

«LOCATIO, ET CONDUCTIO, QUAM AFFINIA EMPTIONI, ET VENDITIONI SIT»: LUIS DE MOLINA, *DE IUSTITIA ET IURE*, DISP. 487

FRANCISCO CUENA BOY
Universidad de Santander

RESUMEN: Entre el arrendamiento y la compraventa señala Molina siete semejanzas que analiza comparando la *locatio-conductio* con el modelo contractual proporcionado por la *emptio-venditio*. Su método, común entre los autores de la Escuela de Salamanca, se basa en el uso regular de definiciones y clasificaciones, en este caso para deducir el concepto de *locatio-conductio* y el régimen jurídico al que se sujeta este contrato. Todo ello con la vista puesta en los derechos municipales castellano y portugués y en las relaciones entre el fuero externo y el fuero de la conciencia, rasgo, este último, característico de los autores de la citada Escuela.

PALABRAS CLAVE: *locatio-conductio*, *emptio-venditio*. Luis de Molina.

ABSTRACT: Between lease and sale, Molina points out seven similarities that he analyzes by comparing the *locatio-conductio* with the contractual model provided by the *emptio-venditio*. His method, common among the authors of the *Escuela de Salamanca*, is based on the regular use of definitions and classifications, in this case to deduce the concept of *locatio-conductio* and the legal regime to which this contract is subject. All with an eye on Castilian and Portuguese municipal laws and on the relations between the external forum and the jurisdiction of the conscience, trait, the latter, characteristic of the writers of the aforementioned *Escuela*.

KEYWORDS: *locatio-conductio*, *emptio-venditio*. Luis de Molina.

I. INTRODUCCIÓN

Tanto en el Digesto como en las Instituciones se menciona la proximidad del contrato de arrendamiento al de compraventa; según las fuentes, su parecido consiste, en particular, en que, así como la *emptio-venditio* requiere *convenire de pretio*, también la *locatio-conductio* se basa en el acuerdo sobre la *merces*.¹ En lo que respecta al derecho romano

¹ I. 3.24 pr.: *locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur*

el tema no tiene nada de nuevo y yo no pretendo darle ningún aire de originalidad.² Sin embargo, con ocasión de una lectura del *De contractibus* de Luis de Molina emprendida en principio con otros fines, me ha parecido interesante la forma en que este autor concreta el parecido entre ambos contratos en una serie de aspectos que desarrolla sistemáticamente. Esos aspectos los sintetiza Molina en la *disputatio* 487 de su gran tratado *De iustitia et iure*, la cual forma parte del tomo II de este tratado, o sea, precisamente el *De contractibus* que acabo de mencionar;³ su rúbrica es la que sirve de título a mi trabajo y el enunciado de su único número es el siguiente: *Locatio, et conductio in quibus conveniant cum emptione, et venditione*. Como es lógico partiré de la *disputatio* citada, que no me servirá sin embargo más que de índice, de poste de señalización o de distribuidor porque, como se podrá comprobar a lo largo de mi exposición, la mayoría de los puntos que se mencionan en ella no dan todo de sí sino en otros lugares de la obra.

El jesuita Luis de Molina (Cuenca, 1535-1600) es uno de los máximos exponentes de la Escuela de Salamanca. Entre 1563 y 1567 enseñó filosofía en la Universidad de Coimbra; en la de Évora fue catedrático de *prima* de teología desde 1568 hasta 1584. En 1591 se retiró a Cuenca para dedicarse a escribir y en 1600 fue nombrado profesor de ética en el Colegio Imperial de Madrid, falleciendo seis meses después. Este breve *curriculum* no nos lo presenta especialmente como jurista, pero lo cierto es que, de entre todos los miembros de la referida escuela (los teólogos-juristas o teólogos-moralistas), Molina destaca por la enorme influencia que tuvo su obra sobre la ciencia jurídica coetánea y posterior. Ello aun a pesar de que su inclinación hacia la casuística y su atención a los hechos de la realidad cotidiana desdibujan en alguna medida el interés que pueda ofrecer desde el punto de vista de las teorías generales.⁴ Sea lo que fuere de esto, y aun con cierta reserva motivada por la intención con la que Molina escribió su tratado *De iustitia et iure*, en lo que toca a la parte *De contractibus* se puede asumir por ahora el juicio de Lalinde, para quien esa obra en su conjunto «es una exposición de la materia jurídica conforme a la doctrina de los romanistas, a quienes demuestra conocer bien»; añade

si merces constituta sit; D. 19.2.2 pr., Gai. 2 rer. cott.: locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit; vid. también G. 3.142 y 145-147, I. 3.24.3-4, D. 19.2.2.1, D. 19.2.22.3; cfr. Cato, de agri cultura, 150.

