



The School of Salamanca

A Digital Collection of
Sources and a Dictionary
of its Juridical-Political
Language

Working Paper Series

No. 2018-01

Francisco Cuenca Boy
(Universidad de Cantabria)

Contractus et quasi- contractus

Aportación al Research Colloquium “Some Fundamental Concepts of the School of Salamanca’s Juridical-Political Language. Working Towards a Dictionary in the Salamanca Project” del Proyecto *La Escuela de Salamanca. Una colección digital de fuentes y un diccionario de su lenguaje jurídico-político* (Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 28-2-2018)

urn:nbn:de:hebis:30:3-376135

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons Lizenz cc-by-nc-nd 3.0

Contractus et quasi-contractus

Aportación al Research Colloquium “Some Fundamental Concepts of the School of Salamanca’s Juridical–Political Language. Working Towards a Dictionary in the Salamanca Project” del Proyecto *La Escuela de Salamanca. Una colección digital de fuentes y un diccionario de su lenguaje jurídico-político* (Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 28-2-2018)

Francisco CUENA BOY

(Universidad de Cantabria)

Abstract

Ideally located in the writer's position of the voice "contractus (& quasi contractus)" of the Dictionary, the author of this paper tries to discover the difficulties that his drafting could imply. The difficulties encountered come mainly from the chronology and the diversity of profiles between the members of the Salamanca School that deal with contracts, from the unusual historical and material extension of the elements they work with and from the need to understand their methods, their initial assumptions and the aims they pursue. At the end, some practical considerations are offered to the voice's drafting.

<i>1 Introducción</i>	3
<i>2 Delimitación del tema</i>	5
<i>3 Diversidad entre los autores. Materiales que emplean</i>	7
<i>4 Estratos y núcleos temáticos</i>	10
<i>5 Método escolástico y continuidad/discontinuidad conceptual</i>	26
<i>6 Concluyendo: algunas observaciones de carácter práctico</i>	30
<i>Bibliografía</i>	35
<i>Fuentes primarias</i>	35
<i>Bibliografía secundaria</i>	36

1 Introducción

Buscando orientarme sobre cómo se podría plantear el trabajo, he examinado las voces “contratto” del *Novissimo Digesto Italiano* y “contratto (diritto intermedio)” de la *Enciclopedia del Diritto*. Esta consulta me ha permitido constatar la efectiva existencia de un hueco a la espera de ser llenado, y precisamente con el pensamiento de la Segunda Escolástica sobre el tema del contrato y su influencia subsiguiente. En el *Novissimo Digesto Italiano* la voz “contratto”¹ incluye un apartado de apenas columna y media (p. 467) sobre el concepto de contrato “nel diritto commune e nel Codice Napoleone”; la exposición comienza así: “Il processo² si compie durante lo svolgimento del diritto commune, soprattutto per l’influenza del diritto canonico, da un lato, e dalla scuola filosofica del diritto naturale, dal altro”. La voz de la *Enciclopedia del Diritto*³ es aún más decepcionante: tras cuatro §§ relativos a las escuelas del *ius commune*, a la teoría de los *nuda pacta* en el derecho canónico, a la influencia de la práctica y la jurisprudencia mercantil bajo-medieval y a la jurisprudencia culta y el “droit coutumier” francés, el § 11 sobre “le nuove concezioni teoriche della scuola del diritto naturale e della pandettistica, etc.” comienza prácticamente con Pufendorf y Grocio. Bien es verdad que la advertencia sobre la falta de espacio para ilustrar los diversos elementos que confluyeron en los iusnaturalistas atenúa un poco la sensación de adanismo, pero en todo caso, entre los elementos que habría que considerar no se mencionan las doctrinas de la Segunda Escolástica. En definitiva, parece que el hueco existe.

No debe silenciarse, no obstante, la presencia de opiniones que niegan o relativizan la importancia de la Segunda Escolástica no ya en relación con el contrato sino con el derecho privado en su conjunto; tal es el caso de Lalinde Abadía, que llega a decir que

1 Osti, Giuseppe, v. “Contratto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, UTET, 1959, pp. 462-535.

2 O sea, el proceso histórico tendiente al reconocimiento de la categoría general del contrato obligatorio, inacabado en el derecho justiniano.

3 Astuti, Guido, v. “Contratto (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, IX, Varese, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

el *De iustitia et iure* de Luis de Molina “es una exposición de la materia jurídica conforme a la doctrina de los romanistas, a quienes demuestra conocer bien”, y después, que “salvo que se quiera contar entre [los teólogos-moralistas] a Covarrubias, que es propiamente un jurista..., sólo Molina parece haber sido consultado por los juristas con cierta continuidad”.⁴ Tampoco cabe ignorar la muy autorizada opinión de Gordley, quien hace hincapié en la escasa repercusión de las doctrinas contractuales de la Segunda Escolástica, habida cuenta de que los cambios normativos que indujeron fueron pocos y de poca importancia práctica.⁵

En cuanto a la insatisfactoria percepción de la importancia de la Escuela de Salamanca, en sí misma considerada, tengo la impresión de que una mirada poco atenta ha podido llegar a meter a los teólogos-juristas de los siglos XVI y XVII en el mismo saco que a los canonistas; de hecho, algunos como Covarrubias fueron canonistas de primera fila y no sería extraño que hubieran podido aparecer primariamente bajo este aspecto.⁶ Se plantea así la hipótesis de que la desatención de que fueron objeto a la larga los autores de la Escuela, simplemente por su pertenencia a la Iglesia Católica, haya podido ser reforzada por una interpretación restringida del significado de algunos de ellos.

Supongo que el redactor de la entrada del *Diccionario* tendrá que pronunciarse sobre estas cuestiones. De cualquier modo, para concluir este apartado introductorio me quedo con lo que dice Domingo de Soto en el prólogo al libro VI de su *De iustitia et*

4 Lalinde Abadía, Jesús, “Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolástica”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 308 s. y 358, respectivamente; en opinión de Lalinde, p. 308, los autores de la Segunda Escolástica no intentaron crear un nuevo derecho, sino, en todo caso, depurar el existente; según Guzmán Brito, Alejandro, “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, en *Annaeus. Anales de la tradición romanística*, 1, 2004, p. 181, “por lo general, Molina no hace otra cosa que presentar los perfiles de la doctrina sobre contratos que a partir de materiales romanos habían elaborado los juristas medievales”.

5 Gordley, James, *The Philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 71; la observación, hecha aquí por primera vez de forma general, se reitera después a propósito de cada uno de los aspectos tratados en la obra.

6 Recuerda Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 635, que Pierre Legendre llama a la Segunda Escolástica “segundo derecho canónico”.

iure, donde trata de la usura, los contratos y los cambio; a saber, que por fin llega al objeto de toda su obra, la razón principal que le hizo pensar en escribirla.

2 Delimitación del tema

En la relación de *Lemmata* resultante de la reunión de trabajo de febrero de 2017 hay unos cuantos términos que, disponiendo cada uno de entrada propia en el *Diccionario*, en principio no deberían ocupar demasiado espacio en un artículo sobre “*contractus (& quasi contractus)*”: *aequalitas*, *aequitas*, *causa*, *commodatum*, *culpa*, *depositum*, *donatio*, *emphyteusis*, *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum*, *mutuum*, *negotium*, *obligatio*, *pactum*, *permutatio*, *poenitentia* (en el caso de que se trate del *ius poenitendi* en los contratos innominados), *restitutio*, *usura* y *votum*. Los más peligrosos por su potencial expansivo me parecen *aequalitas* y *aequitas*, *causa*, *pactum* y *restitutio*. En cambio, si se me permite la observación, me ha sorprendido que no haya prevista una entrada para *promissio* y otra para la noción de liberalidad (no parece que *donatio* y *beneficium* sean suficientes). De los *lemmata* últimamente mencionados, en orden decreciente de generalidad me parece que el primer lugar les corresponde a *aequalitas* y *aequitas* debido a su estrecha relación con la justicia conmutativa, uno de los dos términos de la *summa divisio* escolástica del contrato cuyo otro elemento es justamente la idea de liberalidad; después vendrían *contractus* y *pactum* (aquí es donde creo notar la falta de *promissio*) y *causa*. En materia contractual, la justicia conmutativa reclama la “igualdad” en los actos de intercambio, mientras que el ingreso de la donación en la órbita de los contratos, y asimismo el ingreso de los contratos obligacionalmente unilaterales, se produce por la puerta de la liberalidad⁷ y requiere el acompañamiento de la *causa*; concepto, este último, que reviste además gran importancia en relación

⁷ Aunque también, en un plano más técnico, por su asimilación a los pactos: “per acceptationem transeunt in *pactum*”: Lessius, Leonardo, *De iustitia et iure*, Antverpiae 1621, lib. 2, sect. 3: *De contractibus*, cap. 17: *De contractibus in genere*, dub. 1, n. 1.

con los contratos innominados y con los vicios de la voluntad. El caso de la *restitutio* es muy especial por tratarse de una figura proteica que, de forma similar a lo que sucede con el *trust* del *common law*, tiene la virtualidad de situarse por encima de muchas soluciones técnicas de más concreta aplicación, cuestionando su necesidad.⁸ Se puede ejemplificar este peligro, especialmente acechante cuando impera la perspectiva teológico-moral, por medio de Lessius, autor que en la exposición de las causas de las que nace obligación de restituir, dice, entre otras cosas, que la palabra restitución se puede tomar “generatim pro omni redditione”, lo que comprende el “reddere” de toda cosa debida en justicia, sea en sí misma o en su equivalente; y que a seguido distingue “tria capita omnis restitutionis” de los cuales el tercero es “*ex contractu*”.⁹

La mención de los tipos singulares de contrato es inexcusable tanto porque entran por derecho propio en las propuestas de sistematización de la materia de los distintos autores como porque son el marco o la sede donde se discute alguna cuestión especial (pienso por ejemplo en la compraventa y el asunto del *iustum pretium*). Pero nada más. La exposición, en consecuencia, debería concentrarse en la doctrina general del contrato.

