado. Evidentemente, lo que recibe el rentista no sirve para satisfacer el interés del acreedor, pero tampoco se le priva de ninguno de los bienes de su patrimonio, bienes a los que, en sentido inverso, no tiene que acudir para cubrir sus necesidades. En definitiva, aunque lo que reciba el pensionista sea inembargable el acreedor se ve beneficiado, pues no puede cobrar de ello, pero sirve para que el rentista cubra sus necesidades dejando el resto de su patrimonio intacto.

RODRÍGUEZ RAMOS, de nuevo, critica esta postura, porque el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes: presentes y futuros, independientemente de que provengan de fuente gratuita u onerosa. Así, considera que cualquier cláusula de inembargabilidad perjudica a tercero, salvo que tenga otros bienes que embargar, pues de lo contrario el acreedor

¹⁶³⁴ MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pág. 86.

¹⁶³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 174.

se queda sin cobrar a pesar de que el deudor sea solvente, lo que indudablemente le perjudica¹⁶³⁶.

Ciertamente, el deudor responde de todas sus deudas con sus bienes presentes y futuros, pero debe dejarse a salvo la posibilidad de que exista una excepción a tal principio que venga establecida en la ley¹⁶³⁷. Existe tal excepción en el caso que nos ocupa, y como hemos visto es legítima, pero además, con la solución que mantenemos el acreedor no se ve perjudicado, porque el derecho a la renta que ingresa en el patrimonio del deudor no es embargable, pero sí lo serán las pensiones que vayan confundiéndose con su patrimonio. Por otra parte, al mejorar su situación económica se incrementan el número de bienes, derechos, salarios o remuneraciones que pueden embargarse, en su totalidad o en una porción mayor.

En opinión del autor anteriormente citado, el móvil que lleva al tercero a constituir la renta es su voluntad de cubrir las necesidades básicas del rentista, y esa es la razón que otorga legitimidad a la cláusula de inembargabilidad. Por ello, considera llamativo que el legislador no establezca un límite a partir del que las rentas sean embargables, porque si la renta excede con creces lo necesario para cubrir las necesidades del deudor, y sigue sin embargarse, se está perjudicando al acreedor. Así, afirma que si la cláusula pierde su legitimidad cuando deja de ser justa, o perjudica a tercero, es porque su fundamento no radica de manera exclusiva en la voluntad de quien la constituye, porque de ser así no importaría su cuantía. De esta manera, considera que la finalidad del precepto es “*garantizar la cobertura de aquellas necesidades del pensionista que le permitan desarrollar una vida digna, mediante el cobro periódico de un crédito blindado frente al ataque de sus acreedores*”¹⁶³⁸.

Parece evidente que la finalidad de una renta que excede con creces lo necesario para cubrir las necesidades del rentista no puede ser cubrir sus necesidades básicas, pues de ser así no se habría dado más de lo que necesita para vivir. En el improbable caso de que se constituya una renta vitalicia de tal entidad, es posible que la razón de ser de la atribución radique en la intención de sanear la situación económica del rentista o en proporcionarle

¹⁶³⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 175. Ello es indudable, pero no lo es menos que si no tiene absolutamente nada necesita de la renta para cubrir su *minimum* vital, lo que sí se encuentra amparado por nuestra Constitución. Por otra parte, no cabe duda de que probablemente la renta gratuita no se dará sin la cláusula de inembargabilidad, y que ésta ayuda a que el deudor pueda mejorar su situación económica o, al menos, a que no tenga que acudir a otros bienes de su patrimonio para satisfacer sus necesidades, lo que le beneficia.

¹⁶³⁷ En este sentido el AAP de Madrid, Sección 12ª, Auto de 18 Nov. 1997, rec. 617/1995, afirma: “...tal previsión normativa de hipotecas de responsabilidad limitada, junto con otras disposiciones del Código Civil, como los artículos 1807 y 1920, llevan a la conclusión de ser posibles las convenciones modificativas del art. 1911, excluyendo concretos bienes o afectando algunos determinados.”

¹⁶³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, cit., pág. 176.

los ingresos necesarios para reflotar su negocio..., lo que también es perfectamente legítimo. En cualquier caso, es evidente que el fundamento de la cláusula radica en el respeto a la voluntad del constituyente de la renta vitalicia gratuita y en la falta de perjuicio al deudor, pues es probable que el constituyente de la renta, de no ser inembargable, no la hubiese constituido, y la falta de constitución de la renta sí perjudica al acreedor, pues no permite al deudor acudir a la renta para satisfacer sus necesidades, reduciendo aún más su patrimonio.

No obstante, para RODRÍGUEZ RAMOS la única lectura adecuada del artículo 1.807 CC es que, si se produce el embargo, el precepto no permite que quien done o legue una renta pueda privilegiarla en todo caso y en toda su extensión, porque ello supondría una cobertura excesiva al deudor, muy por encima de sus necesidades vitales, y debería afirmarse su inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobrevenida. En su opinión, a lo sumo podría postergarse la renta vitalicia a los últimos puestos en el orden de la traba, en calidad jurídica de “pensión o equivalente”¹⁶³⁹.

Siguiendo las argumentaciones del autor citado, la razón asistencial que fundamenta el artículo 1.807 CC puede considerarse un principio derivado de los derechos fundamentales a la dignidad y a la vida del rentista ejecutado. Si bien, su legitimidad depende del grado de protección, pues considera que una inembargabilidad ilimitada, más allá de la cobertura de sus necesidades vitales, atenta contra los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva de los acreedores¹⁶⁴⁰.

En virtud de esta tesis, el artículo 1807 CC es inconstitucional, porque no establece un límite a la inembargabilidad de la renta¹⁶⁴¹. Por ese motivo,

¹⁶³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 178 y 179.

¹⁶⁴⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 180 y 181.

¹⁶⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 190 y 191. El autor considera el precepto inconstitucional. Así, en las págs. 190 y 191, tras diversas disquisiciones equipara el artículo 1.807 CC al artículo 22.1 de la Ley general de la Seguridad Social, declarado inconstitucional por la STC 114/1989 de 22 de junio. El artículo 22.1 de la Ley general de la Seguridad Social era un precepto preconstitucional que declaraba la inembargabilidad de determinadas pensiones sin importar su cuantía. La finalidad del precepto era asistencial, pero al no ponerse coto a la inembargabilidad el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del artículo 22.1 de la Ley general de la Seguridad Social. Para RODRÍGUEZ RAMOS la solución debe ser idéntica en el caso del artículo 1.807 CC, porque idénticos son los supuestos. Por ello, considera que los jueces deberían obviar el precepto por derogado, o el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad sobrevenida si así se le solicitase. Desde nuestro punto ni los supuestos son idénticos ni la finalidad de quien cede la renta vitalicia gratuita tiene que radicar en todo caso en los meros fines asistenciales que tenían las pensiones de la Seguridad Social. Es perfectamente posible que la renta vitalicia gratuita se haya otorgado para el mantenimiento del nivel de vida del rentista o, incluso, para que pueda salir del bache en el que se encuentra, para que pueda reflotar su negocio...En este caso es indudable que la renta

para evitar las consecuencias negativas de tal declaración de inconstitucionalidad, que llevaría a la total embargabilidad de la renta, el autor estudia la posibilidad de configurarla como una cláusula modal y conmutable¹⁶⁴².

Al margen de que la finalidad de la renta no tiene porque circunscribirse a la satisfacción de las necesidades vitales del rentista, sin que ello determine la inconstitucionalidad del precepto, podría argumentarse que tal configuración no es necesaria, pues la inembargabilidad de lo necesario para satisfacer las necesidades vitales del deudor ya está contemplada por nuestra legislación. El autor se adelanta a tales alegaciones y afirma, que aunque es cierto que la Ley de enjuiciamiento civil no priva al ejecutado de lo necesario, la cláusula modal del artículo 1.807 CC lo vincula a la renta vitalicia gratuita, al menos al tiempo del embargo¹⁶⁴³.

Con la interpretación del artículo 1.807 CC propuesta por RODRÍGUEZ RAMOS, considerando que contiene una cláusula modal *ex lege*, la declaración de inembargabilidad de las rentas supone que el crédito del acreedor se cubra embargando el resto de los bienes del deudor, si los hubiera, relegando la renta hasta el lugar propio las pensiones o equivalentes. De esta manera puede que la renta no tenga que tocarse, o embargarse sólo parcialmente, dependiendo de la entidad de bienes del deudor. Si no se hubiese declarado la inembargabilidad, o no existiese el artículo 1.807 CC, la renta podría haber sido embargada en otro orden, y en toda su extensión, dejando libres otros bienes¹⁶⁴⁴ Frente a la argumentación de que el artículo 1.807 lo único que hace es considerar a la renta vitalicia gratuita como una pensión más, sostiene el autor que en ese caso el precepto sobraría por reiterativo, y que habría sido rederogado por el artículo 606 de la Ley de enjuiciamiento civil. En su opinión ambos preceptos responden al mismo fundamento, pero el artículo 1.807 CC delega su eficacia a la voluntad del disponente, y sólo afecta a las rentas gratuitas, mientras el 606 es de ámbito general¹⁶⁴⁵.

Desde nuestro punto de vista esta argumentación es excesivamente compleja, y pasa por considerar que el fundamento de la cláusula de

otorgada no perjudica al acreedor, no es contraria a la Ley, ni tampoco a la moral. Además, no cabe duda de que la voluntad del constituyente es que la renta permanezca en el patrimonio del deudor.

¹⁶⁴² RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, págs. 205 y ss., afirma que el artículo 1.807 CC contiene una cláusula modal *ex lege*, y por ese motivo, por ser una cláusula modal, nada impide que la inembargabilidad ilimitada establecida en el artículo 1.807 CC pueda adaptarse a una embargabilidad limitada a la cuantía necesaria para cubrir las necesidades vitales del ejecutado.

¹⁶⁴³ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 208.

¹⁶⁴⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 213.

¹⁶⁴⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 210.

inembargabilidad radica en todo caso en cubrir las necesidades vitales del alimentista. Ello no siempre es así, y no tiene porqué serlo, dado que el contrato de renta vitalicia no es exclusivamente asistencial. La finalidad de mantener el *minimum* vital del deudor es la propia de los preceptos que decretan la inembargabilidad de sueldos y remuneraciones de aquel, pero no la de la cláusula del artículo 1.807 CC. En este último supuesto una persona que no debe nada a los acreedores del rentista decide otorgarle una determinada renta vitalicia, sin contraprestación, con la finalidad que desee, excluyendo la posibilidad de que tal finalidad se frustre por el embargo de la misma.

Por este motivo consideramos que la razón de ser de la cláusula de inembargabilidad radica, efectivamente, en la voluntad del constituyente de la renta, sin perjuicio de que la legitimidad de la misma pase porque no se cause ningún perjuicio a los acreedores del rentista. Desde nuestro punto de vista, si la cláusula no perjudica a los acreedores del rentista nunca puede considerarse inconstitucional, porque es perfectamente legítimo que el constituyente decida beneficiar con su propio dinero a una concreta persona, y no a sus acreedores. Siendo el fundamento del precepto la voluntad del constituyente, y no causándose daño a los acreedores del rentista, resulta indiferente la cuantía de la renta y, por tanto, la cuantía de lo excluido del embargo¹⁶⁴⁶. Sin embargo, no es menos cierto que el precepto, y su vigencia actual, requieren una interpretación del artículo 1.807 CC que sea perfectamente compatible con los derechos de los citados acreedores.