² Vid. por todos MAYER-MALY, Th., *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, Herold, 1956, pp. 63 ss.; MASCHI, C. A., «Locazione, vendita, contratto di lavoro, Critica e ricostruzione di Gai 3, 145-147», en *Bollettino della scuola di perfezionamento e specializzazione di diritto del lavoro dell'Università di Trieste*, 9, 1963, pp. 24 ss.; FIORI, R., *La definizione della «locatio conductio»*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 183 ss.; un apunte en HÄHNCHEN, S., «Die Abgrenzung der aus locatio-conductio resultierenden Klagen von anderen Aktionen», en ANDRÉS SANTOS, F. J., BALDUS, Ch. y DEDECK, H. (eds.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München, Selier, 2011, pp. 83 s.

³ El tomo II, *De contractibus*, del *De iustitia et iure* de Luis de Molina se publicó por primera vez en Cuenca: *De Iustitia: tomus secundus de contractibus... Doctore Ludouico Molina... è Societate Iesu autore*, Conchae, ex officina Michäelis Serrano de Vargas, 1597. Yo he utilizado esta edición: *De iustitia et iure tractatus, qui est de iustitia commutativa circa bona externa: alias de contractibus*, Venetiis, apud Sessas, 1614.

⁴ Los datos anteriores proceden fundamentalmente de TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. 2: *Del Renacimiento a Kant*, 3.^a ed., Madrid, Alianza, 1988, pp. 169 s.; vid. también RABENECK, J., «De vita et scriptis Ludovici Molina», en *Archivium Historicum Societatis Jesu*, 19, 1050, pp. 75 ss.; GALÁN, M., «Luis de Molina (1535-1600)», en DOMINGO, R. (ed.), *Juristas universales*, vol. 2: *Juristas modernos*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 254 ss., con lit.

este autor que de los miembros de la Escuela de Salamanca «sólo Molina parece haber sido consultado por los juristas con cierta continuidad».⁵

Ya que he mencionado la intención de Molina, no debo acabar esta introducción sin hacer referencia, por pequeña que sea, al designio que preside la reflexión y la escritura de los miembros de la Segunda Escolástica sobre el derecho de contratos. Los teólogos-moralistas de la Escuela de Salamanca desarrollan doctrinas acerca del derecho natural partiendo de la filosofía aristotélico-tomista o, de cualquier modo, presuponen esas doctrinas y las aplican en sectores concretos del ordenamiento. Comparten un marco ideológico de matriz teológica cuya clave descansa en la *salus animarum*; todo cuanto puedan razonar y decir acerca del contrato se debe inscribir y se inscribe de hecho en esa estructura, lo que confiere a sus exposiciones sobre esta materia una unánime coloración moral. El propósito genuino de todas ellas es, en definitiva, la moralización del derecho contractual, el desarrollo y la exposición de un derecho de contratos coherente con unas bases morales determinadas que suponen la conciliación de la libertad contractual con el pleno respeto de dos virtudes que presiden, respectivamente, los contratos lucrativos y los onerosos: la liberalidad y la justicia conmutativa con su insoslayable exigencia de *aequabilitas* en los intercambios.⁶

Teniendo en cuenta que el arrendamiento –como también la compraventa– pertenece a la clase de los contratos onerosos, el significado de lo que acabo de indicar se desprende del modo más perfecto del siguiente párrafo de Molina, perteneciente a una de las numerosas *disputationes* que dedica al problema del precio en la compraventa:

Quod autem pro communi utilitate est introductum, esse non debet in gravamen unius potius, quam alterius, iure naturali id efflagitante, quod praescribit, ut, quod tibi rationabiliter non vis fieri, alteri non facias: esset autem in gravamen unius potius, quam alterius, nisi aequalitas servaretur inter rem, et pretium, aut inter quascumque res alias, quas commutarentur, quod utique contra iustitiam esset commutativam, cuius est constituere aequalitatem in commutationibus: quo fit, ut egressus quicumque a latitudine tota iusti pretii, sit peccatum contra iustitiam commutativam, atque adeo ut, quod ita defraudatum est, restitutioni sit obnoxium.⁷

⁵ LALINDE ABADÍA, J., «Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolástica», en GROSSI, P., (cur.), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 308 s. y 358, respectivamente; según GUZMÁN BRITO, A., «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».

⁶ Sobre el tema, vid. DECOCK, W., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 509 ss., 606 ss.; con enfoque sintético, ID., «La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)», en *Derecho PUCP*, 73, 2014, pp. 513 ss.; pionera e imprescindible todavía es la investigación de GORDLEY, J., *The Philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, esp. el cap. 4.

⁷ Disp. 350, n. 4.; cfr. Pedro de Oñate, *De contractibus*, I, Romae, 1647, tract. 1, disp. 1, proem., n. 10: «Quia supposita rerum divisione subintravit protinus naturale ius, in his commutationibus naturalem aequitatem servandam esse, praecipiens: non solum ut, quod tibi non vis, alteri ne feceris, sed etiam, ut in his servetur aequalitas rei ad rem, quam iustitia commutativa praescribit, et ut si violata fuerit per restitutionem resarciatur, et pacta conventa servari magna fide praecipiens, et violatores congruis esse poenis cohibendos»; *ibid.*, tract. 1, disp. 1, sect. 3, n. 26: «contractus est pactum obligans ex iustitia commutativa».