8 Thieme, Hans, “Qu’est ce-que nous, les juristes, devons à la Seconde Scolastique espagnole?”, en *La Secunda Scolastica*, *op. cit.*, p. 14: incluso las obligaciones nacidas de contrato son vistas como *restitutio*; este concepto cubre a la vez nuestro resarcimiento y nuestra ejecución, la doctrina escolástica correspondiente abraza todo el derecho de obligaciones (*ex contractu* y *ex delicto*, *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*); cfr. Landau, Peter, “Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien”, en Scholler, Heinrich (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 39 s.; Duve, Thomas, “La teoría de la restitución en Domingo de Soto. Su significación para la historia del derecho privado moderno”, en Cruz Cruz, Juan (ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, EUNSA, 2007, p. 186; en pp. 190 ss., las razones por las que la restitución, contenida originalmente dentro de los límites del *forum conscientiae*, desde el s. XIII se extiende con fuerza al *forum contentiosum*.

9 Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 2: *De iniuriis et damnis... et necessaria restitutione*, cap. 7: *De iniuria et restitutione in genere*, dub. 3, n. 10; sobre la posición de Vitoria, *infra*, nt. 37; son asimismo sintomáticos los títulos de los libros de Medina, Juan de, *Codex de restitutione et contractibus*, Madrid, 1546, y Palacio, Miguel de, *Praxis theologica de contractibus & restitutionibus*, Salamanca, 1585. Sobre el sentido y alcance del deber de restitución, vid. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 514 ss.

En la literatura secundaria no he visto ninguna referencia específica al cuasicontrato, tampoco sé todavía qué puede significar esta ausencia. En algún momento pensé que ese tema podía hallarse más o menos diluido dentro del tratamiento de la *restitutio*; basta pensar, entre las figuras justinianas de *obligationes quasi ex contractu*, en la *solutio indebiti* y la *negotiorum gestio*. Pero no es así: Molina dedica dos *disputationes* a la *negotiorum gestio* y una a los demás cuasicontratos (y por cierto, no dice, a la romana, *quasi ex contractus* sino *quasi contractus*).¹⁰ No veo nada parecido en Soto o en Lessius; sí en Oñate.¹¹

3 Diversidad entre los autores. Materiales que emplean

Siempre con el contrato como marco de referencia, las diferencias entre unos autores y otros son innegables.¹² Por ejemplo, en vano se buscaría en Vitoria o en Suárez lo que nos dan Luis de Molina o Leonardo Lessius, quienes a su vez no son lo mismo que Tomás de Mercado o Bartolomé de Albornoz. Tampoco hay igualdad entre Gregorio López, Vázquez de Menchaca o Covarrubias y Molina o Lessius, y ni siquiera entre Azpilcueta o Covarrubias y Vázquez de Menchaca. Etc., etc. Lo que intento decir es que aunque todos los mencionados y muchos otros puedan ser encuadrados en la Escuela de Salamanca entendida de forma muy laxa, en el momento del estudio, y en alguna medida en el de la exposición, no debe obviarse que en unos predomina el perfil teológico-moral y en otros un perfil más jurídico, en unos el

¹⁰ Molina, Luis de, *De iustitia et iure*, lib. 2: *De contractibus*, Cuenca, 1597, disp. 553-555.

¹¹ Lessius, *De iustitia et iure*, lib. 2, sect. 3: *De contractibus*, cap. 17: *De contractibus in genere*, dub. 3, n. 12, menciona los cuasicontratos dentro de una *divisio* del contrato y el pacto y los incluye en los que llama “contratos virtuales”; Pedro de Oñate dedica una sección específica a los cuasicontratos (*De contractibus in genere*, Roma, 1646, lib. 1, tract. 7, sect. 1); es significativo lo que dice en el n. 9 de esa sección: “quasi contractus non definitionem, sed exemplis explicantur in iure”, para referirse en nn. posteriores a las principales figuras justinianas de *obligationes quasi ex contractu*. Bartolomé de Albornoz, cuyo *Arte de los contratos*, Valencia, 1573, es una obra de naturaleza muy distinta, se ocupa del pago de lo indebido en el tít. 9 del lib. I dentro de “los contratos personales”.

¹² Duve, “La teoría de la restitución”, *op. cit.*, p. 183, destaca la necesidad de atender a “las particularidades y diferencias entre los miembros de este movimiento intelectual”; el mismo autor (p. 196) reclama también la comparación entre autores y más estudios interdisciplinarios.

interés teórico o especulativo y en otros un interés práctico más apegado al terreno, que unos son principalmente legistas y otros canonistas –unos y otros distinguibles a su vez en glosadores o comentaristas, casuistas y sistemáticos–, y así con las demás diferencias que puedan parecer relevantes.

Sin perjuicio de lo dicho, en este complejo panorama quizá se pueden distinguir dos líneas principales y más o menos paralelas. Una más culta y especulativa que va de Juan de Medina a Pedro de Oñate pasando por Soto, Palacio, Báñez, Luis López, Molina, Lessius, Lugo y Fagúndez; las figuras clave son probablemente Domingo de Soto, Luis de Molina y Leonardo Lessius, autores todos de tratados *De iustitia et iure*.¹³ Y otra más práctica y popular en la que se inscriben Villalón, Alcalá, Mercado, Albornoz y García. Ahora bien, pensando en la relación entre ambas líneas, el hecho de que las obras de Villalón¹⁴ y Alcalá¹⁵ (1543) sean anteriores a las de Medina¹⁶ y Soto¹⁷ desconcierta un poco, puesto que no parece razonable que la línea que llamo práctica haya podido comenzar a desarrollarse antes que la teórica o especulativa.

Este dato, junto con el largo desarrollo de la Escuela, subraya lo indispensable de la perspectiva cronológica. Pongo un ejemplo más: en su glosa a las *Partidas* publicada en 1555, Gregorio López pudo tener en cuenta a Medina y a Soto, cuyas obras son de 1546 y 1553, pero no a Molina cuyo *De contractibus*, tomo II de su tratado *De iustitia et iure*, data de 1597. Aparte su importancia para seguir el proceso histórico de

13 Cfr. Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 70 s.: Covarrubias y Soto “began to fit Thomistic ideas and Roman rules together”; Molina y Lessius “reorganized Roman law in its vast detail and presented it as a commentary on the Aristotelian and Thomistic virtue of justice”; la especial significación de Covarrubias es bien explicada por Landau, Peter, “Spanische Spätscholastik und kanonistische Lehrbuchliteratur”, en Grunert, Frank y Seelmann, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Niemeyer, 2001, pp. 405 ss.; los temas canonísticos de Covarrubias “werden in den rechtsphilosophischen Summen der führenden jesuitischen Theologen der Spätscholastik aufgegriffen und durch die Eingliederung in eine systematische Rechtsphilosophie in einem neuem Zusammenhang gebracht” (p. 408).

¹⁴ Villalón, Cristóbal de, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*, Valladolid, 1541.

¹⁵ Alcalá, Luis de, *Tratado de los préstamos que pasan entre mercaderes y tractantes y, por consiguiente, de los logros, cambios, compras adelantadas y ventas al fiado*, Toledo, 1543.

¹⁶ Medina, Juan de, *Codex de restitutione et contractibus*, Madrid, 1546.

¹⁷ Soto, Domingo de, *De iustitia et iure*, Salamanca, 1553; el libro 6 trata de la usura, los contratos y los cambios.

la Escuela –y de modo muy especial la emersión de una doctrina general del contrato, ausente todavía en los autores de la línea práctica–, la atención a la cronología es también la base necesaria de las eventuales cuestiones de intertextualidad (no sé si uso bien el término); me refiero a preguntas como la relativa al significado de la relativa parquedad con que Lessius cita a Molina¹⁸ y Molina a Soto en sus respectivas exposiciones del derecho contractual.

Por otro lado, tomados globalmente, se trata de autores que desarrollan doctrinas acerca del derecho natural partiendo de la filosofía aristotélico-tomista, o que presuponen esas doctrinas y las aplican en sectores concretos del ordenamiento. Sin embargo, dado que el ordenamiento es fruto de la historia, para hacer todo lo dicho no pueden por menos que tomar en consideración, si no el ordenamiento en cuanto tal, sí multitud de datos del derecho positivo, o sea, del derecho romano, del canónico y, en algunos casos, también del derecho municipal (castellano, portugués o indiano, por ejemplo).¹⁹ Todos estos elementos se mezclan en el crisol del tomismo renovado, planteándose la cuestión de la medida en que se debería perseguir la individualización cualitativa y cuantitativa de cada uno de ellos.

18 Por ejemplo, en el libro 2, cap. 17, *De contractibus in genere*, seis citas (dub. 5, n. 34; 6, n. 42; 7, n. 56; 8, n. 61; 9, nn. 63 y 67) por 18 de Covarrubias; las referencias a Soto son solamente tres (dub. 5, n. 28; 11, nn. 75 y 77).

19 Guzmán Brito, Alejandro, “Introducción (Juristas de los siglos XVI y XVII)”, en Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*, vol. 2: *Juristas modernos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 54: la labor constructiva de un sistema completo de figuras, reglas e instituciones de derecho natural “no consistió en una simple deducción de los primeros principios del derecho natural, sino más propiamente en justificar y explicar y depurar las figuras, reglas e instituciones del derecho positivo con los principios del derecho natural”; “para los escolásticos, su derecho positivo fue el derecho romano y el canónico, o sea el *ius commune*, e incluso el derecho castellano, si bien en mucha menor medida”; cfr. Feenstra, Robert, “L’influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause”, en *La Seconda Scolastica*, *op. cit.*, p. 378.

4 Estratos y núcleos temáticos

Llamo estratos a las sucesivas etapas que sería útil aislar en la evolución del tema “*contractus (& quasi contractus)*” sin necesidad de distinguir entre el plano normativo, el de la interpretación jurídica conectada de forma directa o indirecta con la práctica o el de la especulación de base filosófica o teológico-moral.

Habida cuenta de lo dicho en el apartado anterior sobre el ingrediente romano del ordenamiento jurídico, y pensando en particular que los autores de la Escuela de Salamanca no sólo manejan datos propios del derecho justiniano para desarrollar sus doctrinas, sino que en puntos concretos las suelen comparar con él en cuanto exponente del derecho positivo, no cabe duda de que el primer estrato lo debe formar un panorama general de la materia contractual (incluidos los pactos y las *obligationes quasi ex contractu*) en la Compilación de Justiniano.