Por ello, entendemos que debe mantenerse la posibilidad de decretar inembargable cualquier renta, porque el precepto no distingue y su finalidad no es exclusivamente asistencial, sin perjuicio de que ésta deba tenerse en cuenta a la hora de valorar la embargabilidad de los jornales, sueldos, salarios...

En este mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO afirma que si la renta vitalicia es declarada inembargable, debe computarse a los efectos de decidir la embargabilidad o no del jornal, sueldo o remuneración, o qué parte de tales conceptos resulta embargable. En su opinión, es indudable que la finalidad de la inembargabilidad de los sueldos o remuneraciones es mantener el *minimum* vital del deudor. Precisamente por ese motivo debe tenerse en cuenta la entidad de la renta declarada inembargable, porque la renta vitalicia puede ascender a una cantidad importante, defraudándose la finalidad

¹⁶⁴⁶ De hecho, RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 171, reconoce que si el fundamento del precepto es la voluntad del constituyente resulta indiferente la cuantía de la renta y, por tanto, la cuantía de lo excluido del embargo. Que la razón de ser de la disposición radique en la voluntad del constituyente parece confirmado por el origen del precepto, dado que deriva del *Code*, en el que es perfectamente posible decretar la inembargabilidad de donaciones y legados en general.

perseguida por el legislador procesal al decretar la inembargabilidad o embargabilidad parcial de sueldos o jornales¹⁶⁴⁷.

Conforme a esta solución, dependiendo de la entidad de la renta se procede a embargar en mayor o menor cantidad el resto de los bienes, sueldos, jornales...del acreedor de la renta. Así, se mantiene la inembargabilidad de la renta, tal y como desea el constituyente, y se evita que los acreedores del deudor salgan perjudicados. De esta manera nunca puede considerarse que la constitución de la renta perjudique a los acreedores, pues, aunque la renta sea inembargable, su patrimonio crece, de modo que siempre existen más bienes contra los que pueden dirigirse. No cabe que se dirijan contra la renta, pero al existir ésta, pueden dirigirse frente a otros bienes que antes les estaban vedados, por entrar dentro de ese mínimo que el rentista necesita para vivir. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que lo inembargable es el derecho a la renta, no las rentas ya percibidas, que una vez mimetizadas con el resto del patrimonio del rentista sí lo serán.

Por supuesto, si el rentista realiza actos fraudulentos, dolosos o culpables frente a sus acreedores, estos serán impugnables conforme a las reglas generales de la teoría general de las obligaciones y los contratos, sin que la existencia de la cláusula de inembargabilidad afecte en lo más mínimo.

Con esta matización, y con la interpretación propuesta del artículo 1.807 CC, se salvaguardan los intereses de los acreedores, la voluntad del constituyente de la renta y el mantenimiento de un *minimum* vital para el acreedor. Sin perjuicio de que pueda considerarse más adecuada una modificación del precepto en el sentido del Codice italiano de 1.942, dada la indudable vinculación actual entre inembargabilidad y necesidades del embargado, lo cierto es que la redacción actual del precepto es la que tenemos, y debemos tratar de interpretarla en el sentido más acorde con la

¹⁶⁴⁷ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 535. En contra se pronuncia SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 242, para quien la renta vitalicia no debe actuar de sumando, porque sufriría una merma en su cuantía, cuando la declaración de inembargabilidad se realiza para que tenga la mayor extensión posible. No obstante, considera que sí deben tenerse en cuenta en los incidentes de pobreza que promueva el pensionista, porque es un ingreso en su patrimonio y algo completamente ajeno al embargo. Para VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, págs. 238 y 239, sin embargo, a la hora de determinar las necesidades del acreedor de la renta, para fijar la cantidad que debe considerarse inembargable, no deben tenerse en cuenta el resto de bienes que puedan contribuir a su mantenimiento. En su opinión las necesidades del acreedor deben valorarse en abstracto, como si no tuviese bien alguno para satisfacer sus necesidades, porque el efectivo estado de necesidad es presupuesto de la obligación legal de alimentos, no de la convencional. Si bien, como ya hemos dicho, este supuesto es diferente, porque la renta sólo será inembargable en la cuantía en la que satisfaga las necesidades del acreedor.

Constitución, salvaguardando los intereses de todas las partes afectadas, pero sin vaciarlo de contenido¹⁶⁴⁸.

3.3.- PRESUPUESTOS Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA DE INEMBARGABILIDAD

El primer presupuesto básico para que se pueda establecer una cláusula de inembargabilidad es que la renta vitalicia constituida no sea onerosa. La razón es evidente, si pudiesen constituirse cláusulas de inembargabilidad en rentas vitalicias onerosas se concedería al constituyente un sencillo mecanismo para defraudar a sus acreedores¹⁶⁴⁹. Le bastaría entregar sus bienes a cambio de una renta vitalicia acompañada de una cláusula de inembargabilidad, para evitar que aquellos pudiesen cobrar y garantizarse a sí mismo un magnífico nivel de vida. En este sentido, la doctrina es prácticamente unánime a la hora de señalar el innegable perjuicio que se generaría en los acreedores del constituyente si se permitiese tal posibilidad, pues se les privaría de los bienes que constituyen la contraprestación de la renta vitalicia sin contrapartida alguna¹⁶⁵⁰.

Independientemente de que se asimile la renta vitalicia gratuita de la que habla el precepto a una donación, lo que es más que discutible, sí que parece cierto que ha de tratarse de una renta vitalicia sin contraprestación alguna. No consideramos fundamental el *animus donandi*, pero sí la falta de contraprestación, sea del tipo que sea. Por tanto, quedan excluidas las rentas vitalicias onerosas, pero también todas aquellas que no sean gratuitas puras. Así, no pueden adherirse válidamente cláusulas de inembargabilidad a donaciones modales u onerosas, ni a los contratos mixtos con donación¹⁶⁵¹. También se excluyen aquellas relaciones jurídicas en las que el beneficiario está sujeto a algún tipo de carga u obligación como consecuencia de la

¹⁶⁴⁸ Comparte esta opinión, al menos parcialmente, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 536, pues afirma que, admitida la cláusula de inembargabilidad, resulta más justo adaptar sus efectos a las necesidades de alimentos del acreedor, tal y como lo hace el Código Civil italiano de 1.942.

¹⁶⁴⁹ En este mismo sentido se pronuncian PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 521. Los autores afirman que si pudiesen declararse inembargables las rentas constituidas a título oneroso existiría un mecanismo demasiado cómodo para que el acreedor de la renta burlase a sus propios acreedores.

¹⁶⁵⁰ BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, págs 153 y 154, n° 311, consideran que la cláusula de inembargabilidad en los contratos onerosos tendría, en relación con los acreedores del rentista, el carácter de un acto de expoliación. Comparte esta opinión, entre otros, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 535.

¹⁶⁵¹ Respecto de estos actos, y como fundamento para excluirlos de la posibilidad de declarar inembargables las rentas que deriven de ellos, VALSECCHI, EMILIO, “La rendita...”, *cit.*, pág. 239, afirma que en ellos la renta no es el objeto de una liberalidad, sino la contraprestación inadecuada que se atribuye al donante de la renta.

constitución de la renta¹⁶⁵². La razón de tales exclusiones es bien sencilla, en tales supuestos no puede afirmarse la inexistencia de perjuicios para el acreedor del pensionista¹⁶⁵³. Precisamente por este motivo parece indiscutible que, en el supuesto de que se pruebe la existencia de fraude de acreedores, éstos pueden dirigirse contra el acto gratuito constituido en fraude de su derecho y que les perjudica¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁵² CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 63, pone de manifiesto estas exclusiones y afirma, además, que existen dudas sobre si cabe establecer la cláusula cuando la renta se constituya en un testamento en pago de la legítima. El autor afirma que el criterio predominante de la doctrina es el negativo. Nosotros no nos ocuparemos del problema, dado que la finalidad principal del estudio es la renta vitalicia contractual. Si bien, también optamos por la negativa, porque consideramos que tales cláusulas sólo caben en las rentas vitalicias contractuales, en las que el constituyente decide libremente su conformación, y no en las legales.

¹⁶⁵³ Comparte esta opinión GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 539. También LAURENT, FRANCESCO, *Principii di Diritto Civile...*, *cit.*, pág. 272, n° 299, quien se detiene en el concreto supuesto del donante que se reserva una renta vitalicia a cargo del donatario. Respecto a ese supuesto, entiende que no cabe la inembargabilidad porque el donante, en realidad, es un deudor que disminuye su patrimonio en fraude de sus acreedores. Recuerda, además, que en relación con los acreedores la renta se constituye a título oneroso, afectando a su propia garantía: el patrimonio del donante. MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 223, afirma que no puede pactarse la inembargabilidad de la renta si se constituye en beneficio del concedente; Para BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág. 155, n° 316, si la renta se estipula como condición no puede hablarse de una liberalidad hecha a su favor. DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.105, también niega que quepa adherir una cláusula de inembargabilidad a los supuestos de renta vitalicia gratuita constituida a favor del donante, como modo de la donación, porque el donante se liberaría de sus propias deudas. Del mismo modo niega la posibilidad de adherir tal cláusula cuando la donación disimule un contrato de renta vitalicia oneroso, y cuando la renta sea temporal, pero no vitalicia, porque no estaríamos hablando de verdadero contrato de renta vitalicia. TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, págs. 153 y 154, en el mismo sentido visto, niega la posibilidad de decretar inembargable la renta vitalicia constituida por el donante en su propio beneficio, puesto que se liberaría de responsabilidad por sus propias deudas, lo que es inaceptable. El autor precisa que, lógicamente, si la donación fuese simulada y escondiese un contrato a título oneroso las reglas generales en materia de simulación impedirían la aplicación del precepto al citado contrato. También señala la aplicabilidad de la norma a los contratos a favor de tercero.

¹⁶⁵⁴ Comparte esta opinión CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 64. También, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 537. Para el autor, dado que hemos limitado la virtualidad del precepto a las rentas vitalicias gratuitas sin contraprestación, el negocio implica una liberalidad, por lo que resultan de aplicación las disposiciones relativas a la ineficacia de los actos de disposición a título gratuito y en perjuicio de los acreedores. Compartimos la opinión, no obstante la confusión que parece existir entre gratuidad y liberalidad. Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 120, los acreedores del rentista pueden impugnar el acto que se haya celebrado simuladamente o en perjuicio de sus derechos, pero no pueden hacerlo en el supuesto de que el rentista reciba la renta sin contraprestación alguna, porque su posición no se altera lo más mínimo ni sufren daño alguno.

Tampoco plantea ninguna duda que el establecimiento de la cláusula debe hacerse a través de una declaración expresa, sin que quepa la posibilidad de presumirla¹⁶⁵⁵. No obstante, no necesita forma especial alguna, aunque resulta imprescindible que su constitución tenga lugar en el mismo momento de la formalización del contrato¹⁶⁵⁶. El precepto no establece formalidad alguna, por lo que no es exigible, si bien, sí que parece conveniente que tenga lugar en escritura pública, dado que la excepcionalidad de la inembargabilidad requiere la prueba del establecimiento de la cláusula y del momento de su constitución, por lo que un documento público facilita la acreditación de tales extremos al pensionista¹⁶⁵⁷.