II. ANÁLISIS DE LA DISPUTATIO 487

Hecha esta mínima introducción, veamos con calma cómo desarrolla Molina el tema de la afinidad del arrendamiento respecto a la compraventa. Las similitudes que encuentra entre estos contratos son siete en total. No todas las examina con la misma amplitud, lo cual se debe sin duda a que alguna de ellas no reclama una consideración más detenida desde el punto de vista general de la moralidad de las relaciones contractuales en cuanto expresión de la justicia conmutativa, o bien a que no presentan particularidades reseñables en los derechos municipales castellano y lusitano que Molina acostumbra tener a la vista.⁸

(1) *CONTRATOS IURIS GENTIUM*. Tal es el caso de la primera similitud que menciona, consistente sencillamente en el hecho de que los dos contratos son de derecho de gentes. Sin necesidad de ninguna argumentación adicional por su parte, Molina constata que esa comunidad de origen se encuentra reconocida expresamente en las fuentes romanas.⁹

(2) *CONTRATOS CONSENSUALES*. Mayor enjundia presenta otra semejanza que ya ha tenido modo de aparecer al comienzo de mi exposición, esto es, a saber, el dato de que ambos contratos se perfeccionan por el consentimiento.¹⁰ Para la explicación de lo que tal rasgo pueda significar Molina remite a la *disputatio* 254,¹¹ una de las que dedica al estudio de los conceptos generales;¹² en concreto, en el número 1 de esa *disputatio* indica que el consentimiento de las partes contratantes debe ser mutuo, recíprocamente expresado y manifiesto.¹³ Asimismo envía a lo expuesto en sendas *disputationes* específicas sobre la compraventa, la 336 y la 337. En el número 7 de la primera precisa ante todo que la compraventa «est contractus, qui consensu perficitur, mercis pro pretio», para explicar a continuación que este contrato, así como se distingue de otros –*verbi gratia*, el comodato, el mutuo o la permuta– por la suficiencia perfectiva del consentimiento, por el lado de la *merces* y el *pretium*¹⁴ se diferencia de la *locatio-conductio*, ya que la *merx* de la compraventa no es sino la «materia venditionis» (o sea, la cosa que se vende). En el número 1 de la segunda aclara que, dado que la compraventa se perfecciona por el consentimiento sobre la cosa y el precio, no es necesario utilizar escritura¹⁵ y que se puede

⁸ TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, p. 169: «Amenizan su obra... abundantes y vívidas referencias a las instituciones, costumbres y prácticas de España y Portugal».

⁹ D. 19.2.1, Paul. 34 *ad ed.*: *locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*; D. 1.1.5, Herm. 1 *iur. epit.*: *ex hoc iure gentium... commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae*; I. 1.2 *pr. i.f.*: *ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles*.

¹⁰ D. 19.2.1 e I. 3.22.

¹¹ *Qui contractus solo consensu, qui solo verbo, qui scriptura, et qui opere compleantur*.

¹² Según denominación de GUZMÁN BRITO, A., «La división de los contratos en Luis de Molina», en *Glossae. European Journal of Legal History*, 10, 2013, p. 208.

¹³ I. 3.22.

¹⁴ «Per partem illam, mercis pro pretio»: así es como lo expresa Molina.

¹⁵ En la disp. 254, n. 1 ya ha explicado, para los contratos consensuales en general, que la escritura sirve «ad maiorem firmitatem» y para que las partes «contractus melius probari possint»; en la disp. 337, n. 2 apunta que, una vez perfeccionada la compraventa, cualquiera de los contratantes puede

celebrar entre ausentes, por carta o internuncio; también que una vez perfeccionado el contrato no le es lícito a ninguna de las partes separarse de él.¹⁶

De todos modos, aunque la regla dice que para la perfección de la compraventa no se necesita escriturar el contrato, en el número 5 de la misma *disputatio* se advierte que eso es así siempre que las partes no hayan decidido que su contrato se haga y se perfeccione por escrito; en tal caso, antes de la extensión íntegra del documento y de la firma de los contratantes, la compraventa no se considera perfecta y cualquiera de ellos se puede apartar del contrato aunque haya precedido acuerdo expreso sobre la cosa y el precio.¹⁷ La explicación técnica que ofrece Molina en el mismo número 5 es que, cuando las partes han hablado de hacer escritura, ya lo hayan hecho antes del contrato, ya durante su celebración, el propio contrato queda en suspenso hasta que el documento se haya confeccionado.¹⁸