Datos útiles para trazar ese panorama o ese resumen se encuentran, por ejemplo, en Coing, aunque no los ofrece de una vez sino por medio de sucintas indicaciones colocadas al comienzo de los §§ 79-86 del primer tomo de su *Derecho privado europeo*:²⁰ la unificación del derecho contractual, perfección y forma del contrato, contenido e interpretación de los contratos, ineficacia del contrato (vicios en la celebración del contrato), la representación voluntaria y el contrato en favor de tercero, el desarrollo del contrato: cumplimiento, impedimentos de la prestación y sus consecuencias, cambio de personas y pluralidad de personas en la relación jurídica. Lo más interesante se encuentra en el § 79 sobre la unificación del derecho contractual. Frente al derecho clásico representado por las *Institutiones* de Gayo (cfr. 3.88 ss.), el derecho justiniano, aparte de muchas modificaciones particulares, reconoce con claridad el *consensus* como base o elemento necesario de todos los contratos, pero no como elemento suficiente para dar lugar a un derecho accionable, pues mantiene la

20 H. COING, *Derecho privado europeo*, vol. 1: *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 505 s., 516, 519 s., 524, 536, 545, 549 s., 561; en general, Coing procede de la misma forma en relación con los contratos en particular (§§ 87-95) y con los cuasicontratos (§ 96-99); vid. también Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 30 ss.

regla *ex pacto nudo actio non oritur*. Eso quiere decir que, aparte los cuatro contratos consensuales, el acuerdo sigue necesitando de otro elemento: *res, verba, litterae*. Los *pacta*, por tanto, no son *contractus*, y ya sólo por esta razón se puede afirmar que el derecho justiniano no llega a formar un derecho unitario de contratos: protege de una forma o de otra todos los acuerdos pero no conoce un derecho general de contratos.

Por otro lado, en relación con los contratos innominados, agrupados ahora bajo el nombre de *conventiones sine nomine*, se produce un avance consistente en que su naturaleza propiamente contractual queda sancionada por la concesión de una *actio* como medio general para la defensa de todos ellos: la *actio praescriptis verbis* utilizada por la parte que ha cumplido su prestación, en alternativa a la recuperación de la misma mediante *condictio*, para perseguir el resarcimiento del daño. Tal prestación previa es calificada de *causa* y de ella depende la accionabilidad del contrato (cfr. D. 2.14.7 pr.-4).

En cuanto a la *stipulatio*, el *consensus* se puede expresar ahora *quibuscumque verbis* (cfr. C. 8.37.10); la discrepancia entre una práctica marcada por el uso del documento y el requisito legal de la oralidad, que no se suprime, se intenta salvar mediante la presunción de la presencia simultánea de las dos partes (cfr. C. 8.37.14, I. 3.19.7); asimismo, la estipulación deviene causal.

Aunque Coing la segrega de la exposición de los §§ 79-86 sobre el derecho contractual general, conviene mencionar también la importante novedad sistemática de las *obligationes quasi ex contractu* (cfr. I. 3.13.2 y 3.27, D. 44.7.5 pr.-3), origen de la noción de cuasicontrato.

De acuerdo con el orden histórico de las escuelas jurídicas, el segundo estrato debería corresponder a los glosadores, pero su conocimiento y utilización de Aristóteles son más bien anecdóticos,²¹ por lo que parece mejor ponerlos entre paréntesis y dar el

21 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 33 ss. Sobre las aportaciones dogmáticas de los glosadores y los comentaristas, vid. Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho*

segundo puesto a los comentaristas cuyo aristotelismo no sólo es más manifiesto sino bastante más consistente. Según Gordley, Bártolo y sobre todo su discípulo Baldo tienden a dar “respuestas aristotélicas” a los problemas del derecho contractual romano; añade este autor que ambos “se anticiparon a la escolástica tardía leyendo ideas aristotélicas en cierto número de textos romanos”.²² Será interesante por tanto reseñar los núcleos temáticos en los que se da esa presencia de ideas aristotélicas.

La exposición de Gordley recorre los siguientes temas: el papel del consentimiento, oferta (o sea, promesa) y aceptación, la doctrina de la *causa*, el error, los elementos naturales del contrato y el justo precio. El aristotelismo de Bártolo y Baldo no aparece en los dos primeros. Sobre el consentimiento no van más allá de lo alcanzado por otros medievales –una idea clara acerca del papel consentimiento en la formación del contrato– ni hacen otra cosa que “poner juntos todos los textos romanos” sin desarrollar un pensamiento distinto del de aquéllos.²³ Sobre el tema de la oferta (promesa) y la aceptación, su análisis (en general el de los medievales) es distinto del de los escolásticos y llega a conclusiones diferentes, aunque, al menos, ellos fueron los primeros que plantearon el problema.²⁴

El tema de la *causa* es diferente.²⁵ Trabajando en torno a dos textos fundamentales (D. 2.14.7.4 y D.12.7.1), que leen con falsilla aristotélica, Bártolo y Baldo identifican dos *causae* –liberalidad y contraprestación– que se acercan a la distinción entre actos de liberalidad y actos de justicia conmutativa que los escolásticos situarán en el núcleo de sus sistematizaciones. Esta distinción está implícita en la forma final que Baldo dio a la doctrina de la causa, cuya razón de ser no se entendería sin ella.²⁶ La liberalidad es

privado moderno en Alemania y en Europa, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 85 ss.; útil también Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 2001.

22 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 39 y 40.

23 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 45.

24 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., p. 48.

25 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 49 ss., esp. 55 s.; Guzmán Brito, Alejandro, “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 23, 2001, pp. 269-304, ofrece una exposición completa de los significados de la palabra causa en la jurisprudencia medieval.

26 “... sine causa aequitas non dictat actionem nasci, ne qui male utatur substantia sua, et immerito locupletetur”, escribe Baldo en el n. 30 de su comentario a X. 1.4.11; los actos de liberalidad se alejan

un dar con *causa* y el intercambio, basado en la *aequalitas* de las prestaciones, tiene su *causa* en ellas. Conforme al derecho canónico y en contra del derecho romano, el pacto nudo genera acción, pero “*dummodo habeat causam*” precisa Baldo.

En su interpretación de D. 18.1.9, relativo al error,²⁷ Bártolo y Baldo entienden el error *in substantia* del § 2 en el sentido aristotélico de *substantia* o esencia (*ousia*), evitando la confusión de este concepto con *materia*. En el *Tractatus de alveo* Bártolo señala, igual que Santo Tomás, que la indicación de la esencia de una cosa (el ejemplo es el del vino que se avinagra del texto citado) depende del punto de vista desde el que se considera la cuestión: “*secundum considerationem materiae*” y “*secundum considerationem propriam*”.

Baldo distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato empleando terminología e ideas de clara raigambre aristotélica:²⁸ “*essentia contractus*”, “*finis secundum naturam*”, “*substantialia*”, “*naturalia*” y “*accidentalia*” del contrato; los *substantialia* son su “*radix originalis*”, los *accidentalia* “*sunt praeter naturam*” y los *naturalia* “*sunt secundum naturam*”.

Por último, en cuanto al justo precio (cfr. C. 4.44.2),²⁹ Baldo sitúa el principio de la *naturalis aequitas* en la base de todo remedio contra el enriquecimiento injusto, en pleno acuerdo con la idea aristotélica de la *aequalitas* que preside los actos de justicia conmutativa.

La conclusión general de Gordley es interesante.³⁰ El aristotelismo de Bártolo y Baldo es significativo menos en sí mismo que por anticiparse a la escolástica tardía. Y sobre todo, para reorganizar el derecho romano en torno a principios aristotélicos, esos

del esquema “mal uso de los bienes–enriquecimiento injustificado” precisamente porque tienen causa; la “*aequitas–aequalitas*” que preside los intercambios (actos de justicia conmutativa) previene en ellos el enriquecimiento injustificado; la equidad natural que ve Baldo en la exigencia de justo precio en la compraventa (C. 4.44.2) es, según él, una expresión del principio más general de D. 50.17.206: *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*.

27 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 59 ss.

28 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 63 ss.

29 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 66 s.; cfr. *supra*, nt. 26.

30 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., p. 68.

juristas tendrían que haber cambiado su proyecto y su método jurídico, su currículo formativo, su estilo de escritura jurídica y su sentido de identidad como académicos. Proyecto, método, formación, estilo e identidad: la sugerencia es que todo esto en conjunto es diferente en los autores de la Escuela de Salamanca. Por lo demás, el análisis de Bártolo y Baldo nos deja una relación de lo que llamo “núcleos temáticos” (recuerdo que también vamos buscando esto) que cubre sólo una parte de los que conforman el capítulo de Gordley sobre las doctrinas de aquella escuela, la cual constituye por sí misma el tercer estrato de los que vengo distinguiendo. Mucho más que un estrato en realidad.

El esquema del capítulo correspondiente de Gordley es el siguiente:³¹

FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO

Exigibilidad de las promesas

Causa

Oferta y aceptación

CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Violencia

Error y fraude (dolo)

EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Igualdad en el intercambio

Tipos de contratos y elementos naturales

Insinuado, como he dicho, ya en el capítulo sobre el derecho romano y los juristas medievales, este esquema se repite con ligeras adaptaciones en los capítulos 5 y 7 sobre “La recepción anglo-americana” y “La reformulación decimonónica”.³² Lógicamente, su elección no es arbitraria sino que responde a un conjunto de ideas aristotélico-tomistas que son, por decirlo de alguna manera, la raíz última de las doctrinas

31 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 69-111: “Síntesis”.

32 Por su propia naturaleza, el esquema en cuestión no conviene a los capítulos 4 y 8: “Discontinuidad en la tradición del derecho natural” y “Liberalismo y derecho contractual decimonónico”.

contractuales de la Segunda Escolástica. De forma muy resumida,³³ esas ideas son las siguientes: por derecho natural toda promesa es vinculante; el promitente debe entender la promesa y consentir en ella; debe asimismo comunicarla a la otra parte de forma adecuada, pero sólo se vincula bajo las circunstancias en las que entendió comprometerse. Las obligaciones contractuales dependen de la virtud que ejercen las partes: liberalidad o justicia conmutativa, en otro plano, también la fidelidad; la esencia de un contrato en cuanto acción moral se vincula a su finalidad, o sea, al fin inmediato que se proponen las partes, medio a su vez del fin último del hombre; un contrato cualquiera se define por su finalidad y de su definición se deriva una serie de obligaciones.