La inembargabilidad afecta solo al derecho de crédito, no a los bienes o dinero que pasan a formar parte del patrimonio del pensionista, puesto que en ese momento se integran en el mismo¹⁶⁵⁸. En este sentido, GUILARTE ZAPATERO afirma que el pensionista no puede librar del embargo las rentas ya percibidas, porque normalmente son en dinero y resulta complicado acreditar su procedencia, única forma de excluirlas de la traba¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁵ En este sentido, el AAP de Madrid Sección 12ª, Auto de 18 Nov. 1997, rec. 617/1995 mantiene que “...tal previsión normativa de hipotecas de responsabilidad limitada, junto con otras disposiciones del Código Civil, como los arts. 1807 y 1920, llevan a la conclusión de ser posibles las convenciones modificativas del art. 1911, excluyendo concretos bienes o afectando algunos determinados. Es preciso significar que toda limitación facultativa de la responsabilidad patrimonial ha de establecerse con rotundidad, claridad y precisión (véase STS de 21 de mayo de 1963), al implicar una "renuncia" del derecho del acreedor a dirigirse contra todos los bienes del deudor, salvo las excepciones legalmente previstas (arts. 1449 y 1451 Ley Enjuiciamiento Civil), por lo que debe ser terminante tal voluntad, sin que pueda presumirse, ni colegirse de expresiones de dudosa significación, según ha reiterado nuestro Tribunal Supremo al respecto del art. 6.2, antes 4.º, del Código Civil, (Sentencias, entre otras muchas, de 30 de enero de 1963, 8 de junio de 1972, 23 de enero de 1974 y 22 de octubre de 1981)”. Si bien, para POTHIER, ROBERT JOSEPH, “Traité du contrat...”, *cit.*, pág. 140, n° 252, la cláusula se sobreentiende cuando, por las distintas circunstancias de la renta, se deduce que ha sido donada para procurar alimentos. En este sentido, QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, *La situación jurídica...*, *cit.*, pág. 153, afirma que deben añadirse, también, todos aquellos supuestos en los que se deduzca que la renta fue constituida *intuitu personae*. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE, en *Tratado práctico...*, *cit.*, pág. 521, afirman que, por razones de humanidad, la ley declara inembargables todas las rentas vitalicias constituidas a título de alimentos (art 581-4 Pr. Civ.).

¹⁶⁵⁶ Hace mención a estos requisitos de la cláusula, también, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 63.

¹⁶⁵⁷ Señala tal conveniencia, en el mismo sentido mencionado en el texto, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 540.

¹⁶⁵⁸ En el mismo sentido se pronuncia CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 63. Mantiene la posición contraria BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 131. Para el autor la inembargabilidad afecta a las rentas ya vencidas y a las futuras que estén por vencer, porque tal principio deviene conforme con aquel que impone al deudor el deber cumplir con sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. De esta forma considera inembargable tanto el derecho a la renta como las pensiones mismas.

¹⁶⁵⁹ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, págs. 540 y 541. Para el autor la inembargabilidad afecta exclusivamente al crédito de la renta, pero no a las rentas

Desde otro punto de vista, debe decirse que aunque el artículo 1.807 CC hace referencia a la constitución de la renta sobre los bienes del constituyente, en realidad, no debe atribuírsele el significado estricto que parece derivarse del precepto. Como ya se defendió para la renta vitalicia en general, la aseveración de que la renta se constituye sobre determinados bienes no supone que ésta los grave como si fuese una carga real¹⁶⁶⁰. Así, aunque la afirmación puede llevar a pensar en un gravamen real, y en que sólo cabe la declaración de inembargabilidad de la renta cuando se constituye sobre los propios bienes del constituyente, lo cierto es que no implica nada de eso¹⁶⁶¹.

El problema del artículo 1.807 CC es el mismo que presenta el artículo 1.802 CC: la confusión entre dos figuras reguladas separadamente en el *Code*, una en sede de préstamos, que tiene carácter unilateral y suele garantizarse con hipoteca, que podría identificarse con el *violario* o el censo vitalicio; y la de carácter bilateral y aleatorio de la que deriva el contrato de renta vitalicia¹⁶⁶².

Para GUILARTE ZAPATERO el fundamento de la inembargabilidad radica en la propia gratuidad, por lo que se habría ganado en precisión si se hubiese señalado que el constituyente de una renta vitalicia gratuita puede declararla inembargable en el momento de su constitución, sin más precisiones, evitando las dudas reseñadas¹⁶⁶³.

que van ingresando en el patrimonio del pensionista, pues a partir de ese momento “*parece imposible mantener y acreditar la identidad autónoma de aquellas*”. Por otra parte, sigue argumentando, la disponibilidad de dinero de procedencia desconocida por parte del pensionista puede generar una apariencia de liquidez ante sus acreedores. Ello le permitiría contraer obligaciones, siendo contrario a la buena fe que posteriormente pudiese invocar la inembargabilidad para no asumirlas.

¹⁶⁶⁰ En este sentido, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 239, afirma que “...no es preciso gravar determinadamente bienes de ninguna clase y que aquella expresión de la Ley no pasa de ser una nota genérica, más o menos precisa, que da por supuesta la doctrina;...”. Comparte este opinión, entre otros muchos autores, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 63.

¹⁶⁶¹ Considera que la utilización de la palabra “sobre”, del artículo 1.807 CC, “*tiene alcances de derecho real*”: SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 238. De hecho el autor afirma, en la pág. 239, que no debe olvidarse que “... al menos a nuestro juicio, si se constituye sobre bienes determinados, quedan éstos gravados por el tiempo de la pensión.”

¹⁶⁶² En este sentido, también, BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 247. Para el autor lo más criticable del artículo es que afirme que la renta vitalicia gratuita debe constituirse sobre determinados bienes pertenecientes a un concreto patrimonio. En su opinión, la lógica dicta que tal afirmación no es cierta. De hecho, en la pág. 248, mantiene que el precepto es una disposición tuerta y tarada que parece no reconocer que la renta vitalicia a título lucrativo puede constituirse sin necesidad de que se transmita ningún bien, pues es la totalidad del patrimonio del constituyente el que responde de la obligación. Precisamente por ese motivo, porque no necesita transmisión de bien alguno, determinados sectores doctrinales hablan de renta sin desplazamiento.

¹⁶⁶³ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 537.

Respecto al dilema de si cabe la transmisibilidad del crédito una vez declarado inembargable, la incredibilidad sólo se acepta de manera pacífica cuando se establece de manera específica la prohibición¹⁶⁶⁴.

Sobre todo entre la doctrina italiana, se defiende que las rentas vitalicias acompañadas de una cláusula de inembargabilidad no pueden ser transmitidas, porque si se permite su cesión se elude la finalidad perseguida por la cláusula privándola de contenido, sin embargo, aceptan el pacto en contrario¹⁶⁶⁵. No obstante, entre nuestra doctrina muchos autores consideran que la cláusula permitida por el artículo 1.807 CC busca sustraer la renta de la acción de los acreedores con carácter excepcional, sin que ello implique convertirla en un bien objetivamente indisponible¹⁶⁶⁶. Parece evidente que la finalidad del constituyente de la renta es impedir que los acreedores puedan quedarse con la renta vitalicia contra la voluntad del propio beneficiario, sin perjuicio de que el rentista pueda decidir hacer frente a sus deudas con la citada renta.

En este mismo sentido RODRÍGUEZ RAMOS recuerda, que aunque todos los bienes inalienables son inembargables, porque la traba sólo tiene sentido cuando el bien o derecho se adjudica o se traduce a metálico, no

¹⁶⁶⁴ Comparte esta opinión, CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 64.

¹⁶⁶⁵ Así, estando vigente el Codice de 1.865, DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, págs. 1.104 y 1.105, afirma que la inembargabilidad de la renta incluye la prohibición de cederla, porque sino se elude fácilmente tal inembargabilidad. Para el autor la inalienabilidad de la renta va implícita en la inembargabilidad, siendo más sencillo vincular el propio consenso que imponer obstáculos a los derechos de terceros. Sin embargo, considera que la cláusula de inembargabilidad no conlleva necesariamente la prohibición de cesión, pudiendo imponerse una prohibición sin la otra. TORRENTE, ANDREA, “Rendita...”, *cit.*, pág. 155, mantiene que suele enseñarse que la cláusula de inembargabilidad implica la imposibilidad de ceder el crédito, porque si se permite su cesión se elude y se vacía de contenido la inembargabilidad, atribuyendo al cesionario un derecho mutilado que carece de la facultad esencial de actuar ejecutivamente sobre el bien del que forma objeto. Sin embargo, el autor afirma que la imposibilidad de ceder la renta inembargable no puede derivar exclusivamente de la inembargabilidad. En su opinión la inembargabilidad deviene de la voluntad del constituyente, por lo que no puede dar lugar a la indisponibilidad objetiva del bien.

¹⁶⁶⁶ En este sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 541. De hecho, afirma que tal indisponibilidad es la que puede contrariar la finalidad buscada por el precepto. El autor mantiene que la derogación del principio general de la libre disponibilidad de un bien o derecho exige, además de la existencia de un interés legítimo que derogue la vigencia del citado principio general, una manifestación expresa de quien esté legitimado para imponerla. Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 138 la inembargabilidad no conlleva la incredibilidad porque ambas cláusulas, aunque análogas, son diferentes. En su opinión es necesario interpretar la voluntad de las partes.

todos los bienes inembargables son inalienables, como ocurre con la renta vitalicia gratuita (liberal dice el autor)¹⁶⁶⁷.

Para CORBAL FERNANDEZ no cabe duda de que el pensionista puede disponer de las pensiones que vaya recibiendo periódicamente, y de que la renta es perfectamente compensable con las deudas que tenga con el constituyente, salvo lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.200 CC¹⁶⁶⁸. Ello no obsta, como antes se adelantaba, a que el constituyente de la renta pueda establecer la prohibición de la disposición. Las razones aludidas para fundamentar tal posibilidad son: el artículo 1.112 CC, que permite el pacto en contra de la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, con arreglo a lo establecido en las leyes¹⁶⁶⁹. Y, entre la doctrina francesa e italiana, el hecho de que si es posible privar de la renta, para hacer efectivos sus créditos, a terceros acreedores del rentista, con mayor razón puede privarse al propio rentista del derecho a transmitirla, máxime cuando la cesión requiere el consentimiento del constituyente¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL, *La renta vitalicia...*, *cit.*, pág. 218. El autor considera que todas las rentas son embargables, incluso aquellas del artículo 1.807 CC, puesto que, en su opinión, el precepto sólo contiene un beneficio de orden y competencia procesal. Por ello afirma que todas las rentas son naturalmente enajenables, salvo que las partes dispongan lo contrario en una prohibición modal expresa e inequívoca.

¹⁶⁶⁸ CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS, *Comentario...*, *cit.*, pág. 64. En este mismo sentido se pronuncia GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág. 543. Comparten esta opinión, también, SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS, *Código...*, *cit.*, pág. 240, en relación con la posibilidad de que las pensiones a pagar sean compensables con las deudas que el constituyente tenga con el pensionista y BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág 156, n° 319, en relación con el hecho de que el pensionista puede disponer con absoluta libertad de las rentas que vaya percibiendo. En este último sentido también se pronuncia DE VILLA, CRISTOFORO, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo...*, *cit.*, pág. 1.105, afirmando que el deudor puede disponer libremente de las rentas ya percibidas, sin que rija la prohibición de disponer de ellas. Para BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 129, el deudor obligado a pagar la renta gratuita no puede oponer la compensación de lo que le sea debido, ya que de otro modo la inembargabilidad devendría ilusoria y se situaría al deudor de la renta en una posición privilegiada frente al resto de los acreedores del rentista. Respecto a la disponibilidad, en las págs. 137 y 138, afirma que el acreedor de la renta puede perfectamente disponer de las anualidades vencidas, porque lo que el constituyente quiere es evitar que se prive el acreedor de los medios de subsistencia que le ha proporcionado, resultándole imposible satisfacer sus propias necesidades. Sin embargo, resulta indispensable que pueda disponer de las anualidades vencidas, porque deben ser cambiadas por otros bienes para poder hacer frente a sus necesidades.