(3) CONTRATOS NOMINADOS. En tercer lugar, Molina considera que la compraventa y el arrendamiento se parecen en cuanto son ambos contratos nominados. Esta circunstancia le da ocasión de remitir a su exposición sobre la *divisio* de los contratos en nominados e innominados contenida, junto con otras clasificaciones, en la *disputatio* 253. Pero lo cierto es que la semejanza que de aquí se deriva entre la compraventa y el arrendamiento es tan poco específica o intensa, debido a que cada uno de ellos la comparte con otros muchos contratos,¹⁹ que apenas da para más que citar los textos correspondientes, cosa que hace Molina en el número 1 de la *disputatio* en cuestión.²⁰ Para el caso podría haber señalado igualmente, como un parecido más entre el arrendamiento y la compraventa, aunque sin ganancia ulterior para la afinidad particular que pueda haber entre ellos, la pertenencia de ambos al grupo de los contratos que califica de «respectivi», que no son sino los que en nuestra terminología actual llamamos onerosos o bilaterales; si no lo hace así, quizás es porque su clasificación de los contratos en «respectivi» y «non respectivi» se superpone a la que los divide en nominados e innominados.²¹ De todas formas, por enlazar de algún

compeler al otro a hacer escritura para mayor firmeza y más fácil prueba del contrato: «quia, quod sibi non nocet, et alteri prodest, cogitur quisque facere».

¹⁶ Todo lo anterior consta en las fuentes que cita Molina: I. 3.22, I. 3.23 pr., I. 2.7.2 (*perficiuntur autem [donationes] cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit*), D. 18.1.2.1, Ulp. 1 *ad Sab.*, D. 19.4.1, Paul. 32 *ad ed.*, Partidas 5.5.6 y 8, Ordenações Manuelinas 4.23 in prin. y 24.

¹⁷ I. 3.23 pr., C. 4.21.17, D. 18.1.2, Partidas 5.5.6, Ordenações Manuelinas 4.36 in prin. y § 1.

¹⁸ Cita Partidas 5.5.6 y dice que Azón y la glosa, entre otros, son de esta misma opinión; lo contrario piensan Bártolo, Baldo y otros muchos que parecen requerir, para que el contrato quede en suspenso, una manifestación de las partes en ese sentido.

¹⁹ El propio Molina lo dice en la disp. 253, n. 2: además de la compraventa, «eiusdem generis sunt, locatio, societas, commodatum, mutuum, et alii similis».

²⁰ D. 2.14.1.3 y sobre todo 4, Ulp. 4 *ad ed.*: *sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*; recuerda también D. 2.14.7 pr., Ulp. 4 *ad ed.*: *iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*.

²¹ Vid. disp. 253, n. 4: «Contractuum, sive ille nominati sint, sive innominati, quidam sunt respectivi... Alii vero sunt non respectivi»; los «respectivi» son aquellos «in quibus unus obligatur, ut alter vicissim se obliget, ac proinde utrinque pariunt obligationem... Tales sunt venditio, locatio, societas, et similis»; cfr. GUZMÁN BRITO, «La división de los contratos», cit., pp. 210 s. Según otra clasificación, la compraventa y el arrendamiento son contratos onerosos (disp. 259, n. 6), pero no se acaba de ver la diferencia entre este tipo de contratos y los «respectivi»; cfr. GUZMÁN BRITO, A., «Causa del contrato y causa de

modo con la similitud apuntada en primer lugar, se puede añadir la indicación, siempre en el número 1 de la *disputatio* 253, de que algunos contratos nominados se originaron en el *ius gentium* mientras que otros fueron introducidos por el *ius civile*; de más está decir que el arrendamiento y la compraventa pertenecen al grupo de los primeros.

(4) CONTRATOS DE BUENA FE. Compraventa y arrendamiento comparten también la condición de ser contratos de buena fe. La diferencia entre este tipo de contratos y los de derecho estricto se expone con cierto detalle en la *disputatio* 259. En el número 1 recuerda Molina que la *divisio* «*bonae fidei/stricti iuris*» se extiende también a las *actiones*,²² pudiendo decirse que la naturaleza del contrato se infiere del tipo de acción que genera, si no incluso que la naturaleza de la acción se comunica al contrato.²³ Ya en el número 4, es muy notable el análisis acerca del modo en que se debe entender la *bona fides* en el ámbito de las relaciones contractuales: no se trata, en primer lugar, de contraponer la *bona fides* a la mala fe, el dolo, el fraude y la astucia, sino que aquel concepto se debe entender «pro aequitate, seu iudicis arbitrio iuxta id, quod aequitas natura rei postulat»;²⁴ esto quiere decir que son de buena fe aquellos contratos en los que el arbitrio y la disposición del juez se extienden a todo cuanto piden la equidad y la naturaleza del asunto controvertido (me parece que ésta es la mejor traducción de *natura rei*), de tal modo que en ellos el juicio es o tiende a ser «el más benigno» que se pueda alcanzar dentro de los límites de lo justo. La buena fe tampoco es lo mismo que la epiqueya; ésta, explica Molina, es un «*iudicium in legibus*» que indaga la *mens legislatoris* a fin de determinar que el caso concreto no está comprendido en la ley de cuya aplicación acaso de trata; en cambio, salvo si se apreciara fraude o dolo en alguno de ellos, la exploración de la *mens* de los contratantes –se entiende que del uno o del otro– no puede servir para considerar incluida en el contrato cualquier cosa que fuere, pues, en efecto, tal proceder sería contrario a la justicia según muestra un ejemplo tomado de Cicerón:²⁵ el de aquel general que habiendo pactado con el enemigo suspender el combate durante treinta días, atacó el mismo día por la noche. Por último, del examen del número 5 relativo al supuesto del contrato viciado por dolo –*nota bene*: «quando dolus causam dedit contractui», no en caso de dolo meramente incidental– rescato solamente la sugerencia puntual de Molina sobre la conveniencia de conciliar lo que se hace en el fuero exterior