Las conexiones entre este conjunto de ideas y los temas apuntados en el esquema son más o menos evidentes y directas. Así por ejemplo, la exigibilidad de una promesa se relaciona con la virtud de la fidelidad; la causa, los tipos contractuales y los elementos naturales de los contratos, con la esencia y el fin del contrato; la oferta y aceptación, con la comprensión de la promesa y con el alcance de la misma; la igualdad en el intercambio, con la justicia conmutativa; etc. De todos modos, a mí me parece advertir una ausencia significativa en el esquema de Gordley: las donaciones o, en general, los actos de liberalidad no tienen un lugar específico equiparable al de los intercambios como actos de justicia conmutativa.

Se notará también, por otro lado, la falta de atención específica a la sistemática del derecho de contratos o, si se prefiere, de las exposiciones escolásticas sobre esa materia. Y sin embargo, éste es un tema fundamental porque la sistemática, lejos de ser un dato meramente formal, favorece la generalización y la reformulación teórica de los fenómenos jurídicos y no cabe duda de que éste es también el caso de la Escuela de Salamanca.³⁴ Pongo algún ejemplo: como he mencionado antes, en el prólogo del libro IV de su *De iustitia et iure*, donde se ocupa del *dominium*, Soto afirma que el tema

33 Gordley expone esta materia en su capítulo 2 (pp. 10 ss.): “Aristóteles y Tomás de Aquino”.

34 Cfr. las observaciones de Guzmán Brito, “Causa del contrato”, *op. cit.*, p. 305, en relación con el contrato y la teoría de la causa.

de la usura, los contratos y los cambios es el objeto de toda su obra, y añade que la razón principal que le hizo escribirla fue la infinidad de usuras, contratos y cambios, así como también de simonías, que observaba a su alrededor. Partiendo de aquí se comprende, aunque no deja de ser muy llamativo, que para exponer esta materia en el libro VI adopte, según explica en el prólogo del libro IV, el punto de vista de la “iniustitia commutativa” –¡no el de la justicia!–, y en concreto de aquellas injusticias que “in his pactis atque conventis versantur quae homines sua sponte faciunt”. Del resto del prólogo en cuestión se desprende que el enfoque elegido es demasiado estrecho, puesto que su consecuencia consiste en reducir el tratamiento del contrato a la valoración de la injusticia que puede darse en (todos) los contratos utilizando como única medida la norma de la usura; es decir, su consecuencia es la renuncia a un desarrollo completo y general de la materia contractual en sí misma considerada. Y en efecto esto es lo que sucede en Soto,³⁵ cuya exposición comienza con una cuestión primera “De la usura” a la que siguen doce más que no cubren –porque no se lo proponen– todo el ámbito de los contratos y tratan solamente, por lo que parece, de aquellas cuestiones que son más significativas para el punto de vista moral centrado en las manifestaciones de la “injusticia conmutativa”. Se constata, en todo caso, la importancia decisiva del concepto que un autor, Soto en este caso, coloca en el vértice de su sistema.³⁶

Soto mismo conecta el tema general del contrato con el cambio del dominio y así dice que “el dominio de las cosas y su división es la base y fundamento de todos los contratos, pactos y acuerdos que se celebran mediante la justicia conmutativa”.³⁷ De

35 Parecidos son los casos de Juan de Medina (1546) y Domingo Báñez (1594); el *De iure et iustitia decisiones* de este último contiene una extensa *quaestio* 77 sobre el fraude en la compraventa, mientras que los demás contratos –el mutuo, los censos, los seguros, las sociedades, los cambios y los montes de piedad– figuran en la *quaestio* 78, donde no son tratados por sí mismos sino desde el punto de vista de la usura.

36 Según Wieacker, Franz, “*Contractus und obligatio* im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, en *La Seconda Escolastica*, *op. cit.*, p. 227, el lugar original de la doctrina del contrato en la tradición teológico-moral se encuentra en el problema de la vinculación a la *promissio* (y al juramento promisorio) tal como fue desarrollado por la teología moral para el *forum conscientiae* y extendido con modificaciones al *forum externum*.

37 Soto, Domingo de, *De iustitia et iure*, lib. 4, Proemium; Duve, “La teoría de la restitución”, *op. cit.*, p. 184, indica que Soto sigue a Vitoria y se separa en este punto de Santo Tomás. En conexión con el

forma parecida, Molina, y como él otros exponentes de la Escuela, considera el derecho de contratos como parte de la doctrina relativa a las formas de adquisición del dominio.³⁸ Se trata también de una perspectiva de ordenación que no carece de interés, toda vez que la mencionada conexión de los contratos con las vicisitudes de la propiedad se inscribe *grosso modo* en una larga tradición con remotos orígenes en el derecho romano que llega hasta los códigos iusnaturalistas;³⁹ sin ir más lejos, el Código de Napoleón sigue considerando el contrato como uno de los modos de adquisición del dominio: lib. III: *Différentes manières dont on acquiert la propriété*, tít. 3: *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Empero, no es esto lo más importante. Los escolásticos tienden a englobar en la idea de *dominium* toda posible facultad sobre la cosa (“*facultas ad omnem usum*”) con el fin de convertir esa noción en plano de sustentación de la unidad del sistema y en vínculo común de todo tipo de actos comprendidos en el esquema de la *translatio dominii*, entre ellos el contrato.⁴⁰ Por otra parte, si bien la conexión con las vicisitudes de la propiedad confiere

deber de *restitutio*, Vitoria concentra los derechos reales y las obligaciones en torno a la idea de *dominium* utilizando como punto de vista exclusivo el dato de que pueden ser vulnerados por el robo: vid. Wieacker, “*Contractus und obligatio*”, *op. cit.*, p. 238; Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 42 ss. (sobre Vitoria), 117 ss. (sobre Soto).

38 Molina, *De iustitia et iure*, lib. 2: *De contractibus*, disp. 252; vid. Guzmán Brito, Alejandro, “La división de los contratos en Luis de Molina”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 10, 2013, pp. 207 s.; cfr. Guzmán Brito, “Causa del contrato”, *op. cit.*, pp. 331 ss.; Duve, Thomas, “Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik”, en Schmoeckel, Mathias, Condorelli, Orazio y Roumy, Frank (eds.), *Der Einfluss der Kanonistik auf der europäische Rechtskultur*, vol. 1: *Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, p. 404. Por su parte, Lessius vincula su exposición del derecho contractual a la cuestión de las *iniuriae* y la *restitutio*.

39 Vid. Wieacker, Franz, *História do direito privado moderno*, trad. portuguesa de Botelho Espanha, A. M., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 330; Wieacker, “*Contractus und obligatio*”, *cit.*, pp. 227 s.

40 Vid. el magnífico estudio de Grossi, Paolo, “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, en *La Seconda Scolastica*, *op. cit.*, pp. 117 ss., esp. 133, 162 ss.; sobre los contratos en Domingo de Soto, recientemente, Morentín Llamas, M. Lourdes de, “La contribución de la Escuela de Salamanca al desarrollo de la ciencia jurídica. El *dominium* y los actos traslativos de *dominium* en el pensamiento de D. de Soto”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017, pp. 431 ss.; según Lessius, la potestad legítima se equipara a poder o *dominium*; dentro de éste, el *ius ad rem* nace de cualquier contrato antes de que tenga lugar la tradición y “no concede una acción sobre la cosa misma, sino sobre las personas que puedan tener relación con la cosa”; la fama o el honor pueden ser objeto de dominio: vid. Megías Quirós, José Justo, “Derecho y propiedad en Leonardo Lessius (1554–1623)”, en *Persona y Derecho*, 30, 1994, pp. 231, 232, 240.

inevitablemente al contrato un carácter instrumental, lo cierto es que, para los autores que la adoptan, lo principal de esa conexión reside en el señalamiento indirecto de límites a la libertad contractual, que no puede sobrepasar los que afectan a la libre disposición de sus bienes por parte del *dominus*.⁴¹

Revisemos ahora los temas tratados por Gordley en su capítulo. En cuanto a la fuerza vinculante de los contratos,⁴² sin prescindir de la idea romana de la *ultra citroque obligatio* (D. 50.16.19), Molina y Lessius perfilan un concepto lato de contrato que pueda cobijar la promesa unilateral y el pacto (cfr. D. 50.12.3, D. 2.14.1). Según ese concepto, los contratos son actos de justicia conmutativa o bien actos de liberalidad basados en una *causa*.

Frente a Cayetano, para el cual la vinculación a una promesa⁴³ no es cuestión de justicia, sino sólo de fidelidad, Molina sostiene que la promesa es jurídicamente exigible, aun sin necesidad de entrega efectiva, si el donante entendió que era eficaz; en otro caso sólo produce un deber de honestidad. Lessius supera a los dos indicando que, aunque el derecho romano requiera a veces una forma, toda promesa es exigible por el solo hecho ser promesa. El significado práctico de este debate, escaso según Gordley, reside en la reforma de las reglas romanas sobre la fuerza ejecutiva de los contratos innominados y en el planteamiento, por primera vez, del problema teórico de la exigibilidad de los contratos.

Esto último nos lleva al tema de la *causa*:⁴⁴ para ser vinculante, cualquier contrato debe responder a una de dos *causae*, la liberalidad, que se corresponde con el ejercicio de la virtud homónima, o la recepción de una prestación a cambio de la propia, con el de la justicia conmutativa. Los escolásticos suelen expresar esta doctrina por medio de una clasificación de los contratos que los divide en celebrados *causa lucrativa* y

41 Vid. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 164 ss.; para Oñate, *De contractibus in genere*, lib. 1, tract. 1, disp. 4, sect. 1, parece incluso que la validez jurídica del contrato no se ve afectada por la (inmoralidad de) su causa final: cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 420 ss.

42 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 71 ss.

43 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 73 ss.