¹⁶⁶⁹ Tal y como mantiene GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, “Comentario...”, *cit.*, pág.542.

¹⁶⁷⁰ Expone esta razón BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT, “Des contrats aléatoires...”, *cit.*, pág 156, n° 318, para quien, si el donante o el testador pueden pactar la inembargabilidad de la renta, excluyéndola de la garantía de los acreedores, con mayor razón pueden pactar la prohibición de cederla, dado que la cesión requiere de su consentimiento. También MIRABELLI, GIUSEPPE, “Delle rendite...”, *cit.*, pág. 222, quien afirma que si el constituyente de la renta puede decretar su inembargabilidad, no hay razón

para que tenga que declararse nula la cláusula en la que impida cederla, cuando ningún daño causa con ella y pone freno a la dilapidación. BUTERA, ANTONIO, *Del contratto...*, *cit.*, pág. 132, mantiene que si el constituyente puede decretar la inembargabilidad perfectamente puede prohibir la cesión, puesto que para ello se requiere su consentimiento. Además, señala que es natural que pueda vincular de manera más sencilla su propio consentimiento que los derechos y acciones de tercero. Por otra parte, el autor considera que de no ser así la inembargabilidad no cumpliría la finalidad buscada.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.-

A pesar de las discusiones existentes al respecto, la renta vitalicia no era desconocida para el Derecho Romano. En Roma existían relaciones jurídicas generadoras de rentas vitalicias, como lo confirman las fuentes, aunque es evidente que los romanos la utilizaron poco como contrato. La mayor expansión y desarrollo de la figura que nos ocupa tuvo lugar en la Edad Media, pues se crean rentas vitalicias a través de relaciones jurídicas propias de la época que se irán modificando y desglosando de las rentas perpetuas, hasta llegar a un tipo de contrato muy semejante al que conocemos en la actualidad. El derecho y la economía medievales ofrecen un terreno muy favorable para la evolución y el desarrollo del contrato de renta vitalicia, en la Alta Edad Media para desempeñar una función alimenticia y en la Baja Edad Media como sistema crediticio, dada la prohibición del préstamo con interés. Esta última etapa es la más importante, dado que se pone de manifiesto el carácter aleatorio de la institución, que adopta muchos de los caracteres que mantiene en la actualidad. En el S. XVI se concluye un primer intento por tipificar la figura, que culmina con POTHIER, quien la considera un contrato de compraventa y la enumera entre los contratos aleatorios. La influencia del enfoque dado por el autor sobre el *Code* es indudable, y el citado cuerpo legal termina por recoger la figura, fuente de la que bebe el Código Civil español.

SEGUNDA.-

El contrato de renta vitalicia se configura como un contrato autónomo e independiente de los contratos de compraventa y de mutuo. Aunque la figura que nos ocupa estuvo fuertemente vinculada a estas otras relaciones contractuales en su evolución, en la actualidad no pueden identificarse. Respecto del mutuo, pocas coincidencias pueden predicarse hoy en día y, en cualquier caso, existe una diferencia fundamental: en el contrato de renta vitalicia no existe obligación de devolver el capital. Además, la causa de ambos contratos es, por naturaleza, diferente. En relación con el contrato de compraventa, su principal divergencia radica en el *alea* característica de la renta vitalicia, que afecta a la totalidad de la relación. Ello no obsta para que determinadas normas del régimen jurídico de la compraventa puedan ser aplicables a nuestro contrato, dada su analogía estructural y la configuración de la compraventa como prototipo de contrato sinalagmático.

TERCERA.-

Tampoco puede identificarse el contrato de renta vitalicia con el recientemente tipificado contrato de alimentos, o con las nuevas formas del contrato de seguro sobre la vida. La prestación de alimentos del contrato tipificado en los artículos 1.790 y siguientes del Código Civil mantiene importantes diferencias con la renta del contrato que nos ocupa. La prestación de alimentos del antiguo “vitalicio” tiene carácter variable, asistencial y personalísimo, puede estar configurada por una obligación mixta de dar y hacer, y se define como una prestación de valor que imprime una doble aleatoriedad al contrato: la derivada de su incierta duración y del carácter variable de la pensión.

Tampoco cabe identificar el contrato de renta vitalicia con el seguro sobre la vida. Aunque en la actualidad ambas figuras presentan grandes analogías, sobre todo en determinados tipos de contrato de seguro sobre la vida, la diferente naturaleza y normativa del contrato de seguro, derivadas del carácter industrializado y eminentemente mercantil de la actividad aseguradora, impiden su asimilación.

CUARTA.-

Nada tiene que ver la denominada “hipoteca inversa” con el contrato de renta vitalicia. En la hipoteca inversa el constituyente recibe un préstamo del que es garantía su propia vivienda, sin tener que renunciar a su uso o titularidad. De nuevo, nos encontramos con la fundamental diferencia de que en el préstamo garantizado con hipoteca inversa se transmite una cantidad de dinero que debe devolverse, siendo la garantía de tal devolución un bien inmueble. Ninguna analogía existe, por tanto, con el contrato de renta vitalicia. Sin embargo, la finalidad asistencial que los poderes públicos han intentado incentivar, mediante el fomento de la fiscalidad del producto y la subvención de los gastos de constitución de la hipoteca inversa, sí podrían haberse conseguido, mucho más satisfactoriamente, incentivando y modernizando el contrato de renta vitalicia. Tal afirmación es mucho más evidente en la actualidad, dado el contexto de desaceleración del mercado inmobiliario y la bajada de los precios de los inmuebles.

QUINTA.-

El *alea* del contrato de renta vitalicia es su elemento esencial y caracterizador. Además, es lo que nos permite diferenciarlo de otras muchas relaciones contractuales. Este *alea*, característica de todos los contratos aleatorios, tiene unos caracteres propios que nos permiten diferenciarlo del resto de contratos afectados por una cierta indeterminación. Este riesgo, o *alea*, es conocido y aceptado por las partes y es inherente al contrato, por lo que es perfectamente posible que exista *alea* contractual sin que exista

previamente un riesgo extracontractual. Es necesario, además, que venga referida a la prestación fundamental del contrato y al mecanismo contractual en sí, en el sentido de que no puede existir sin ella. El *alea* es el elemento esencial del contrato, y condiciona *ex utroque latere* las prestaciones de los contratantes.

SEXTA.-

En el contrato de renta vitalicia el *alea* radica en la incertidumbre existente sobre la duración del contrato y, concretamente, de la obligación de pagar la renta. Este *alea* afecta a la entidad de la prestación del deudor y, por tanto, al resultado final del contrato. La esencialidad de ese *alea* viene confirmada por el propio artículo 1.802 CC, que la convierte en un elemento esencial del tipo sin la cual no existe contrato de renta vitalicia. Este *alea* sólo exige recíprocas posibilidades de pérdidas o ganancias para ambas partes contratantes en el contrato de renta vitalicia oneroso. En el gratuito exige el acuerdo de las partes para someter la prestación o prestaciones principales del contrato a un evento incierto que las determine, y afecta a la entidad de las recíprocas pérdidas o ganancias de los contratantes.

SÉPTIMA.-

Existe *alea* típica del contrato de renta vitalicia cuando la renta es inferior a los productos del bien cedido. Aunque son muchos los autores que se han pronunciado en contra de tal posibilidad, esta opinión viene condicionada por la tradicional consideración onerosa de los contratos aleatorios, por la confusión existente entre gratuidad y falta de aleatoriedad. Si la renta es inferior a los productos del bien cedido el contrato no carece de *alea*, es gratuito. Aleatoriedad y gratuidad son conceptos diferentes. La ausencia de *alea* supone la previsibilidad, a la conclusión del contrato, de la cuantía del sacrificio patrimonial de los contratantes. Si en aquel momento se desconoce la relación de valor entre ambas prestaciones, el contrato es aleatorio, siendo conmutativo en caso contrario. Es perfectamente posible que convivan aleatoriedad y gratuidad, cuando no se conoce la cuantía del sacrificio patrimonial de una de las partes y, por ello, se desconoce la relación de valor entre ambas prestaciones, pero resulta claro, desde el principio, que una será superior a la otra. En estos casos es necesario determinar si existe verdadero contrato aleatorio de renta vitalicia, donación no aleatoria (disimulada o no) o *negotium mixtum cum donatione*.

OCTAVA.-

En virtud de lo establecido en el artículo 1.804 CC, el contrato de renta vitalicia es nulo cuando se constituye sobre la vida de una persona muerta, o enferma, si fallece en los veinte días siguientes a la formalización del contrato. La verificación de los presupuestos de la segunda parte del

precepto no siempre implica carencia de *alea*, y viceversa, puede no existir *alea* sin que se den los presupuestos del precepto, por lo que parece preferible interpretarlos en sentido amplio y dejar al arbitrio judicial la verificación de las circunstancias de la relación jurídica. Así, será el Juzgador quien, según las circunstancias, decida si (a) el contrato carece de *alea* y es nulo, (b) han existido errores en las circunstancias de la misma y es anulable, o (c) no existen motivos para privarle de efectos.

NOVENA.-

El contrato de renta vitalicia es consensual, no real, y puede ser unilateral, dado que es viable conformarlo a título gratuito. A pesar de la deficiente dicción del artículo 1.802 CC, en la actualidad la doctrina es prácticamente unánime al afirmar el carácter consensual de la figura que nos ocupa. Las razones son incontestables: 1.- La acogida de la regla general de la consensualidad, proclamada en el Ordenamiento de Alcalá y recogida por el artículo 1.258 CC. 2.- La tendencia actual a superar la distinción entre contratos consensuales y reales. 3.- Las distintas expresiones utilizadas en los contratos reales nominados y en el artículo 1.802 CC, reveladoras de que la entrega no tiene la función de sustituir al consentimiento, sino que es un simple presupuesto y título justificativo de la obligación de devolver. 4.- La analogía del contrato de renta vitalicia con la compraventa, no con el mutuo.

DÉCIMA.-

El capital del contrato de renta vitalicia puede estar constituido por bienes inmuebles o muebles, incluido el dinero. De hecho, consideramos perfectamente posible que esté constituido parte en dinero y parte en especie, dada la amplia libertad que concede el artículo 1.802 CC, que ninguna restricción establece al respecto. Por otra parte, no es necesaria la transmisión del dominio del capital, y resulta perfectamente posible transmitir la nuda propiedad o, incluso, el usufructo. Aunque el artículo 1.802 CC parece exigir la transmisión de la propiedad del capital, es bien conocida la imprecisión de nuestro legislador. Además, aunque considerásemos que es necesaria la transmisión del dominio, es fundamental distinguir entre la transmisión del dominio del derecho real limitado y la transmisión del dominio del bien inmueble sobre el que recae.

UNDÉCIMA.-

El objeto de la pensión suele ser dinero, si bien, nada impide que consista en especie o parte en especie y parte en dinero. En este último caso se configura como una prestación mixta o una prestación alternativa. Dado el carácter continuado y periódico de la obligación de pago de la renta, y la vigencia del sistema nominalista en nuestro país, resulta recomendable pactar cláusulas de estabilización de la renta. Por otra parte, el carácter aleatorio del

contrato en absoluto obsta la posibilidad de aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para ello.