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. 320 s.

²² I. 4.6.28-30.

²³ Disp. 259, n. 1: «Porro ex illis actionibus, quae bonae fidei appellantur, et oriuntur ex contractibus intelliges, qui contractus bonae fidei dicantur»; como recuerda GUZMÁN BRITO, «la división de los contratos», cit., p. 211, la división entre contratos de buena fe y contratos de derecho estricto viene de la división de I. 3.6.28 entre *actiones bonae fidei* y *actiones stricti iuris*.

²⁴ Molina se apoya en C. 4.1.0.4: *bonam fidem in contractibus considerari aequum est*; cfr. DE CORES HELGUERA, C., *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*, tesis doctoral defendida en la Universidad Pontificia de Comillas en 2014 <<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=67095>>.

²⁵ Cic., *de officiis*, 1.33: *existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud «summum ius summa iniuria» factum est iam tritum sermone proverbium. Quo in genere etiam in re publica multa peccantur, ut ille, qui, cum triginta dierum essent cum hoste indutiae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium indutiae.*

con lo que es propio del fuero interno o de la conciencia. Referida específicamente a los contratos de derecho estricto, la propuesta de armonización consistiría en someter este tipo de contratos a la misma regla que se aplica a los de buena fe y, en consecuencia, en considerarlos nulos *ipso iure* en vez de meramente anulables *ope exceptionis*, dejando en todo caso en manos de la víctima la decisión de optar por la validez.²⁶

(5) *CERTUM PRETIUM*. Rasgo común es asimismo la fijación de un «certum pretium» como requisito necesario para la perfección y la validez del contrato.²⁷ Para la exposición de este punto Molina remite de nuevo a la *disputatio* 337 no sin apuntar que lo dicho ahí sobre la compraventa se debe entender de modo parecido en el arrendamiento. Además de citar los textos que confirman el carácter esencial del requisito en cuestión,²⁸ en el número 7 de la *disputatio* 337 se menciona la invalidez de la compraventa cuando la fijación del precio queda en manos de una sola de las partes.²⁹ En principio, conforme al número 8, inválido es también comprar o vender «por el precio justo», salvo que, habiendo acordado las partes la persona que lo debe fijar, esa persona lo estime de forma efectiva;³⁰ en este supuesto, que no es en definitiva sino el del *arbitrium boni viri*, el exceso o el defecto del precio, siendo considerable, permite acudir al juez «ut prudenter suo arbitrio ad aequalitatem illud reducat». ³¹ El número 9 ofrece una curiosa descripción del estado en que queda el contrato cuando el tercero designado para determinar el precio rechaza hacerlo: esa venta, se dice ahí, no es propiamente condicional –es decir, perfecta y dependiente sólo del cumplimiento de la condición–, sino un «contractum absolutum, nondum completum, atque perfectum». Tan llamativa frase no parece sino que es otra forma de aludir a la nulidad causada por la negativa del árbitro designado, cuestión, como se acaba de ver, ya resuelta en el número anterior; en todo caso, la observación es de interés puramente fiscal y se dirige a determinar con exactitud el momento de devengo de la alcabala, que no se deberá antes de que el precio haya sido establecido ni tampoco, una vez que lo haya sido, desde el momento de la *conventio* sino sólo desde el de su fijación.³² El número 15 se detiene en el examen del *pactum displicentiae* –«si res vendatur ea conditione, si emptori placuerit»– para señalar su exclusión de la regla de nulidad que se sigue cuando la fijación del precio depende de uno solo de los contratan-

²⁶ En la disp. 352, nn. 16-17 se reitera la misma propuesta. Sobre el tema, vid. GORDLEY, *op. cit.*, pp. 88 ss.; con más amplitud, DECOCK, *op. cit.*, 2013, pp. 397 ss.; para la situación en el *ius commune*, cfr. VOLANTE, R., *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 95 s.

²⁷ En la disp. 487 se limita a citar I. 3.24 pr. y D. 19.2.2 pr.; los textos *supra*, nt. 1.

²⁸ I. 3.23.1, Partidas 5.5.1 y 9, Ordenações Manuelinas 4.23 § 1.

²⁹ D. 18.1.35.1, Gai. 10 *ad ed. prov.*, C. 4.38.13.