44 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 77 ss.

celebrados *causa onerosa*. Una presentación que dificulta a los modernos percibir la densidad moral de la idea, por lo que tienden a considerarla una tautología cuando no un intento de limitar la exigibilidad de las promesas. Por otro lado, la importancia de la doctrina de la causa no queda quizá bien reflejada en las páginas de Gordley, pues, más allá de su vinculación general con las virtudes dichas, las dos *causae* tienen un significado sistemático de primer orden que, en interacción con el concepto lato de contrato, permite atraer la donación promisorio a la esfera del derecho contractual;⁴⁵ además, por ejemplo en Molina, la causa ocupa un lugar no desdeñable en la exposición de los contratos innominados y en la de los pactos “desnudos” y “vestidos”;⁴⁶ también, como pronto veremos, en la discusión de los vicios de la voluntad. Tampoco Decock otorga gran importancia a la noción de *causa*, de la que dice que expresa únicamente, en el nivel de la voluntad, la verdad y razonabilidad del consentimiento de los contratantes en relación sobre todo con los vicios del consentimiento.⁴⁷

Sea como fuere, además de causa, ¿necesita una promesa –o en general una oferta– de la aceptación para ser vinculante?⁴⁸ Santo Tomás piensa que sí, pero Covarrubias, Soto y Molina señalan que la necesidad de aceptación es propia del derecho positivo, mientras que, conforme al derecho natural, la promesa por sí sola crea ya obligación. Sin discutir que esto sea así, Lessius observa que la aceptación es necesaria en cuanto *conditio sine qua non* del promitente para vincularse; así, en los contratos onerosos, a diferencia de los gratuitos, el ofertante no quiere vincularse hasta conocer la aceptación.⁴⁹

45 Vid. Guzmán Brito, “La división de los contratos”, *op. cit.*, p. 209.

46 Vid. Guzmán Brito, “La doctrina de Luis de Molina”, *op. cit.*, pp. 191 ss., 198 ss.; un amplio panorama sobre la causa en la jurisprudencia moderna en Guzmán Brito, “Causa del contrato”, *op. cit.*, pp. 304–365.

47 Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 149 ss.; en p. 151 nt. 540, señala que, hasta cierto punto, la doctrina de la *causa* de los escolásticos se puede investigar indirectamente a través de sus elaboradas discusiones sobre los vicios de la voluntad.

48 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 79 ss.; Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 187 ss.

49 Según Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, p. 79, Lessius, seguido por Grocio, y éste por Pufendorf, anticipa el concepto de “actos de palabra” de Austin al decir que las palabras son “signa

Desde que el derecho romano clásico lo identificara como elemento esencial y común a todo contrato (cfr. D. 2.14.1.3), el consentimiento ocupa el centro mismo de cualquier teorización en torno a esta materia. Eso quiere decir que hablar de la causa, de la oferta y la aceptación o del contenido y los elementos del contrato supone hablar asimismo del consentimiento. Ello no obstante, Gordley circunscribe el tratamiento correspondiente a los modernamente llamados vicios de la voluntad. Por lo que respecta a la violencia,⁵⁰ Molina y Lessius superan la conocida máxima “coactus, sed voluit” –según la cual la coacción no excluye el consentimiento ni invalida por tanto radicalmente el acto al que afecta–, con la idea de la lesión injusta causada a la víctima por su contraparte. Esta salida es inoperante cuando la amenaza ha provenido de un tercero; en tal caso el acto no es vinculante según el derecho romano, pero Lessius considera que la regla en cuestión es mero derecho positivo.

En lo que toca al error,⁵¹ los mismos escritores ponen la referencia de D. 18.1.9.2 al *error in substantia* en contacto con la necesidad de entender la esencia del acto realizado. Puesto que la plena voluntariedad de un acto requiere también su aptitud para alcanzar los fines últimos perseguidos por su autor, pensaron algunos que el dolo, afectando a la *causa*, destruye el consentimiento.⁵² Pero la relevancia del dolo no se debe a tal destrucción –que sólo el *error in substantia* es capaz de producir– sino, igual que en la violencia, a la injusticia de una de las partes contra la otra. Molina explica desde esta posición las reglas romanas que niegan el remedio contra la contraparte cuando el dolo lo ha cometido un tercero y disponen la anulabilidad de los contratos onerosos por el dolo que llamaríamos determinante (*dolus causam dans contractui*) pero no por error en la *causa*. También Lessius dice que “si non sit error circa substantiam, contractus est validus, modo dolus non det causam contractui”;⁵³ ahora bien,

quaedam practica, efficientia ididpsum quod significant” (II, cap. 18, dub. 5); cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, op. cit., p. 186.

50 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 82 ss.

51 Gordley, *The philosophical origins*, op. cit., pp. 85 ss; este apartado trata también del dolo.

52 Ésta era la idea que algunos medievales deducían de las referencias a la *causa* en textos como C. 4.44.6 y 9.

53 Lessius, *De iustitia et iure*, lib 2, sect. 3: *De contractibus*, cap. 17: *De contractibus in genere*, dub. 5, n. 28.

siguiendo a santo Tomás, diferencia entre el error en la causa principal (el fin inmediato que da al acto su especificidad) y el error en las condiciones accidentales y en las causas secundarias. Sólo el primero vicia radicalmente el consentimiento en cuanto cae sobre la substancia misma del acto, pero el error y el dolo en las causas secundarias también afectan al consentimiento, por lo que la rescisión del contrato viciado por dolo se basa en una razón doble: la injusticia y el defecto en el consentimiento.

Seguramente la exposición anterior habrá parecido un poco abstrusa. Descontada mi propia limitación, pienso que una razón de esa oscuridad se encuentra en la insuficiencia puntual de las explicaciones (en este caso de Gordley) sobre los usos de causa en el contexto relativo al error, lo que subraya la necesidad de proyectar toda la claridad que se pueda sobre ese concepto y sobre sus aplicaciones concretas.

Un primer hito en lo que respecta al contenido de la obligación contractual es la idea de igualdad en el intercambio concebida como exigencia de la justicia conmutativa.⁵⁴ Desde aquí se llega con extrema rapidez al problema del justo precio, cuyo planteamiento inicial en el derecho romano, de alcance muy limitado,⁵⁵ se convierte en punto de arranque de vastas teorías que desbordan la dimensión jurídica del contrato para adentrarse en el terreno de la economía: formación de los precios, papel del mercado, regulación pública de los precios, crítica de los monopolios, etc. Al final, de lo que se trata es de explicar cómo la fluctuación de los precios en el mercado preserva o no la igualdad. Si algo entiendo que se debe decir sobre esta discusión, es que su sesgo económico debe ser contenido en lo que supone de amenaza de desbordamiento para la redacción de una voz jurídica sobre el contrato; por ejemplo, al margen de mis observaciones anteriores sobre las consecuencias del punto de vista

54 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 93 ss. Pero la igualdad (*aequalitas*) proporciona también, por el trámite del justo precio, una importante perspectiva de análisis sobre las liberalidades (*donatio non praesumitur*): cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, *ob. cit.*, pp. 541 ss., 563 ss.

55 En C. 4.44.2 y 8 se establece la posibilidad de rescindir el contrato de compraventa sólo en los casos de venta de inmuebles por un precio inferior a la mitad de su justo valor (*laesio enormis*); santo Tomás explicaba esta limitación diciendo que no corresponde al derecho positivo ordenar todos los actos virtuosos.

adoptado por Soto para el conjunto de su exposición, creo recordar que este autor llama “precio”, más o menos, a toda prestación contractual. Se trata de una peculiaridad llamativa cuyo sentido convendría precisar dentro de los límites de lo propiamente jurídico. Digamos de paso que un probable paralelo de la holgura con la que Soto habla de “precio” se encuentra en la idea de *dominium* de los teólogos-juristas, que engloban en ella prácticamente todos los casos en los que alguien tiene un poder cualquiera sobre algo;⁵⁶ esta “dilatación paroxística” del concepto de *dominium* les permite llevar al terreno de la justicia conmutativa todo tipo de relaciones jurídicas.⁵⁷ La perspectiva, en todo caso, es claramente de orden moral.

Los tipos de contrato y los elementos naturales se relacionan también con el contenido de la obligación contractual.⁵⁸ El primer punto tiene claras implicaciones sistemáticas, aunque de segundo nivel puesto que se refieren a la clasificación de los contratos dentro de la *summa divisio* que los distingue en actos de liberalidad y actos de justicia conmutativa. Para santo Tomás, esa clasificación debe guiarse por el fin del acto para encuadrarlo en un tipo o en una categoría más amplia. Soto, Molina y Lessius siguen el esquema tomista con sólo algunos cambios menores.⁵⁹ Sobre los elementos naturales, los escolásticos, asumiendo el concepto romano de que son los que se encuentran en cada tipo de contrato en ausencia de previsión expresa y contraria de las partes, tratan de explicar en términos aristotélico-tomistas por qué son naturales. Gordley examina algunos ejemplos (la obligación del vendedor de manifestar al comprador los defectos ocultos de la cosa vendida, la regla *periculum est emptoris*) que no permiten inferir una explicación general del asunto; él mismo señala que los escolásticos no la alcanzaron, sino que se quedaron en el comentario de soluciones individuales del derecho romano sin acertar a presentarlas como conclusión única y necesaria de los principios que las explican. En todo caso, la vinculación de las partes

56 Cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 517 s.

57 La expresión “dilatación paroxística” es de Grossi, “La proprietà”, *op. cit.*, p. 124.

58 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, pp. 102 ss.

59 Soto pergeña también una clasificación diferente de todos los contratos posibles en siete tipos: *cambium*, *emptio*, *mutuatio*, *emphyteusis*, *commodatio*, *permutata accomodatio* y *loctio*; la lejanía respecto al sistema romano es evidente.

a los elementos naturales del tipo de contrato que realizan significa hacer efectiva su voluntad: “en términos tomistas, la esencia de cada tipo se define por el fin al que sirve, y los elementos son medios para ese fin”.