DUODÉCIMA.-

El contrato de renta vitalicia se extingue por el fallecimiento de la vida contemplada, pero no por el fallecimiento del acreedor o del deudor, salvo que sea su vida la tomada como módulo. Si fallece el acreedor pero permanece la vida contemplada la relación continúa, siendo beneficiarios los herederos del acreedor, que se subrogan en su posición jurídica. En este caso, la obligación de pago de la renta se mantiene hasta la muerte de la vida módulo, salvo que se haya pactado lo contrario. Lo mismo ocurre si es el deudor el que fallece antes que la vida contemplada, pues sus herederos continúan obligados al pago de la renta hasta la extinción del contrato.

DECIMOTERCERA.-

El derecho a la renta derivado del contrato de renta vitalicia tiene carácter vitalicio y personal. Es vitalicio porque su duración se extiende durante todo el tiempo que exista la vida módulo, sin que pueda hablarse de condicionalidad. Es personal porque, a pesar de la dicción del artículo 1.802 CC, el artículo 1.805 CC afirma que la falta de pago de las pensiones sólo otorga a su titular el derecho a reclamar judicialmente las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras. Si el derecho fuese real carecería de sentido la facultad de asegurar la renta cuando se produce el incumplimiento del deudor, dada la garantía real. Además, el artículo 336 CC asimila la renta vitalicia a los bienes muebles, por lo que, tratándose de un derecho, debe ser personal. Por otra parte, el artículo 1.802 CC no distingue entre el contrato de renta constituido a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, y resulta imposible afirmar el carácter real de un derecho que recaer sobre un capital en bienes muebles, especialmente si es dinero.

DECIMOCUARTA.-

La dicción literal del artículo 1.805 CC legitima al acreedor, cuando el deudor no cumple con su obligación, a reclamar el pago de las pensiones vencidas y el aseguramiento de las futuras, aunque no permite la resolución del contrato. Efectuada la reclamación de las rentas vencidas, el pago no libera al deudor del aseguramiento de las rentas futuras, pues su fundamento radica en el impago de las rentas en el momento de su vencimiento. Además, defendemos la posibilidad de resolver el contrato cuando el deudor incumple y no presta las garantías solicitadas, incluso aunque termine pagando las pensiones vencidas reclamadas. Mayores dudas plantea la posibilidad de resolver el contrato si no se prestan las garantías pactadas pero no hay incumplimiento.

DECIMOQUINTA.-

En la actualidad no cabe duda de que es perfectamente posible incluir un pacto resolutorio expreso para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de la renta. Cuando se estipula tal posibilidad, el incumplimiento otorga al acreedor la facultad de solicitar la resolución, con los efectos que se hayan acordado. Resulta fundamental pactar los efectos derivados de la resolución, pues existen multitud de controversias en relación con los mismos. No obstante, consideramos que si no existe pacto al respecto, la solución más apropiada es la aplicación del artículo 1.120 CC, de manera que el acreedor recobra el capital, pero sus frutos e intereses se compensan con las rentas percibidas.

DECIMOSEXTA.-

La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas es la vía más adecuada para garantizar la renta cuando la resolución del contrato resulte muy incomoda al acreedor. De nuevo, lo más acertado es pactar con todo detalle sus distintas circunstancias, especialmente: las consecuencias de la transmisión de la finca hipotecada, la extensión de la garantía hipotecaria, su posible redención, el tiempo de la cancelación automática..., dada la controvertida redacción legal del artículo 157 de la Ley hipotecaria.

DECIMOSEPTIMA.-

En virtud de lo establecido en el artículo 1.807 CC, es perfectamente posible establecer una cláusula de inembargabilidad en las rentas constituidas a título gratuito. Para ello, es requisito imprescindible que estemos ante una renta vitalicia sin contraprestación alguna. Por tanto, quedan excluidas las rentas vitalicias onerosas, pero también todas aquellas que no sean gratuitas puras: donaciones modales u onerosas, contratos mixtos con donación, relaciones jurídicas en las que el beneficiario esté sujeto a algún tipo de carga..., pues se derivarían perjuicios para el acreedor del pensionista. El establecimiento de la cláusula debe hacerse mediante declaración expresa, y parece claro que la inembargabilidad sólo afecta al derecho de crédito, pero no a los bienes y dinero que se integran en el patrimonio del pensionista.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL**, “Resolubilidad del contrato de renta vitalicia si el obligado al pago de la pensión ni siquiera comienza a abonarla” *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho Reunidas), Madrid, 1.981, págs. 1 a 18.
- **ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL**, *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 8ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1.989.
- **ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL**, *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 11ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 2.002.
- **ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL**, *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*, vol. II, 12ª ed., Edisofer S.L., Madrid, 2.004.
- **ALONSO PÉREZ, MARIANO**, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1.972.
- **ALONSO PÉREZ, MARIANO**, “La colación de las donaciones remuneratorias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 461, julio-agosto, 1967, págs. 1.017-1.073.
- **ALONSO PÉREZ, MARIANO**, *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1.967.
- **ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL**, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, dirigidos por MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS y MORENO VIDA, Mª NIEVES, T. II (arts. 128 a 234), Comares, Granada, 1.999, pág. 1.359.
- **ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL**, “Los contratos aleatorios”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1.958, págs. 607 a 642.
- **AMELOTTI, MARIO**, “Rendita perpetua e rendita vitalizia”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, nº 19, 1.953, págs. 203 a 234.
- **AMELOTTI, MARIO**, “Voz: rendita”, en *Enciclopedia del Diritto XXXIX*, Giuffré, Varese, 1.988, págs. 817 a 819.
- **ANDREOLI, MARCELLO**, *Fonti e natura giuridica della rendita vitalizia*, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1.939.
- **ANDREOLI, MARCELLO**, “La rendita vitalizia”, en *Trattato di Diritto civile Italiano*, dirigido por VASALLI, FILIPPO, T. III, vol. 8º, fasc.4º, 2ª ed., UTET, Torino, 1.954.

- **ANGUITA RÍOS ROSA MARÍA**, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2.006.
- **ANGUITA RÍOS ROSA MARÍA**, “La hipoteca inversa y la transformación de los activos inmobiliarios en rentas”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 83, octubre de 2007, versión *on line*, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6111310.370.3.1071328500.25398351>, págs. 1 a 13.
- **ANGUITA RÍOS ROSA MARÍA**, “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *El Consultor inmobiliario*, nº 87, febrero de 2008, versión *on line*, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6093359.370.3.1071328500.25416302>, págs. 1 a 16.
- **ANGUITA RÍOS ROSA MARÍA**, “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, *Diario La Ley*, nº 6875, 4 de febrero de 2008, versión *on line*, <http://diariolaley.laley.es>, págs. 1 a 16.
- **ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO**, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1.978.
- **ARIAS RAMOS, JOSÉ- ARIAS BONET JUAN ANTONIO**, *Derecho Romano*, 4ª reimpresión, Madrid, 1.994.
- **ASCARELLI, TULLIO**, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1.958-1, págs. 434 a 455.
- **ASCARELLI, TULLIO**, “Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, XXVIII, 1.930-II, págs. 462 a 477.
- **ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN**, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/5/1987”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.987, págs. 4.649 a 4.662.
- **AZURZA Y OSCOZ, PEDRO JESÚS**, “Renta vitalicia resoluble (estudio de su posibilidad)”, *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1.949, pág. 1029 a 1061.
- **BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL**, *La renta vitalicia onerosa, estudio jurisprudencial y breve ensayo doctrinal*, Aranzadi, Pamplona, 1.995.
- **BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL**, en “El origen censal del art. 1.802 del Código Civil español”, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. II, Servei de publicació de la Universitat de València, 1.996, págs. 457 a 467.
- **BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL** “El violari i el censal, fonaments del contracte de renda vitalicia”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 1.996, págs.57 a 68.
- **BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL**, *Jurisprudencia civil comentada*, T. II (arts. 1.088 a 1.976), dirigida por PASCUAU LIAÑO, MIGUEL, Comares, Granada, 2.000.

- **BALESTRA, LUIGI**, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, CEDAM, Padova, 2000.
- **BARASSI, LODOVICO**, *La teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed. aumentada, vol. II (Le fonti), A. Giuffrè, Milano, 1.948.
- **BARBERÁN FRANCISCO y DOMINGO, RAFAEL**, *Código Civil Japonés*, edición bilingüe y actualizada a 30 de septiembre de 2006, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2.006.
- **BATALLER GRAU, JUAN** “La indemnización del daño corporal mediante pago de una renta en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” *Revista Española de Seguros*, nº 93, enero-marzo, 1.998, págs. 33 a 50.
- **BAUDRY- LACANTINERIE, GABRIEL, WAHL, ALBERT**, “Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transacción”, *Traité de Droit Civil*, T. XXIV, 3ª ed., Librairie de la société du recueil, Paris, 1.907.
- **BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ**, *La renta vitalicia*, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.963.
- **BÉNABENT, ALAIN**, *Le chance et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.973.
- **BESTA, ENRICO**, *Le obligación nella storia del Diritto italiano*, CEDAM, Padova, 1.936.
- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRÍGO**, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2.001.
- **BISCARO, GEROLAMO**, “Il contratto di vitalizio nelle carte milanesi del secolo XIII”, *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. XLI, fascículos 8-9, Torino, Fratelli Bocca Editore, 1.906.
- **BLANCO GIRALDO, FERNANDO LUÍS**, “Los contratos de seguro de vida a prima única”, en *Revista General de Derecho*, sección de Derecho de seguros, marzo, 1.989, págs. 1.341 a 1.364.
- **BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES**, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, 1º Semestre de 2007, 9 de mayo de 2007, Serie A (Proyectos de Ley), 127-7, versión PDF *on line*, http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_127-07.html, págs. 29 a 100.
- **BONET CORREA, JOSÉ**, “La validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de renta vitalicia”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.961, págs. 514 a 527.
- **BONET CORREA, JOSÉ**, “Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1.976, págs. 1.250 a 1.259.

- **BONET CORREA, JOSÉ**, “La revalorización de las rentas vitalicias”, *Revista de Derecho Notarial*, 1960-I, págs. 235 a 243.
- **BONET RAMÓN FRANCISCO**, *Código Civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1.964.
- **BOSELLI, ALDO**, “Rischio, *alea* ed *alea* normale del contratto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1.948-2, págs. 769 a 795.
- **BOSELLI, ALDO**, “Voz: *alea*”, *Novísimo Digesto Italiano*, dirigido por A. AZARA y E. EULA, Tomo I, 3ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.957. págs. 468 a 476.
- **BROCA I DE MONTAGUT, GUILLEM Mª DE**, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 1.985, (facsimil, Herederos de Juan Gili, Barcelona, 1.918).
- **BUTERA, ANTONIO**, *Del contratto vitalizio*, UTET, Torino, 1.935.
- **BUTTARO, LUCA**, “In tema de giuoco”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1.952, págs. 407 a 425.
- **BUTTARO, LUCA**, “Del giuoco e della scommessa”, in *Commentario del Codice Civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, Libro IV (Delle obbligazioni), arts. 1.933-1.935, 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna-Roma, 1.959.
- **CABELLO DE LA SOTA, PEDRO**, “La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas” (conferencia pronunciada el 7 de febrero de 1.947 en la Academia Matritense del notariado), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo V, 1.950, págs. 83 a 171.
- **CADARSO PALAU, JUAN**, "Contrato y donación en la renta vitalicia a título gratuito. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.987)", *Diario La Ley*, La Ley, 1.988-1, págs. 223 a 238.
- **CALONGE, ALFREDO**, *La compraventa civil de cosa futura (Desde Roma a la doctrina europea actual)*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1.963.
- **CALVO ANTÓN, MANUELA**, “El contrato de alimentos como figura contractual independiente”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1.989-3, págs. 633 a 667.
- **CAPALDO, GIUSEPPINA**, *Contratto aleatorio e alea*, Università degli studi di Roma La Sapienza, publicación del Dipartimento di Diritto Privato e Comunitario a cura di BENEDETTI, GIUSEPPE, Giuffrè editore, Milano, 2004.
- **CAPILLA RONCERO, FRANCISCO**, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1.989.