³⁰ C. 4.38.15, I. 3.23.1.

³¹ Además de Partidas 5.5.9 y Ordenações Manuelinas 4.23 § 1, lo dicho se basa en D. 17.2.76, Proc. 5 *epist.*: *arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat*, D. 17.2.79, Paul. 4 *quaest.*: *unde si Nervae arbitrium ita praevidetur, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei*, y la glosa a C. 4.38.15. De acuerdo con el § citado de las Ordenações Manuelinas, la estimación en la que coinciden los dos árbitros elegidos por el juez es vinculante; si discrepan, lo será aquella en la que convenga el juez con uno de ellos.

³² Téngase en cuenta que cuando el contrato es condicional, una vez cumplida la condición sus efectos se retrotraen al momento en que fue celebrado: cfr. disp. 337, n. 11.

tes.³³ A la determinación del precio *per relationem* se refiere el número 16 –«quando statuitur certum pretium, relatione facta ad aliquid aliud»–, donde, una vez enumerados los ejemplos de todos conocidos,³⁴ se concluye diciendo que hay precio cierto, aun sin mención expresa del mismo, cuando se trata del tasado legalmente o del precio común.

Desarrollada en directa referencia a la compraventa, la doctrina del *certum pretium* se extiende al arrendamiento en el número 17 de la *disputatio* que venimos examinando. De esta forma, cuando hay costumbre de alquilar por un precio determinado, la *locatio* es válida aun sin ninguna mención del precio (es decir, de la *merces*), pues se entiende el habitual. También es válido el contrato «nullo constituto pretio» en aquellos lugares donde es costumbre que el precio sea tasado «per ministros publicos» después de celebrado el contrato, como se hace en Salamanca con las casas que se arriendan a los escolares. Fuera de casos como los indicados, tanto la compraventa como el arrendamiento son nulos por no haber precio cierto, y cuando la cosa entregada ha sido consumida o usada, o se han percibido frutos de ella, el vendedor y el *locator* pueden «agere ad rem, fructus atque usum», aunque no con la acción del contrato, por ser éste nulo, sino, en opinión de algunos autores, con la *actio praescriptis verbis*;³⁵ otros piensan que si la *res* aún existe lo procedente es utilizar la *reivindicatio*.

(6) FUNCIÓN DE LAS ARRAS. Molina refiere la penúltima semejanza entre nuestros dos contratos a lo dicho en la *disputatio* 338 sobre las arras en la compraventa. El número 1 de esta *disputatio* define las arras como «signum, et argumentum contractus celebrati, et quasi pignus, quod stabitur contractui».³⁶ Conforme al número 2, el comprador pierde las entregadas a modo de adelanto del precio si el contrato no llegara a perfeccionarse por su causa, y si es el vendedor quien se separa de él, debe devolverlas duplicadas³⁷. Entregadas las arras después de perfeccionada la venta, la opinión más extendida, según se indica en el número 3, considera que estando al derecho común ninguno de los contratantes puede separarse del contrato; algunos piensan que al que lo hiciera se le podría demandar «ad totale interesse» –o sea, más allá de las arras–, mientras que la mayoría, con Bártolo a la cabeza, entiende que del interés total se debería detraer el importe de las entregadas.³⁸ El número 4 informa de que en Portugal y Castilla³⁹ el efecto de las las arras es hacer menos firme («infirmiorem») el contrato ya perfecto y consumado; esto es lo que se desprende de la práctica común en esos reinos de permitir a cualquiera de las partes separarse del contrato, antes de la entrega de la cosa vendida,

³³ Ordenações Manuelinas 4 23.2, I. 3.23.4, Antonio Gómez, *Variae resolutiones juris, civilis, communis, et regii*, II, Salmanticae, 1570, c. 2, n. 19.

³⁴ D. 18.1.7, Ulp. 28 *ad Sab.*, Partidas 5.5.10, Gómez, *Variae resolutiones*, cit., II, c. 2, n. 9.

³⁵ D. 19.2.51, Ulp. 2 *disp.*

³⁶ D. 18.1.35 pr., Gai. 10 *ad ed. prov.*: *quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*

³⁷ I. 3.23 pr.: *ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est*; C. 4.21.17.2.

³⁸ Así, entre otros, la glosa a los textos de la nota anterior, Gómez, *Variae resolutiones*, cit., II, c. 2, n. 18 y Gregorio López, glosa *despues* a Partidas 5.5.7.