Por imperfecto que haya podido ser mi resumen, el capítulo de Gordley no va más allá. ¿Sería adecuado adoptarlo como prontuario completo de lo que debe abarcar la voz “contrato (y cuasicontrato)” del *Diccionario* que se proyecta? Seguramente no o, al menos, no de forma exclusiva. Si nos fijamos en el enunciado de las primeras diez *disputationes* de Molina sobre los contratos, que son las más generales,⁶⁰ o en el de las once *dubitationes* del capítulo de Lessius sobre los contratos en general,⁶¹ fácilmente notamos algunos temas imprescindibles que faltan en el tratamiento de Gordley. Además de lo ya señalado sobre la ausencia de las liberalidades y sobre la(s) sistemática(s), yo destacaría lo relativo a los pactos y a su relación con el contrato y también el tema del juramento; Molina, por ejemplo, tiende a considerarlo como uno de los modos de vestir los pactos (disp. 256), sobre lo cual observa Lalinde que “la causa de las obligaciones se evapora con la teoría de un juramento que debe cumplirse

60 Molina, *De iustitia et iure*, lib. 2: *De contractibus*, disp. 252-261: *pactum, et contractus, quid sint, et de obligatione civili, et naturali; de contractibus nominatis, et innominatis; qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura, et qui opere compleantur; de pacto nudo, et vestito, et quando ex pacto, ac contractu innominato oriatur, aut non oriatur, civilis obligatio; si pactum nudum iuramento confirmetur, num ex eo oriatur civilis obligatio, et num de iure canonico, et civili, detur ex illo actio; utrum ex pacto nudo naturali, atque in conscientiae foro, oriatur obligatio, et num de iure canonico, et in Regno Castellae actio ex eo concedatur; quousque in pacto nudo et contractibus innominatis, iure civili locus sit poenitentiae, et an de iure canonico, et in Regno Castellae, locum habeat; contractus, qui bonae fidei, et qui stricti iuris, et de aliis contractuum divisionibus; contractus iuxta loci consuetudinem, ac leges censendus est celebratus, et ad quorum contractuum probationem de iure Lusitano publica scriptura sit necessaria; qui possint contractus celebrare. En varias de las *disputationes* que siguen sobre las *promissiones* se tocan también puntos de alcance general; por ejemplo, la formación del consentimiento en las disp. 262-264 o los vicios del consentimiento en la disp. 267.*

61 Lessius, *De iustitia et iure*, lib 2, sect. 3: *De contractibus*, cap. 17: *De contractibus in genere: quid sit contractus, quid pactum; quot modis perficiantur contractus; quomodo dividitur contractus, et pactum; utrum omnis contractus pariat obligationem in foro conscientiae, et externo; utrum contractus, cui error vel dolus causam dederit, sit validus; utrum contractus, cui metus causam dederit, sit validus; utrum contractus per se invalidi confirmentur iuramento; quinam possint contrahere; quibus concedatur restitutio in integrum, si ex aliquo contractu damnum notabile acceperint; utrum in hac in integrum restitutione comprehendantur etiam fructus percepti; quando contractus fuit invalidus, quomodo debeat ratificari. El contenido de las quince secciones de la disp. 22 del *Tractatus de contractibus in genere et in specie* de Juan de Lugo (segunda parte del tomo VI de sus *Disputationes Scholasticae et morales*, primera ed. 1642), así como el orden en que se siguen, son muy parecidos.*

con tal que ese cumplimiento no implique intrínsecamente pecado”.⁶² La dialéctica entre el fuero de la conciencia y el fuero externo, auténtica seña de identidad de la Escuela e hilo conductor de sus doctrinas,⁶³ es otro de los aspectos a los que se debería prestar atención metódica y no ocasional; lo mismo pienso de la tensión entre formalismo y voluntad como uno de los aspectos principales que asume dicha dialéctica.⁶⁴ Y aún pueden aparecer otras cuestiones que yo me atrevería a calificar como exóticas; me pregunto, por ejemplo, por qué dedica Lessius a los testamentos y los legados uno de sus capítulos que ubica entre la exposición de las donaciones y la del mutuo;⁶⁵ esto que es en principio una rareza, ¿significa quizá que considera las disposiciones *mortis causa* como tipos de contrato?⁶⁶

Es necesario mencionar todavía otros dos estratos que en conjunto configuran lo que podríamos denominar “Wirkungsgeschichte” de las doctrinas contractuales de la Segunda Escolástica. Se trata del derecho natural racionalista y de lo que vino después de él. En cuanto al iusnaturalismo racionalista, Thieme señaló el camino al mostrar que la escolástica española es la mediadora entre la *Summa Theologiae* de santo Tomás y el *Jus Naturae et Gentium* de Hugo Grocio.⁶⁷ En vez de dedicar un capítulo especial a esa corriente, Gordley le concede espacio ubicando al final de cada apartado del capítulo relativo a la Segunda Escolástica algunos comentarios sobre la continuidad

62 Lalinde Abadía, “Anotaciones historicistas”, *op. cit.*, p. 327.

63 Thieme, “Qu’est ce-que nous, les juristes”, *op. cit.*, p. 15: el punto decisivo para la doctrina escolástica fue siempre la correspondencia con el derecho divino, el derecho natural, la justificación ante el “forum conscientiae”, el “forum internum”, la conciencia; entre otros muchos, Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 607 ss. (cfr. 621 ss.), insiste también en la necesidad de tener siempre presente esta perspectiva.

64 Decock dedica todo un capítulo (el n° 5) a este problema; específicamente sobre Luis de Molina, vid. pp. 400 ss.; es de advertir que Molina se ocupa de esta cuestión en el tomo I, tratado 2, disp. 81 de su *De iustitia et iure*, o sea, muy lejos de su tratamiento de los contratos, aunque el tema también aparece en la disp. 254 en relación con la clasificación de los contratos.

65 Lessius, *De iustitia et iure*, lib 2, sect. 3: *De contractibus*, cap. 19.

66 Cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 329 s., sobre el razonamiento “de los testamentos a los contratos” por parte de los civilistas, los canonistas y los teólogos, aunque no parece que sea éste el caso del capítulo de Lessius.

67 Thieme, “Qu’est ce-que nous, les juristes”, *op. cit.*, p. 7; en p. 18 menciona la conformidad frecuente en todos los detalles entre la teoría de Grocio sobre la restitución y las soluciones de la segunda escolástica, sobre todo en aquellas cuestiones en que se diferencian del derecho romano o sobrepasan la *Summa Theologiae* y el derecho canónico.

de sus doctrinas en autores como Grocio, Pufendorf, Barbeyrac, Domat y Pothier.⁶⁸ Su idea general es que, aunque los autores citados conservaron esas doctrinas, dejaron de explicarlas sobre la base de los principios aristotélicos y tomistas; luego, ya en Wolff, las formulaciones escolásticas empiezan a desaparecer.⁶⁹ Por su parte, Wieacker, que en su *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2ª ed., 1967) ya había ofrecido pistas interesantes, en un trabajo específico condensa la cuestión en tres “Hauptfragen” (y un balance final):⁷⁰ contrato y *promissio* en el sistema del derecho racionalista, la vinculación a la promesa y la realización del contrato y la *obligatio*. De la primera cuestión destaco la idea de que para Grocio, igual que para Molina y Lessius (“seine Gewährsleute”), el modelo de promesa y aceptación se refiere a la oferta y la aceptación de la propiedad. En lo que respecta a la segunda, la herencia de la tradición teológico-moral desarrollada inicialmente para el *forum conscientiae* se plasma en tres consecuencias: la validez del contrato se identifica con la fundamentación moral de la vinculación a la *promissio*, el contenido de las obligaciones contractuales se deriva de deberes interpersonales de carácter general y su determinación depende de la extensión y los límites de la oferta del promitente. Los clásicos del derecho racionalista (excepto Hobbes) se atienen también a la tradición escolástica en relación con la *obligatio*, ya que la conciben basada en un deber moral –promesa unilateral– o bien en la *aequalitas* –contrato bilateral.

Por último, salvo por la huella negativa que deja su ausencia, las ideas aristotélico-tomistas han desaparecido casi del todo en los autores del siglo XIX, cuya dedicación consiste supuestamente en describir el derecho positivo al margen de cualquier vinculación con principios filosóficos de más largo alcance. El único concepto con el

68 La atención prestada a los autores de esta escuela en el libro de Decock parece ser aún menos constante y sistemática; así por ejemplo, aparte de una serie de menciones aisladas a lo largo del texto, de Grocio se ocupan específicamente sólo la sección 3.4 del cap. 3 (Toward a General Law of contract), las secciones 4.2.4 y 4.3.4 del cap. 4 (Natural Limitations of ‘Freedom of Contract’), respectivamente sobre la violencia y el error, la sección 6.6 del cap. 6 (Substantive Limitations of ‘Freedom of Contract’) y la sección 7.7 del cap. 7 (Fairness on Exchange); para una evaluación de conjunto, vid. de todos modos Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 643 ss.

69 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, p. 71.

70 Wieacker, “*Contractus und obligatio*”, *op. cit.*, pp. 223-239, *passim*.

que operan esos juristas es la voluntad de las partes. Así, el carácter vinculante del contrato depende sólo de ella; la doctrina de la causa pierde todo sentido al separarse de las virtudes de la liberalidad y la *aequalitas*⁷¹ y por la misma razón se abandona la idea de la igualdad en los intercambios; la explicación de la necesidad de aceptación de la oferta, buscando deducirla de la definición del contrato sin apoyo en la virtud de la fidelidad, se vuelve laberíntica; sin el concepto de esencia, las interminables discusiones acerca de los vicios de la voluntad resultan inconcluyentes; a falta del andamiaje que aportaban los conceptos de naturaleza y esencia, la distinción de tipos contractuales y la determinación del contenido de cada tipo se pierden en consideraciones bizantinas acerca de la voluntad (o la ley) como fuente exclusiva de obligación. La voluntad es por supuesto el núcleo de las doctrinas contractuales de los tardoescolásticos, pero, a diferencia de ellos, los juristas del siglo XIX ya no la conciben como anuencia consciente a un tipo determinado de contrato al que son inherentes ciertos requisitos ni tampoco como ejercicio de una particular virtud, sino meramente como consentimiento a los *ipsissima verba* de un contrato.⁷²

5 Método escolástico y continuidad/discontinuidad conceptual

El método de los escolásticos se basa en la definición y la clasificación. Estas dos operaciones están íntimamente relacionadas, puesto que definir significa determinar género y diferencia específica y esto implica ya clasificar. La definición atiende a la naturaleza o esencia, que viene dada por el fin o causa final de aquello que se define y

71 Señala Guzmán Brito, “La doctrina de Luis de Molina”, *op. cit.*, pp. 204 s., que la cuestión de la causa “siempre estuvo en relación dialéctica con el problema de si el solo consenso produce obligaciones o no las produce”; de ahí que, “cuando el consensualismo fue definitivamente aceptado, la causa se hizo innecesaria”.

72 Gordley, *The philosophical origins*, *op. cit.*, p. 208; como apunta Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, p. 1, mientras que para los escolásticos no había contradicción entre enfatizar la autonomía la voluntad y entender las relaciones contractuales en términos morales, las “will theories” decimonónicas se consideraron caracterizadas por la ausencia de consideraciones de este tipo.

que se presume objetiva y constante. Por esta razón, de la definición es posible derivar todas las consecuencias que puedan corresponderse con la naturaleza de lo definido.