- **CARAVELLI, CASIMIRO**, “Voz: *alea*”, *Nuovo Digesto Italiano*, dirigido por MARIANO. D’AMELIO con la colaboración de ANTONIO AZARA, Tomo I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1.937, págs. 306 a 321.
- **CARBONELL PUIG, JORDI**, *Los contratos de seguro de vida*, Bosch, Barcelona, 1.994.
- **CARRASCO PERERA, ÁNGEL**, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1.988” en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1.988, nº 477, págs. 979 a 991.
- **CASAREGIS, GIUSEPPE LORENZO MARIA DE, (JOSEPHI LAURENTII MARIAE DE)**, “Discursus Legales de Commercio”, *Opera Omnia cum additionibus*, Tomus primus, vol. I, 2ª ed., ex typographia Balleoniana, Venetiis, 1.740.
- **CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ**, *Derecho civil español común y foral*, T. IV (Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias), 15ª ed. revisada y puesta al día por FERRANDIS VILELLA, J., Reus, Madrid, 1.993.
- **CHILLÓN PEÑALVER, SUSANA**, *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2.000.
- **CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE.**, *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, Tomo V (Derecho de obligaciones), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1.920.
- **CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA**, Gaceta Oficial nº 2.990, 26 de julio de 1.982, consultado en <http://www.leyesvenezolanas.com/cc.htm>. Consultado el el 21 de junio de 2008.
- **COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA**, ed. oficial, T. CXIII, 2º semestre de 1.874, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1.875, pág. 948.
- **COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY**, *Curso elemental de Derecho civil*, T. IV (Contratos usuales), Traducción por *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, con notas sobre Derecho civil español por DE BUEN, DEMÓFILO y LORCA, ORTEGA, Reus, Madrid, 1.925.
- **CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS**, *Comentario del Código Civil*, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, T. 8 (arts. 1.790 a 1.902), Bosch, Barcelona, 2.000.
- **CORBELLA, ARTURO**, *Historia jurídica de las diferentes especies de censos* (Memoria premiada con accesit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Imprenta y Litografía de los Huerfanos, Madrid, 1.892.
- **COSSIO CORRAL, ALFONSO**, *Instituciones de Derecho civil*, T. I (parte general, Derecho de obligaciones), Alianza Universidad, Madrid, 1.977.
- **COSSIO CORRAL, ALFONSO**, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1.956.

- **DALMARTELLO, ARTURO**, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, CEDAM, 1.958.
- **DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA**, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo blanch, Valencia, 2.003.
- **DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO**, “La experiencia española en materia de valoración del daño corporal”, *Rivista di Diritto Civile*, 1.990/3.
- **DE BUEN, DEMÓFILO**, “Voz: renta vitalicia”, *Enciclopedia Jurídica Española*, T. XXVII, Francisco Seix editor, Barcelona, publicación autorizada por R.O de 4 de junio de 1.910, págs. 217 a 221.
- **DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO**, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.971 (reimpresión de la edición de 1.967).
- **DE LA RICA ARENAL, RAMÓN**, “La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. IV, 1.948, págs. 287 a 327.
- **DE LUCA, JUAN BAUTISTA (JOANNIS BAPTISTAE)**, *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV, Neapoli, 1.758.
- **DE RUGGIERO, ROBERTO**, *Instituzioni di Diritto civile*, vol. II (Diritti di obbligazione, Diritti di famiglia, Diritto ereditario), 3ª ed. riveduta e ampliata, Lorenzo Albano, Napoli, 1.923.
- **DE SOTO, DOMINGO**, *De Iustitia et Iure (De la Justicia y el Derecho)*, traducido por el Centro de Estudios Constitucionales, Grafoffset, Madrid, 1.968.
- **DE VILLA, CRISTOFORO**, “Voz: vitalizio”, en *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Torino, 1.940, págs. 1.092 a 1.127.
- **DEL CAÑO ESCUDERO, FERNANDO**, *Derecho español de seguros*, T.II (parte especial), 3ª ed. , Imprenta Saez, Madrid, 1.983.
- **DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO**, “La renta vitalicia y su intimidad con la hipoteca de renta”, *Revista de Derecho Privado*, 1.952, págs. 797 a 812.
- **DEL MORAL Y LUNA, ALFONSO**, “El contrato de renta vitalicia como modalidad del de compraventa”, *Estudios Jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona*, 1.959, págs. 207 a 234.
- **DELGADO CORDERO, ANA Mª**, “Contrato de vitalicio: régimen jurídico. Similitud con otras instituciones. Comentario a la STS de 9 julio 2.002”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 10, 2.003, págs. 143 a 148.
- **DEMOLOMBE, CHARLES**, *Cours de Code Civil*, T.V, J. Stienon imprimeur-editeur, Bruxelles, 1.854.
- **DEPREZ, JEAN**, “La lésion dans les contrats aléatoires”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1.955, págs. 1 a 38.

- **DEVOTO, LUIGI**, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, CEDAM, Padova, 1.943.
- **DI GIANDOMENICO, GIOVANNI**, *Il contratto e l'alea*, Studium Urbis, Padova-Cedam, 1.987.
- **DÍAZ BRAVO, ARTURO**, *Contratos mercantiles*, Textos Jurídicos Universitarios, Harper & Row Latinoamérica, México, 1.983.
- **DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS**, *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS**, en "El juego y la apuesta en el Derecho civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1.967, págs. 719 a 733.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS**, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I (Introducción a la teoría del contrato), 5ª ed., Civitas, Madrid, 1.996.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS**, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II (Las relaciones obligatorias), 5ª ed., Civitas, Madrid, 1.996.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual), 7ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid 1.995.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II (El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual), 9ª ed. revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 2001.(3ª reimpresión, 2.003).
- **DORAL, JOSÉ ANTONIO**, "Pactos en materia de alimentos", *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1.971, págs. 313 a 427.
- **D'ORS, ÁLVARO**, *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1.981.
- **DUMOULIN, CHARLES (MOLINAEUS)**, *Tractatus comerciorum et usurarum*, recopilación de CABALLINUS, GASPAS, en *Fonti per la storia del Diritto commerciale e del Diritto marittimo*, a cura de CHIAUDANO, MARIO, Bottega d'Erasmus, Torino, 1.972, (riestampa anastatica, Venetiis, 1.576).
- **DURÁN Y BAS, MANUEL**, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho foral de Cataluña*, Imprenta de la casa de la caridad, Barcelona, 1.883.
- **DURANTON, ALEXANDRE**, *Corso di Diritto civile (secondo il Codice Francese)*, vol. X, 4ª ed. Napoletana, Tipografia delle belle arti, Napoli, 1.855.
- **ECHEVARRÍA DE RADA TERESA**, "Sobre el contenido del contrato oneroso de renta vitalicia", *Libro homenaje al profesor MANUEL*

ALBALADEJO GARCÍA, vol I, 1ª ed., coord.. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, 2.004, págs. 1.411 a 1.430.

- **ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN**, *Tratado de Derecho civil*, Edición española, T. II (Derecho de obligaciones), vol. II (Doctrina especial), 11ª revisión por LEHMAN, HEINRICH, 2ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU, JOSÉ, traducción de la 35ª ed. alemana con anotaciones por PÉREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1.950.

- **ENNECCERUS LUDWIG, KIPP, THEODOR, WOLFF, MARTIN**, *Tratado de Derecho civil*, Edición española, T. II (Derecho de obligaciones), vol. II (Doctrina especial), 2ª parte, 15ª revisión por LEHMAN, HEINRICH, 3ª ed., traducción con anotaciones por PÉREZ GONZALEZ, BLAS y ALGUER, JOSÉ, CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, ROCA SASTRE, RAMÓN Mª, PUIG BRUTAU, JOSÉ, FERRANDIS VILELLA, JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1.966.

- **ESCRICHE, JOAQUÍN**, “Renta vitalicia o viajera”, *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, T. IV, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por D. JOSÉ VICENTE CARAVANTES y D. LEÓN GALINDO Y DE VEGA, Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid, 1.876, págs. 914 y 915.

- **FERNÁNDEZ ELÍAS, CLEMENTE**, *Novísimo tratado histórico filosófico de Derecho civil español*, T. II, 2ª ed. aumentada, Leocadio Lopez, Madrid, 1.880.

- **FERRARA, FRANCISCO**, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducido de la 5ª ed. por ATARD, RAFAEL y DE LA PUENTE, JUAN A., Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1.926.

- **FUENTESECA DEGENEFFE, MARGARITA**, “*Negotium mixtum cum donatione* y negocio indirecto moderno”, *Revista de Derecho Privado*, octubre, 1.997, págs. 675 a 695.

- **FUNAIOLI, CARLO ALBERTO**, “*Canoni, censi e livelli*”, *Enciclopedia del diritto*, V, Giuffrè, Varese, 1.988, págs. 1.082 a 1.085.

- **FUNAIOLI, CARLO ALBERTO**, “*Il giuoco e la scommessa*”, in *Trattato di Diritto civile italiano*, sotto la direzioni di F. VASALLI, Tomo II, vol. IX, 2ª ed. revisada y completada, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Torino, 1.956.

- **GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA**, *Contratación mercantil*, vol. III (transporte, seguro y otros contratos), Tirant lo blanch tratados, Valencia, 2.003.

- **GAMBINO, AGOSTINO**, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, A. Giuffrè, Milano, 1964.

- **GARCÍA GOYENA, FLORENCIO**, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, T. III- IV, Base, Barcelona, 1.973 (reproducción de la edición: Imprenta de la sociedad tipográfica editorial, Madrid, 1.852).

- **GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, y AGUIRRE, JOAQUIN** en *Febrero reformado o librería de jueces, abogados y escribanos*, T. II, 4ª ed., corregida y aumentada por D. JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES, Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1.852.
- **GARCÍA I SANZ, ARCADÍ**, *Instituciones de Dret civil valencià*, 2ª ed., Colección Autonomia y Dret, biblioteca de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1.996.
- **GARCÍA I SANZ, ARCADÍ**, “El violari” *Homenatge al Doctor SEBASTIÀ GARCÍA MARTINEZ*, vol. I, Conselleria de cultura educació y ciencia de la Generalitat valenciana, Universitat de Valencia, Valencia, 1.988, págs. 179 a 187.
- **GARCÍA, FRANCISCO**. *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos*, (transcripción de la edición del año 1.583), Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2.003.
- **GASTALDI, JOSÉ MARÍA y CENTANARO, ESTEBAN**, *Contratos aleatorios y reales*, Editorial de Belgrano, Argentina, 1.997.
- **GÉNESTAL, ROBERT**, *Rôle des monastères comme établissements de crédit étudié en Normandie du XI à la fin XIII siècle*, Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1.901.
- **GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL CARMEN**, *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1.979.
- **GLÜCK, FEDERICO**, *Commentario alle Pandette*, vol. XXII, traducido por S. PEROZZI, F. MANCALEONI, L. GIANTURCO, L. FERRARA, Società editrice libraria, Milano, 1.906, pág. 203.
- **GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE**, “Principales problemas del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Notarial*, 1.960-4 (julio-diciembre).
- **GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE**, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, T.II (obligaciones y contratos), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2.005.
- **GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, MANUEL**, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, T. II, 4ª ed. nuevamente corregida y aumentada, Imprenta de la compañía de impresores y libreros del Reino, Madrid, 1.851.
- **GÓMEZ LAPLAZA, Mª DEL CARMEN**, “Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2.004, págs. 153 a 173.
- **GÓMEZ MARTINHO FAERNA, AUGUSTO**, “La renta vitalicia y el pacto contrario al art. 1.805”, *Estudios de Derecho Privado*, Dirigidos por MARTINEZ RADIO, E., T. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.965, págs. 268 a 295.