³⁹ Respectivamente Ordenações Manuelinas 4.24 § 1 y Partidas 5.5.7.

bajo la pena de perder las arras o el doble de ellas.⁴⁰ Según afirma el número 5, el mismo derecho se observa en el arrendamiento.⁴¹

(7) RESCISIÓN POR LESIÓN. Por último, el arrendamiento también se parece a la compra-venta en la posibilidad de rescindir el contrato por lesión en el precio. Como no podía ser de otra manera, Molina comienza la exposición de este punto citando la célebre *lex secunda*, o sea, el rescripto de Diocleciano y Maximiano que, posiblemente interpolado, resulta ser la primera y única fuente explícita sobre el problema.⁴² Sin embargo, es de advertir que a diferencia de la ley romana, que enfoca solamente el supuesto del precio inferior a la mitad del valor de la cosa vendida,⁴³ en Molina el concepto comprende también el de la lesión «ultra dimidium iusti pretii», cuyo sentido queda perfectamente precisado en una ley de Partidas que habla de haberse pagado más de quince maravedís por una cosa que vale diez.⁴⁴ Por lo demás, como nos tiene ya acostumbrados, para el tratamiento pormenorizado del tema Molina remite a otro lugar que en este caso es la *disputatio* 349.

De los puntos que se tocan en ella, el del número 1 es muy característico del sesgo general del pensamiento de nuestro jesuita sobre los contratos: «Vendens ultra dimidium iusti pretii, vel emens infra dimidium peccat, et tenetur ad restitutionem, etiam in foro exteriori».⁴⁵ Como es lógico, en ese mismo número y en los siguientes se abordan los diferentes aspectos que afectan al funcionamiento concreto de la rescisión por lesión; por ejemplo, la diferencia marcada por la existencia de dolo en la parte que se ha lucrado,⁴⁶ el modo en que se debe considerar si hay lesión, el momento al que debe referirse

⁴⁰ Molina señala varias excepciones a lo dicho; en Portugal, cuando el contrato ha sido celebrado por *Corretores* y cuando las arras han sido entregadas como parte del precio o a la vez como parte del precio y como señal del contrato: Ordenações Manuelinas 4.24 §§ 2 y 3; en Castilla, cuando «arrha data est simul in partem pretii, aut, por otorgamiento, i. non tanquam arrha, sed solum in signum perfecti contractus»: Partidas 5.5.7.

⁴¹ Sin una razón clara, en la disp. 487, al final del corto párrafo sobre las arras, Molina escribe lo siguiente: «Quando aut contractus iudicandus sit emptio, et venditio, aut locatio, et conductio, in iis, in quibus res dubia esse poterat, in calce disputatione 336 explicatum sunt»; volveré a esta cuestión en el tercer apartado de mi trabajo.

⁴² C. 4.44.2: *rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit; cfr. C. 4.44.8: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est; para los datos fundamentales, cfr. recientemente GREBIENIOW, A., «La laesio enormis e la stabilità contrattuale», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 61, 2014, pp. 196 ss., 204 ss.*

⁴³ Y que además se refiere explícitamente al caso del vendedor y de la venta de un fundo; lo mismo se observa en C. 4.44.8. La extensión del remedio al comprador y a otros contratos, incluido desde luego el arrendamiento, fue obra de los glosadores: vid. GORDLEY, *op. cit.*, pp. 65 s.; DECOCK, *op. cit.*, pp. 529 s.

⁴⁴ Partidas 5.5.56; lo mismo en Ordenações Manuelinas 4.30 in prin. Molina cita también los cánones *cum dilecti* y *cum causa* del título de *emptio et venditio* de las *Decretales* (respectivamente X 3.17.3 y 6), pero en ellos la inclusión de ambos supuestos de lesión (*infra dimidium* y *ultra dimidium iusti pretii*) no es tan clara como en la ley de Partidas; cfr. DECOCK, *op. cit.*, pp. 530 s.

⁴⁵ Como se advierte en su mismo principio, toda la disp. 349 está concebida con el propósito de mostrar en qué aspectos conviene el fuero exterior con el interior o de la conciencia.

⁴⁶ Molina distingue, en efecto, dos posibilidades (disp. 349, n. 1): «si dolus non intervenit» y «si dolus ex parte laedentis intervenisset»; mientras que en la primera tiene lugar la aplicación del remedio en sus propios términos, en la segunda la libertad de la *pars laedens* en orden a la satisfacción se reduce de la

la determinación del justo precio, la exclusión de la posibilidad de rescindir el contrato cuando la cosa ha perecido por caso fortuito, la inclusión de los frutos en la restitución, etc. Siéndome imposible examinar cada una de estas cuestiones, me conformo con copiar el comienzo del número 12: «Praedicta [*scil.* lo expuesto en los números anteriores sobre la rescisión de la compraventa] locum habent, non solum in emptione, et venditione, sed et in locationibus, permutationibus, cambiis, et in reliquis bonae fidei contractibus».⁴⁷ Lo hago así para regresar por un momento a la *disputatio* 487, verdadera rosa de los vientos de la que vengo sirviéndome como guía o distribuidor porque en ella, excepcionalmente, se contienen algunas observaciones específicas sobre la *locatio-conductio*.