La clasificación tiene una relación concreta evidente con la sistematización y por aquí es por donde podría fallar la presunción de objetividad que subyace a la aplicación del método. Así lo indican, al menos en mi opinión, las propuestas tan diferentes de sistematización del contrato que es posible encontrar en los autores de la Escuela. Sea como fuere, todas ellas comparten un mismo marco ideológico de matriz teológica cuya clave es la *salus animarum*, lo que contribuye a unificar su intención. Todo lo que se pueda razonar y decir acerca del contrato se debe inscribir en esta estructura, de ahí la unánime coloración moral de las exposiciones escolásticas sobre esa materia, cuyo propósito genuino es la moralización del derecho contractual, el desarrollo y la exposición de un derecho de contratos coherente con unas bases morales determinadas.

A su vez, la asunción de esas bases implica que la objetividad se predica también del universo moral. Dentro de él hay naturalezas o esencias y fines de indole objetiva, reconocibles como tales y cuya identificación es lo que permite emplear eficazmente el método. Por otra parte, en términos aristotélico-tomistas el ámbito de la moralidad es el de la acción voluntaria y consciente y coincide con el ámbito de las virtudes; sobre todo, en lo que afecta al contrato, la justicia conmutativa, la liberalidad y la fidelidad. Un derecho contractual que no descuide el fin último del hombre, o sea, la salvación, debe hacer las cuentas con estas virtudes y balizar su ejercicio dentro de un campo marcado por la objetividad ontológica.

En todo caso, insisto, eso lo hacen los teólogos-juristas de formas distintas que acaban plasmándose en sistematizaciones diferentes. El rasgo común de por lo menos las más acabadas de ellas es la aspiración a la generalidad y en primer término el diseño de una doctrina o teoría general del contrato, siendo esto quizás el mayor logro de la

Escuela.⁷³ Todo lo dicho se entiende muy bien desde los presupuestos de unidad y objetividad en los que estos autores asientan su reflexión.

En cuanto a la continuidad y la discontinuidad conceptual, tanto la una como la otra dependen del citado planteamiento unitario de vocación general; es decir, no se dan ni se justifican por sí mismas sino siempre en subordinación a ese intento. Esto tiene consecuencias inmediatas y tan visibles como pueda ser, por ejemplo, la falta de autonomía de la materia contractual, pues no otra cosa supone la presentación de la misma en relación instrumental con la idea de *dominium*, idea muy distinta a su vez del concepto de propiedad del *ius commune*. Es curioso que en el origen de la importante serie de cambios que se dan en el interior del derecho de contratos se haya podido encontrar ese otro cambio en el concepto central de un sector del derecho privado que en principio, conforme a la tradición secular, tiene su propia y separada entidad. Y asimismo me parece muy significativo que el cambio en cuestión haya consistido, en buena medida, en la manipulación y el sacrificio de casi cualquier tecnicismo con el fin de alimentar la “dilatación paroxística” del *dominium* explicada por Grossi. Se produce así una primera y fundamental alteración en la concepción funcional del contrato –de acto generador de obligaciones, exclusivamente, a avatar del nuevo *dominium*– que a su vez facilita el ingreso en la órbita contractual de relaciones jurídicas que, como la enfiteusis o los censos, son *prima facie* ajenas a ella. Incluso, no sería descabellado pensar que algún autor en algún momento barajó la posibilidad de alcanzar la plena moralización de la materia contractual con recurso prácticamente exclusivo a la noción de *restitutio*; indicios de ello no faltan,⁷⁴ pero al fin parece que predominó la otra opción.

73 Señalo aquí la reciente tesis doctoral de Cores Helguera, Carlos de, *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra "De contractibus", de Pedro de Oñate S. J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, defendida en la Universidad Pontificia de Comillas en 2014; acceso abierto en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=67095>.

⁷⁴ Cfr. *supra*, nts. 8-9 y texto correspondiente. Significativamente, el *Tratado de los contratos* de Pierre de Jean Olivi (hacia 1294) consiste en tres capítulos encadenados sobre la compraventa, la usura y la restitución; vid. la reciente traducción con estudio preliminar y notas de Ramis Barceló, Rafael y Ramis Sierra, Pedro, *Pierre de Jean Olivi, Tratado de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2017.

Sin ser de ningún modo el vértice del sistema, sino en todo caso de un subsistema, el concepto de contrato cambia y se amplía; o más bien su sustancia se traslada al concepto de pacto, que viene a ser ahora el género al que pertenece la especie contrato. Aunque siguen aportando ingredientes a la elaboración de la doctrina general, las clasificaciones tradicionales de los contratos –nominados/innominados, reales/verbales/literales/ consensuales, de buena fe/de derecho estricto, onerosos/gratuitos, solemnes/no solemnes– y las de los pactos –*nuda/vestita*, pactos legítimos– pierden gran parte de su importancia. Allí donde es posible divisar un acuerdo entre partes, con el esquema subyacente de la promesa y la aceptación, se reconoce la existencia de un pacto o contrato eficaz cuando menos en el *forum conscientiae*. Puesto que responden a ese esquema, también las donaciones en general son ahora contratos; su raíz moral coincide con la de las relaciones obligacionalmente unilaterales, a saber, la virtud de la liberalidad.

Hay pues un concepto general de contrato que representa en sí mismo una novedad y que posibilita la aplicación del método escolástico para elaborar una teoría general igualmente nueva y una visión renovada de cada contrato y de sus problemas particulares. Como ya he señalado, la matriz es moral o teológico-moral, pero los materiales de construcción, si puedo decirlo así, proceden del *ius commune* romano-canónico y de los derechos municipales. Por ejemplo, los romanos reconocen el papel esencial de la *conventio* en todo contrato y, por supuesto, en los pactos, pero no dan el paso de reunir todo ello en una categoría unitaria porque, por un lado, sólo cuatro de sus *contractus* consisten en el consentimiento sin más requisitos, y por otro, sólo unos pocos pactos están provistos de acción. La doctrina medieval de los *vestimenta* no llega a superar estas barreras, si bien es verdad que el derecho canónico sí lo consigue⁷⁵ y, de ser cierto lo que dice Molina, el derecho castellano también.⁷⁶ Para los escolásticos, favorecidos especialmente por estos dos últimos datos, las compartimentaciones

75 X. 1, 35, 1: *pacta quantumcumque nuda servanda sunt*; cfr. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 122 ss.

76 Molina, *De iustitia et iure*, lib. 2: *De contractibus*, disp. 257, nn. 12-13; cfr. Guzmán Brito, “La doctrina de Luis de Molina”, *op. cit.*, pp. 201 ss.

anteriores carecen de justificación, pero eso no supone la anulación de la multitud de reglas concretas surgidas al amparo de ellas sino la redefinición de su campo de aplicación. En el derecho romano, la transformación de la donación de causa negocial (la *causa donandi*) en acto o negocio típico se debió a una razón tan contingente como la exigencia de *insinuatio* introducida por el emperador Constantino. Sin embargo, acto típico no es todavía *contractus* y el paso a la donación-contrato requerirá la entronización del acuerdo de voluntades y el vínculo con la virtud de la liberalidad.⁷⁷ En el origen de la extensa reflexión de los escolásticos en materia de justo precio se encuentra la conexión de las leyes romanas relativas a la rescisión de la compraventa por *laesio enormis* con la exigencia de *aequalitas* entre las prestaciones de las partes. Una vez más, de un supuesto concreto relativo a un contrato determinado se toma ocasión para una doctrina amplísima que además desborda los límites del derecho.

Son sólo unos pocos ejemplos dirigidos a mostrar de forma significativa la combinación de continuidad y discontinuidad que caracteriza las exposiciones de los teólogos-juristas sobre el derecho de contratos.

6 Concluyendo: algunas observaciones de carácter práctico

Termino recogiendo sintéticamente una serie de aspectos que a mi entender no debería descuidar el redactor de la voz del futuro *Diccionario*. Los expongo sin seguir ningún orden especial.

Vendría bien un pronunciamiento razonado sobre la importancia real de las doctrinas contractuales de la Segunda Escolástica frente a las opiniones que la niegan o la

⁷⁷ Vid. no obstante Vázquez de Menchaca, Fernando, *Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium libri sex*, Francofurti, 1668, *Controversiarum usu frequentium*, lib. 1, cap. 13: *De donatione uxoria*, n. 2: *Donatio continetur appellatione contractus*.

relativizan o que rebajan su valor práctico. Por razones lógicas, es posible que este pronunciamiento deba ubicarse al final de la voz.

Es preciso delimitar bien el tema y su contenido respecto del que pueda corresponder a otros términos del *Diccionario*. La materia es tan vasta que requiere tomar decisiones en este sentido, ya que la voz que se redacte no podrá ser una imagen especular ni de uno solo de los grandes tratados escolásticos de derecho contractual. *A priori*, esas decisiones se pueden adoptar de dos formas, desde fuera y desde dentro, aunque su resultado deberá ser siempre el mismo, esto es, limitar la exposición a la doctrina general del contrato y reducir al máximo la de los contratos en particular. Para proceder desde fuera puede ser útil tener en cuenta las cuestiones más generales de Molina o Lessius, siempre sin olvidar que hay aspectos asimismo de alcance general que se ubican fuera de ellas; otra posibilidad sería utilizar alguno de los esquemas dogmáticos al uso como, por ejemplo, el diseñado por Guzmán Brito precisamente para el estudio de los orígenes históricos de la teoría general del contrato: concepto, divisiones o clasificaciones, requisitos o elementos, modalidades, efectos y nulidad.⁷⁸ Procediendo desde dentro se trataría de seleccionar los temas y problemas a tratar mediante la proyección sobre la entera materia del contrato de una serie de ideas o presupuestos filosóficos fundamentales, de modo de obtener una visión esencial y orgánica del contrato en la Segunda Escolástica; el libro de Gordley, con sus insuficiencias, puede ejemplificar la segunda opción; también la monumental obra de Decock, que adopta como punto de partida una idea, la de libertad contractual, que en palabras del autor ofrece una perspectiva legítima sobre la doctrina contractual de los escolásticos y permite “organizar una vasta y compleja literatura en torno a una idea central sin hacer injusticia a las fuentes”.⁷⁹

78 Guzmán Brito, Alejandro, “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 22, 2000, p. 47; en pp. 53 ss., las posibles correspondencias del esquema de Luis de Molina con el propuesto por Guzmán.