- **GROSSI, PAOLO**, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1.968.
- **GROSSI, PAOLO**, *Locatio ad longum tempus: Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del Diritto comune*, Morano editore, Napoles, 1.963.
- **GUILARTE ZAPATERO, VICENTE**, “Comentario a los artículos 1.790-1.880 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidas por MANUEL ALBADALEJO, Tomo XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1.982.
- **GUIMERÁ PERAZA, MARCOS**, “Renta vitalicia y condición resolutoria, notas sobre la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1.951”, *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre, 1.954, págs. 211 a 222.
- **GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, *Curso de Derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, 1ª ed. reimpr., Tecnos, Madrid, 1.972.
- **HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, FRANCISCO**, *Lecciones de Derecho Romano*, 3ª ed., Ediciones Darro, Madrid, 1.978.
- **HERRANZ GONZÁLEZ, RUBÉN**, “Hipoteca inversa y figuras afines”, Madrid, Portal mayores, Informes portal mayores, nº 49. (Fecha de publicación: 21/03/2006)<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/herranz-hipoteca-01.pdf>, págs. 1 a 18.
- **IGLESIAS, JUAN**, *Derecho Romano. Historia e instituciones*, 10 ed., Ariel, Barcelona, 1.990.
- **IGLESIAS, JUAN**, *Derecho Romano*, 15 ed., revisada por IGLESIAS-REDONDO, JUAN, Ariel, Barcelona, 2004.
- **IMAZ ZUBIAUR, LEIRE**, “Elementos estructurales y régimen de ineficacia del contrato de renta vitalicia”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero, 2008, págs. 43 a 82.
- **JORDANO BAREA, JUAN-BAUTISTA**, *Los contratos atípicos*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.953.
- **JORDANO BAREA, JUAN BAUTISTA**, “La causa en el sistema del Código Civil español”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO*, vol. I., Bosch, Barcelona, 1.992, págs. 457 a 476.
- **JOSSERAND, LOUIS**, *Derecho civil*, T. II, vol. II (contratos), traducido por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, SANTIAGO, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cia., Buenos Aires, 1.951.
- **JOSSERAND, LOUIS**, *Cours de Droit Civil Positif Français*, vol. II, 2ª ed., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1.933.
- **KAHN, RAYMOND**, *L'aléa dans les contrats*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1924.

- **KLEIN, GERARD**, “*Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d’immueuble en viager*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1.979, págs. 13 a 39.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*. T. II (Derecho de obligaciones), vol. 1º (Parte general. Teoría general del contrato), 4ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ FRANCISCO, Dykinson, Madrid, 2.007.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (contratos y cuasicontratos), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1.986.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito), 2ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ FRANCISCO, Dykinson, Madrid, 2.002.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*, T.II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (contratos y cuasicontratos. Delito y Cuasidelito), 3ª ed. Revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ FRANCISCO, Dykinson, Madrid, 2.005.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*, T.V (Sucesiones), 2ª ed. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, JOAQUÍN, Dykinson, Madrid, 2.004.
- **LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS**, *Elementos de Derecho Civil*, T.V (Sucesiones), 3ª ed. Revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, JOAQUÍN, Dykinson, Madrid, 2.007.
- **LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS**, *Principios de Derecho Civil*, T. III (Contratos), 10ª ed. revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid- Barcelona- Buenos Aires, 2.007.
- **LAURENT, FRANCESCO**, *Principii di Diritti Civile*, vol. XXVII, “*Del prestito*”, 1ª traducción italiana, Leonardo Vallardi, Milano, 1.886, pág. 238.
- **LENER, ANGELO**, “Voz: Vitalizio”, *Novissimo Digesto Italiano*, a cura di AZORA, ANTONIO y EULA, ERNESTO, vol. XX (un-z), 3ª ed., UTET, Torino, 1.957, riestampa 1.982, págs. 1.018 a 1.029.
- **LIBRO BLANCO DE DEPENDENCIA EN ESPAÑA**, versión PDF, que puede encontrarse en <http://www.seg-social.es/imserso/dependencia/libroblanco.pdf>, en fecha 31 de mayo de 2008.
- **LLAMAS POMBO, EUGENIO**, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1.999.
- **LLAMAS POMBO, EUGENIO**, “La tipificación del contrato de alimentos”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2.004, págs. 193 a 222.

- **LOMONACO, GIOVANNI**, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, T. VI, 2ª ed., Nicola Jovene & C.O, Nápoles, 1.895.
- **LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, y MUÑOZ DE BENAVIDES CARMEN**, “Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero”, *Diario La Ley* (versión digital), nº 6864, viernes 18 de enero de 2008.
- **LÓPEZ VILAS, RAMÓN**, *Estudios de Jurisprudencia Civil*, vol. I, Montecorvo, Madrid, 1.989.
- **LORENZETTI, RICARDO LUÍS**, *Tratado de los contratos*, T.III, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1.999.
- **LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS**, T. II, La Publicidad, Madrid, 1.850.
- **LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS**, T. III, La Publicidad, Madrid, 1.859.
- **LOS CÓDIGOS ESPAÑOLES CONCORDADOS Y ANOTADOS**, T. VI, La Publicidad, Madrid, 1.849.
- **MAIORCA, SERGIO**, *Il contratto: profili della disciplina generale*, G. Giapichelli editore, Torino, 1.981, riestampa 1.984.
- **MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA**, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XII, 5ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.951.
- **MARTÍN PUEBLA, EDUARDO**, *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Comares, Granada, 2.000.
- **MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, NIEVES**, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La Ley, Madrid, 2.002.
- **MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ Mª**, *La alteración de las circunstancias contractuales. Una análisis jurisprudencial*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- **MAYNZ, CHARLES**, *Cours de Droit Romain*, T. II, 4ª ed., Bruylant-Christophe & Cª, Bruxelles, 1.877.
- **MAYNZ, CHARLES**, *Cours de Droit Romain*, T. III, 4ª ed., Bruylant-Christophe & Cª, Bruxelles, 1.877.
- **MAZEAUD, HENRI**, *Lecciones de Derecho civil*, Parte III, Tomo IV (Los principales contratos: continuación), traducido por LUÍS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1.962.
- **MESSINEO, FRANCESCO**, *Doctrina general del contrato*, T. I, traducido por, R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO, M. VOLTERRA, notas de derecho argentino por V. NEPPI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.952.

- **MESSINEO, FRANCESCO**, *Doctrina general del contrato*, T. II, traducido por, R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDO, M. VOLTERRA, notas de derecho argentino por V. NEPPI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.952.
- **MESSINEO, FRANCESCO**, *Derecho civil y comercial*, T. IV (Derecho de las obligaciones: parte general), traducido por S. SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.955.
- **MICCIO, RENATO**, “Dei singoli contratti e della oltre fonti delle obbligazioni”, *Comentario del Codice Civile*, T. IV, UTET, Torino, 1.959.
- **MIGUEL TRAVIESAS, MANUEL**, “El juego y la apuesta”, *Revista de Derecho Privado*, n° 49, octubre, 1.917, págs. 273 a 282.
- **MILLÁN SALAS, FRANCISCO**, “El contrato vitalicio”, *Actualidad Civil*, N° 23, 4-10 junio, 2.001, págs. 831 a 848.
- **MIQUEL SILVESTRE, JOSÉ ANTONIO**, “Hipoteca Inversa. Algunas hipótesis de conflicto”, *Diario La Ley*, 14 de abril de 2008, págs. 6 y 7.
- **MIRABELLI, GIUSEPPE**, “Delle rendite vitalizie”, *Contratti speciali*, volumen único, 2ª ed., Eugenio Marghieri, Nápoles, 1.905.
- **MOLLEDA, A.**, “Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario”, *Revista de Derecho Español y Americano*, octubre-diciembre, 1.959.
- **MONTANARI, CARLO**, “Rendita perpetua” (dir. interm.), *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXIX, Giuffrè, Varese, 1.988.
- **MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUÍS**, “Observaciones sobre la aleatoriedad del contrato de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, dirigidos por VERDERA Y TUELLS, EVELIO, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1.982, págs. 157 a 197.
- **MOSCO, LUIGI**, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici: con particolare riguardo ai contratti*, Francesco Vallardi, Milano, 1.942.
- **MURO VILLALÓN, JESÚS VÍCTOR**, “La hipoteca inversa”, 2ª ponencia al 3º Congreso de registradores de España celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2007. En versión PDF en <http://www.congresoderegistradores.org/ficheros/ponencias/ponencia2.pdf> , a 1 de junio de 2008, págs. 1 a 26.
- **NAVARRO AMANDI, MARIO**, *Código Civil de España*, Tomo II, Juan Vidal, Madrid, 1.880.
- **NAVARRO FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO**, *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T.II (arts. 1.088 a 1.976), dirigidos por PASCUAU LIAÑO, MIGUEL, Comares, Granada, 2.000.
- **NICOLÒ, ROSARIO**, “Voce: alea”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. I, Giuffrè Editore, Milán, 1.958, págs. 1.024 a 1.031.

- **NIETO ALONSO, ANTONIA**, *Donación onerosa y vitalicio, perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Trivium, Madrid, 1.998.
- **NÚÑEZ ZORRILLA, M^a DEL CARMEN**, *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2.003.
- **OSORIO Y GALLARDO, ANGEL**, “El seguro de vida y las normas ordinarias de Derecho civil” (Discurso de apertura del curso 1.929-1.930, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 67, julio, 1.930, págs. 530 a 543.
- **PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., MARRERO XENES, MINERVA y RODRÍGUEZ SERRANO, KENDRA**, “De la designación de beneficiario en los seguros de vida”, *Revista de Derecho Privado*, n° 2, febrero, 2.002, págs. 91 a 165.
- **PÉREZ TORRES, JOSÉ LUÍS**, *Tratado general de seguros, teoría y práctica de los seguros privados*, T.II (seguros de personas), Consejo general de agentes y corredores de seguros de España, Barcelona, 1.986.
- **PERTILE, ANTONIO**, *Storia del Diritto italiano: della caduta dell'imperio romano a la codificazione. Storia del Diritto privato*, parte II, 2ª ed., UTET, Torino, 1.894.
- **PINO, AUGUSTO**, “Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1960-1, págs. 353 a 367.
- **PLACENTINO, PEDRO (PIACENTINUS PETRUS)**, *Summa Codicis.*, Bottega d'Erasmus, Torino, 1.962 (reproducción fascículos, Moguntiae, 1.806).
- **PIÑOL AGULLÓ, JOSÉ**, “Prestaciones periódicas vitalicias en Derecho común y en Derecho catalán”, *La Notaría*, Reus, febrero de 1.947, págs. 26 a 40.
- **PIVANO, SILVIO**, *I contratti agrari in Italia nell'alto Medio-Evo*, UTET, Torino, 1.904.
- **PLANIOL, MARCEL y RIPERT, JORGE**, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducido por DIAZ CRUZ, MARIO, T.IX (Los contratos civiles), 2ª parte, Cultural S.A, La Habana, 1.946.
- **PLANITZ, HANS**, *Principios de Derecho privado germánico*, Bosch, Barcelona, 1.957.
- **PONT, PAUL**, “Du contrat de rente viagère”, *Explication théorique et pratique du Code Civil: Des petits contrats*, T.8, vol.1, 2ª ed., Delamotte et fils, Paris, 1.877.
- **PORTALIS, JEAN- ETIENNE- MARIE**, “Exposé des motifs du titre des contrats aléatoires”, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, Aix en Provence, 1.988, págs. 161 a 173.
- **POTHIER, ROBERT, JOSEPH**, “Traité des obligations”, *Oeuvres complètes de Pothier*, T. I, P. J. Langlois Libraire/ A. Durand libraire, Paris, 1.844.