79 Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, p. 9.

La diversidad de perfiles que presentan los autores pertenecientes a la Escuela de Salamanca planteará seguramente problemas difíciles a la hora de querer integrarlos en la exposición; de hecho, es significativo el dato de que Gordley, de quien podemos suponer que no careció de espacio, utilice fundamentalmente las obras de sólo tres de ellos: Soto, Molina y Lessius; igualmente el hecho de que Decock no sólo prescinda de casi toda la literatura escolástica sobre contratos escrita en lengua vernácula (con la ocasional excepción de Tomás de Mercado), sino que opta por concentrar su estudio en Lessius como principal vía de acceso al resto de la literatura.⁸⁰ De todos modos, un buen conocedor de la materia debería intentar aquella integración siquiera sea para dejar constancia de que dentro de la Escuela hubo –si es que las hubo, pues de momento esto es conjetura mía– una línea especulativa y otra de orientación práctica, siempre en referencia al derecho de contratos.

Las cuestiones de cronología son importantes y las de intertextualidad sencillamente no se pueden considerar sino a la luz de la cronología. Para ponderar la importancia de este aspecto basta recordar la obviedad de que la comparación entre autores es indispensable para determinar los cambios o avances que puedan haberse producido en sus doctrinas.

Incluso los teólogos–juristas de inclinación más teorizante manejan continuamente el derecho positivo (romano, canónico, municipal). En algunos casos lo hacen para constatar desviaciones respecto al derecho natural y en otros para señalar coincidencias con él. Siendo imposible reflejar con detalle todo esto, sí parece oportuno dejar clara constancia de tan interesante dialéctica.

La comprensión histórica de lo que supuso la escolástica tardía para el derecho de contratos requiere una información sucinta pero suficiente sobre el estado anterior y coetáneo de ese derecho. El tema no es el derecho justiniano ni el *ius commune*, pero, por lo indicado en el párrafo anterior, estas fases o estratos no se pueden obviar; de todos modos, aunque yo no me haya privado de exponer un panorama general del

80 Vid. Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 14 ss.

derecho justinianeo, tiendo a pensar que la consideración autónoma de este primer estrato (y también del constituido por los juristas medievales) no es del todo indispensable en la voz del *Diccionario*. Aunque la forma y la extensión son discutibles, tampoco deben faltar en ella las etapas del iusnaturalismo racionalista y los desarrollos posteriores.

A lo largo de mi exposición he identificado algunos puntos que en mi opinión merecen figurar con entidad propia en la exposición. Son las liberalidades, las cuestiones de sistemática, el concepto mismo de contrato (y su extensión a los pactos y otras figuras no contractuales en principio en las representaciones del derecho romano y el *ius commune*)⁸¹, el juramento, la relación fuero interno–fuero externo y el problema del formalismo. Los tres primeros tienen su propio peso específico al margen de la reflexión de los escolásticos y aun antes de ella, por lo que será muy necesario atender a las modalidades de su presencia y aprovechamiento en esa reflexión.

Por último, respecto al marco histórico, filosófico y jurídico de los conceptos y sus eventuales modificaciones –respecto a su “Sitz im Leben”– considero que se debe evitar la tentación de establecer conexiones fáciles entre el desarrollo de las doctrinas jurídicas y los contextos políticos y socio–económicos o las corrientes filosóficas e ideológicas imperantes en cada momento. No niego que puedan existir esas conexiones, mi advertencia quiere más bien prevenir contra un tipo de explicación que no valora debidamente la identidad y la autonomía del objeto al que se refiere.⁸² El capítulo de Gordley sobre el liberalismo y el derecho de contratos decimonónico representa una fenomenal advertencia en este sentido; ciñéndome a lo que nos interesa, cito dos frases que sugieren lo que quiero decir: “los escolásticos tardíos aplicaron la filosofía aristotélico–tomista a problemas jurídicos de forma consciente y

81 Cfr. Wieacker, “*Contractus und obligatio*”, *op. cit.*, pp. 226 s., que afirma que el concepto general de contrato no tiene en la tradición teológico–moral, ni en el derecho romano clásico ni en el *ius commune* el rango dominante en la jerarquía del sistema que se le dio en las Instituciones de Justiniano y que alcanzará de nuevo en las codificaciones iusnaturalistas y en el sistema pandectista.

82 Sobre este problema, cfr. las interesantes consideraciones de Decock, *Theologians and Contract Law*, *op. cit.*, pp. 3 ss.

consistente. Pero no lo hicieron porque esa filosofía fuera de general aceptación, sino porque querían revivirla”.⁸³

83 Gordley, *The philosophical origins, op. cit.*, p. 215.

Bibliografía

Fuentes primarias

Albornoz, Bartolomé de, *Arte de los contratos*, Valencia, 1573.

Alcalá, Luis de, *Tratado de los préstamos que passan entre mercaderes y tractantes y, por consiguiente, de los logros, cambios, compras adelantadas y ventas al fiado*, Toledo, 1543.

Báñez, Domingo, *De iure et iustitia decissiones*, Salamanca, 1594.

Lessius, Leonardo, *De iustitia et iure*, Antverpiae 1621, lib. 2, sect. 3: *De contractibus*.

Medina, Juan de, *Codex de restitutione et contractibus*, Madrid, 1546.

Molina, Luis de, *De iustitia et iure*, lib. 2: *De contractibus*, Cuenca, 1597.

Oñate, Pedro de, *De contractibus in genere*, Roma, 1646, lib. 1.

Palacio, Miguel de, *Praxis theologica de contractibus & restitutionibus*, Salamanca, 1585.

Soto, Domingo de, *De iustitia et iure*, Salamanca, 1553, lib. 4 y 6.

Vázquez de Menchaca, Fernando, *Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium libri sex*, Francofurti, 1668, *Controversiarum usu frequentium*, lib. 1.

Villalón, Cristóbal de, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovación de usura*, Valladolid, 1541.

Bibliografía secundaria

Astuti, Guido, v. “Contratto (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, IX, Varese, Giuffrè, 1961.

H. Coing, *Derecho privado europeo*, vol. 1: *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

Cores Helguera, Carlos de, *El origen histórico de la teoría general del contrato. La teoría general del contrato en la tradición jesuítica. La obra "De contractibus", de Pedro de Oñate S. J., como precursora de conceptos fundamentales del derecho contractual actual*, defendida en la Universidad Pontificia de Comillas en 2014; acceso abierto en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=67095>.

Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Duve, Thomas, “La teoría de la restitución en Domingo de Soto. Su significación para la historia del derecho privado moderno”, en Cruz Cruz, Juan (ed.), *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, Pamplona, EUNSA, 2007.

Duve, Thomas, “Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik”, en Schmoeckel, Mathias, Condorelli, Orazio y Roumy, Frank (eds.), *Der Einfluss der Kanonistik auf der europäische Rechtskultur*, vol. 1: *Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009.

Feenstra, Robert, “L’influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972.

Gordley, James, *The Philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Grossi, Paolo, “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972.

Guzmán Brito, Alejandro, “Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, III: los orígenes históricos de la teoría general del contrato”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 22, 2000.

Guzmán Brito, Alejandro, “Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 23, 2001.

Guzmán Brito, Alejandro, “Introducción (Juristas de los siglos XVI y XVII)”, en Domingo, Rafael (ed.), *Juristas universales*, vol. 2: *Juristas modernos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Guzmán Brito, Alejandro, “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, en *Annaeus. Anales de la tradición romanística*, 1, 2004.

Guzmán Brito, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009.

Guzmán Brito, Alejandro, “La división de los contratos en Luis de Molina”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 10, 2013.

Lalinde Abadía, Jesús, “Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolástica”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972.

Landau, Peter, “Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien”, en Scholler, Heinrich (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

Landau, Peter, “Spanische Spätscholastik und kanonistische Lehrbuchliteratur”, en Grunert, Frank y Seelmann, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Niemeyer, 2001.

Megías Quirós, José Justo, “Derecho y propiedad en Leonardo Lessius (1554–1623)”, en *Persona y Derecho*, 30, 1994.

Morentín Llamas, M. Lourdes de, “La contribución de la Escuela de Salamanca al desarrollo de la ciencia jurídica. El *dominium* y los actos traslativos de *dominium* en el pensamiento de D. de Soto”, en *Glossae. European Journal of Legal History*, 14, 2017.

Osti, Giuseppe, v. “Contratto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, UTET, 1959.

Ramis Barceló, Rafael y Ramis Sierra, Pedro, *Pierre de Jean Olivi, Tratado de los contratos*, Madrid, Dykinson, 2017.

Thieme, Hans, “Qu’est ce-que nous, les juristes, devons à la Seconde Scolastique espagnole?”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972.

Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 2001.

Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Lex Nova, 1998.

Wieacker, Franz, “*Contractus* und *obligatio* im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung”, en Grossi, Paolo (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972.

Wieacker, Franz, *História do direito privado moderno*, trad. portuguesa de Botelho Espanha, A. M., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Francisco Cuenca Boy, Facultad de Derecho, Avda. de Los Castros s/n, 39005
Santander; dirección electrónica: cuenafj@unican.es

The School of Salamanca. A Digital Collection of Sources and a Dictionary of its Juridical-Political Language is a long-term project of the Academy of Sciences and Literature Mainz in cooperation with the Goethe University Frankfurt and the Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt.

The School of Salamanca's significance and influence on more than one continent as well as in different academic fields have given rise to an impressive multitude of research efforts in various disciplines: philosophers, historians, jurists, legal historians, and theologians pursue the reconstruction of complex subareas of the Salamantine intellectual edifice. The sheer number of these research projects worldwide has caused a notable fragmentation of the scientific landscape. Not only the connections between persons, texts, and disciplines threaten to become lost, but also the understanding of comprehensive questions and methods. *The School of Salamanca. A Digital Collection of Sources and a Dictionary of its Juridical-Political Language* addresses the needs of a growing international scientific community by facilitating the access to primary sources, their concepts and contexts.

Further information on www.salamanca.adwmainz.de.

A project of



Akademie
der Wissenschaften
und der Literatur
Mainz

Max-Planck-Institut für europäische
Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main



MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT



Contact

The School of Salamanca

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

Hansaallee 41

60323 Frankfurt am Main

Tel.: + 49 69 789 78161

www.salamanca.adwmainz.de