- **POTHIER, ROBERT, JOSEPH**, “Traité du contrat de constitución de rente”, *Oeuvres complètes de Pothier*, T. IV, P. J. Langlois Libraire/ A. Durand libraire, París, 1.844.
- **POVEDA DÍAZ, JOSÉ**, “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor LUÍS DIEZ PICAZO*, T. II (Derecho civil: Derecho de obligaciones), 1ª ed., Thomson Civitas, 2.003, págs. 2.831 a 2.846.
- **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, vol.II (Contratos en particular), 2ª ed. revisada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1.982.
- **PUIG BRUTAU, JOSÉ**, *Compendio de Derecho civil*, vol. II (Derecho de obligaciones; contratos y cuasi contratos; obligaciones derivadas de actos ilícitos), 2ª ed, Bosch, Barcelona, 1.994.
- **PUIG I FERRIOL, LLUIS, Y ROCA TRÍAS, ENCARNA**, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Bosch, Barcelona, 1.984.
- **PUIG I FERRIOL, LLUIS, Y ROCA TRÍAS, ENCARNA**, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, 5ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1.998.
- **PUIG PEÑA, FEDERICO**, *Compendio de Derecho civil español*, T. IV (contratos), 3ª ed. revisada y puesta al día, Pirámide D. L., Madrid, 1.976.
- **QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ**, “Apuntes jurídico-civiles sobre la llamada <<hipoteca inversa>>: inquietudes iniciales sobre la cuestión”, *El Consultor Inmobiliario*, nº 88, marzo, 2008, versión electrónica, <http://revista-elconsultorinmobiliario.laley.es/vaps/generico/cinmobiliario/cinmobiliario.cfm?sgid=6097256.370.3.1071328500.25412405>, págs. 1 a 28.
- **QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE**, *La situación jurídica de renta vitalicia*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 1.979.
- **QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE**, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991.
- **REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUÍS**, “El contrato vitalicio (especial consideración de su regulación en la Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho civil de Galicia)”, *Actualidad civil*, nº 39, 1.996, págs. 851 a 877.
- **RED DE INFORMACIÓN JURÍDICA LEGISLACION ANDINA**. Ecuador. Derecho Civil. Código Civil <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/1.HTM>, el 21 de junio de 2008.
- **RINESSI, ANTONIO J.**, *Contratos*, T. II (Parte especial), mave, Buenos Aires, 2.000.
- **ROCA SASTRE RAMÓN MARÍA y DE MOLINA JUYOL, JUAN**, *Jurisprudencia registral* (colección de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado referentes a los Registros de la Propiedad y

Mercantil, recopiladas, ordenadas y completadas con índices para facilitar su manejo), T. II (años 1883-1895), Bosch, Barcelona, 1953.

- **ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA**, *Derecho hipotecario*, T. IV, vol. 2, 6ª ed., Bosch, Barcelona, 1.968.

- **ROCA TRÍAS, ENCARNA**, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, T. XXX, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1.987.

- **RODRÍGUEZ CEPEDA EUGENIO**, “La hipoteca inversa pierde atractivo ante la caída del precio de los pisos”, *Cincodías.com*, publicado el 25/05/2008,

http://www.cincodias.com/articulo/economia/hipoteca/inversa/pierde/atractivo/caida/precio/pisos/cdseco/20080525cdscdseco_6/Tes/, consultado el día 31/05/2008.

- **RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, JOSÉ** “Constitución del contrato de renta vitalicia con carácter resoluble (notas sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1.960)” *Revista de Derecho Judicial*, enero-marzo, 1.962, págs. 291 a 295.

- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX**, “La naturaleza <<ob rem>> de la obligación de renta vitalicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 56, 1.980-II, págs. 1.335 a 1.356.

- **RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX**, “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio”, en *Homenaje a JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO*, nº 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.988, págs. 721 a 762.

- **RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL**, *La renta vitalicia gratuita*, Comares, Granada, 2.006.

- **RODRÍGUEZ OTERO, LINO**, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tercera parte, 1ª ed., DIJUSA, Madrid, 2007.

- **ROQUETA BUJ, REMEDIOS**, *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2.000.

- **RUBIO TORRANO, ENRIQUE**, “De la Ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas”, *Aranzadi Civil*, nº 17/2007 (Tribuna), versión *on line*, <http://nuevo.westlaw.es/wles/app/document?docguid=I7284caf0ba6911dc97b201000000000&srguid=ia744800e0000011a457d53ba651f3805>, consultada el 31 de mayo de 2008, págs. 1 a 3.

- **RUIZ ARTACHO, JUAN**, “La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 215, abril, 1.946, págs. 217 a 226.

- **SABATER BAYLE, ELSA**, “Contrato vitalicio y resolución de las obligaciones”, *Aranzadi Civil*, nº 8, julio, 1.997, págs. 10 a 27.

- **SACCO, RODOLFO**, "In tema di contratto di gioco o scommessa (a propósito della competizione rascia o radoppia)", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1.957-1, págs. 410 a 432.
- **SALANDRA, VITTORIO**, "Dell'assicurazione", in *Commentario del Codice Civile a cura di ANTONIO SCLALOJA y GIUSEPPE BRANCA*, Libro IV: Delle obbligazioni: Assicurazioni (art. 1.882), 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna-Roma, 1.959.
- **SALVIOLI, GIUSEPPE**, *Storia del Diritto Italiano*, 8ª ed., UTET, Torino, 1.921.
- **SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE**, *Estudios de Derecho Civil*, T. III (Derechos reales, Derecho de la propiedad y sus modificaciones), 2ª ed. corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.900.
- **SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE**, *Estudios de Derecho Civil*, T. IV (Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación), 2ª ed. corregida y aumentada, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1.899.
- **SANZ FERNÁNDEZ, ÁNGEL**, *Comentarios a la nueva Ley hipotecaria*, Academia Matritense del Notariado, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.945.
- **SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON**, *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. II, 2ª ed. traducida por D. MANUEL DURAN Y BAS, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1.930.
- **SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON**, *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. III, 2ª ed. traducida por D. MANUEL DURAN Y BAS, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1.930.
- **SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS**, *Código Civil*, T. XXVIII (De los contratos aleatorios o de suerte, de las transacciones y compromisos, de la fianza: artículos 1790 a 1856), comentado y concordado extensamente y con un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos, redactado por EUGENIO VÁZQUEZ GUNDÍN, Instituto editorial Reus, Madrid, 1.953.
- **SCALFI, GIANGUIDO**, *Corrispettività e alea nei contratti*, Instituto Editorial Cisalpino, Milano-Varese, 1.960.
- **SCALFI, GIANGUIDO**, en "Considerazioni sui contratti aleatori", *Rivista di Diritto Civile*, VI-I, 1.960, págs. 135 a 179.
- **SCHNAPPER, BERNARD**, *Les rentes au XVI siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, SEVPEN, París, 1.957.
- **SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL**, "Régimen jurídico de la hipoteca inversa", *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2008, págs. 33 a 61.

- **SOFFIETTI, ISIDORO**, “La rendita vitalizia nel pensiero dei civilisti e dei canonisti fino alla metà del XIII secolo”, *Rivista di storia del Diritto italiano*, 1.969- 1.970, págs. 79 a 141.
- **SOFFIETTI, ISIDORO**, “Rendita vitalizia (dir.interm.)”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffré, Varese, 1.988, págs. 847 a 853.
- **SOTO NIETO, FRANCISCO** “El gran invalido. Aspectos jurídico-legales en la valoración de los daños y perjuicios sufridos”, *Diario La Ley*, 1.996, T. 2, págs. 1-17.
- **TAFFIN, CLAUDE**, “La hipoteca inversa o vitalicia”, traducción del informe publicado en inglés en el Boletín económico de la Federación Hipotecaria Europea, Hipostat, 2004, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2006/04/25/34.pdf?version=1>, consultada el 22 de mayo de 2008, págs. 1 a 12.
- **TARTUFARI, LUIGI**, “Dell’alea nella costituzione di rendita vitalizia”, *Archivio Giuridico da Filippo Serafini*, vol. XLII, Pisa, 1.889, págs. 424 a 466.
- **TORRENTE, ANDREA**, “Rendita vitalicia”, *Comentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA, ANTONIO y BRANCA, GIUSEPPE, libro IV (Delle obbligazioni), Arts. 1.861-1.952, 2ª ed., Nicola Zanichelli, Bologna Roma, 1.959.
- **TOSCANI GIMÉNEZ, DANIEL**, *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **TROPLONG, RAYMOND THÉODORE**, “Del Prestito, del deposito, del sequestro et dei contratti aleatorii”, *Il Diritto civile spiegato secondo l'ordine del Codice*, T.IV, 1ª ed. italiana, Tipografia Clamis e Roberti, Palermo, 1.845.
- **TROPLONG, RAYMOND THEODORE**, “Du Dépôt et du séquestre et des contrats aléatoires”, en *Commentaires des titres XI et XII, Livre III du Code civil*, Tomo XV, Charles Hingray, París, 1.845.
- **URIARTE BERASÁTEGUI, JOSÉ**, “Revisión de ideas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre, 1.950, págs. 553 a 568.
- **VALSECCHI, EMILIO**, “Giucoco e scommessa”, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCESCO, Tomo II, vol. XXXVII, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1.954.
- **VALSECCHI, EMILIO**, “La rendita perpetua e la rendita vitalizia”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por CICU, ANTONIO y MESSINEO, FRANCESCO, Tomo I, vol. XXXVII, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1.961.
- **VÁZQUEZ BOTE, EDUARDO**, “Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios en el Código Civil”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1.969, págs. 351-359.

- **VERAJA, FABIJAN**, *Le origini della controversia teologica sul contratto di censo nel XIII secolo*, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 1.960.
- **VIOLLET, PAUL**, *Histoire de Droit franÇais*, Scientia Verlag, Aalen, Allemagne, 1.966 (reimpresión de la 3ª ed. París 1.905).
- **VIVANTE, CESARE**, *Trattato di Diritto Comerciale*, vol. III- I (contratti), Fratelli Bocca Editori, Torino, 1.899.
- **VON TUHR, ANDREAS.**, *Tratado de las Obligaciones*, T. I, reimpresión a la 1ª ed., traducido y concordado por W. ROCES, Reus, Madrid, 1.999.
- **VON TUHR, ANDREAS.**, *Tratado de las Obligaciones*, T. II, reimpresión a la 1ª ed., traducido y concordado por W. ROCES, Reus, Madrid, 1.999.
- **YLERDA, PONZIO DE (PONTIUS DE ILERDA)**, *La Summa arboris actionum di Ponzio da Ylerda*, Edizione critica con uno studio introduttivo di ROSSI, GUIDO, Milano, 1.951.
- **ZAGO, JOSÉ ALBERTO**, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Universidad, Buenos Aires, 1.990.
- **ZURITA MARTÍN, ISABEL**, *Contratos vitalicios*, Marcial Pons, Barcelona, 2.001.
- **ZURITA MARTÍN, ISABEL**, “Contratos vitalicios: forma y simulación”, *Actualidad Civil*, nº 26, 2.001-3, págs. 909 a 950.