Se dice ahí que una vez terminado el contrato,⁴⁸ al que arrendó «ultra dimidium iusti pretii» ya no le cabe elegir entre la recuperación de los frutos o el uso de la cosa –devolviendo íntegro el precio (la *merces*)– y el reembolso del «incrementum pretii ultra iustum»; en la misma hipótesis, tampoco el *conductor* que arrendó «infra dimidium iusti pretii» puede elegir entre restituir los frutos o el uso de la cosa ajena –conformándose con el precio– y aumentarlo hasta el límite de lo justo. En la *disputatio* 349 Molina ha mostrado que son muchos los casos en los que, aun no siendo ya viable disolver la compraventa, por haber perecido la cosa o por encontrarse en poder de un tercero, se aplica de todos modos la ley de la rescisión. Sin embargo –advierde ahora en la *disputatio* 487– aunque la compraventa sea tantas veces y en tantas cosas modelo para el arrendamiento, lo dicho respecto de ella se debe acomodar a la naturaleza de este contrato teniendo en cuenta, en particular, que en él el uso e incluso los frutos de la cosa arrendada no suelen permanecer. Si he entendido bien su argumento, ésta es la razón por la que en Portugal se ha juzgado con cierta frecuencia en el sentido de excluir el remedio de aquella ley.⁴⁹ De todos modos, la duda acerca de si cabe intentar la rescisión «transacto locationis tempore, fructibusque iam non existentibus apud conductorem» no se resuelve aquí sino en el número 12 de la *disputatio* 349: algunos autores consideran que en la situación descrita la única posibilidad para el reo es reducir el contrato «ad aequalitatem»; Molina, no obstante, señala que lo común es juzgar «in contrarium» (la admisión, por tanto, de la rescisión como alternativa) y que esto es lo mayormente recibido en la práctica. Él se inclina por esta segunda opinión «tamquam aequiorem, et magis

forma se que explica en la disp. 352, precisamente sobre el dolo en la compraventa. Todo lo dicho hasta ahora se refiere al fuero exterior y al caso de lesión «ultra, aut infra dimidium iusti pretii». En el fuero de la conciencia, la cuestión es si toda desviación, por pequeña que pueda ser, debe considerarse pecado contra la justicia conmutativa de manera que obligue irremisiblemente a restituir hasta el límite del precio justo; tal es la opinión defendida por Molina en los nn. 3-7 de la disp. 350, después de haber explicado en el n. 1 que, si las cosas funcionan de otra forma en el fuero externo, eso se debe a que la «lex humana potuit iuste in poenam, atque vitandas lites, et pericula animarum, statuere, ut qui eo modo quempiam defraudare [o sea, vendiendo o comprando por precio mayor o menor que el justo pero sin llegar a la lesión *ultra, aut infra dimidium*], restituere non teneretur». Sobre el tema, vid. DECOCK, *op. cit.*, pp. 532 ss.

⁴⁷ La prueba se encontraría en C. 3.38.3; lo mismo piensa A. Gómez, *Variae resolutiones*, cit., II, c. 2, n. 22, que añade C. 2.53.3

⁴⁸ Entiendo que la frase «si contractus sit iam transactus» se refiere a la finalización del plazo para el que fue acordado.

⁴⁹ Añade Molina que en Castilla no se aplica la ley de la rescisión «in locationibus, et conditionibus redditum regis»; lo mismo ha señalado ya en la disp. 349, n. 12: «in his n. contractibus sancitum est, ut neque ex parte ministrorum Regis locantium, neque ex parte conducentium, eiusmodi redditus locum habeat remedium legis. 2. C. de rescind. vend. [C. 4.44.2]», remitiendo a Nueva Recopilación 9.9.14 y 15.

piam», porque es de creer que así responderían los legisladores si fueran preguntados y, en definitiva, porque eso es lo que pide la naturaleza del contrato. De otro modo, dice, la extensión a la *locatio-conductio* del remedio de la rescisión sería casi inútil, sobre todo cuando los frutos de la cosa arrendada son la única utilidad del contrato.

La breve exposición de la *disputatio* 487 acerca de la rescisión por lesión termina con estas palabras que son asimismo las últimas de la *disputatio* en sí: «semper tamen lex illa [C. 4.44.2] locum habet in foro conscientiae, in quo quicumque excessus, aut defectus, a pretio iusto est restituendus». ⁵⁰ Sorprende un poco encontrar aquí, en un lugar tan poco significativo, una declaración que viene a ser como la conclusión general del examen del problema del justo precio desarrollado a lo largo de las *disputationes* 347-351. En todo caso, lo que se subraya con esa frase es la mayor exigencia del fuero interno en comparación con el fuero exterior en la medida en que en éste, *ad vitandas lites et pericula animarum*, el remedio legal solamente se concede en los casos de *laesio enormis*. ⁵¹

III. LAS DIFERENCIAS ENTRE LA *LOCATIO-CONDUCTIO* Y LA *EMPTIO-VENDITIO* SEGÚN MOLINA

Hasta aquí he reseñado las similitudes entre el arrendamiento y la compraventa que Molina reunió en la *disputatio* 487; o al menos, las siete más importantes según su criterio. ⁵² A fin de completar la pintura desde el otro lado, bueno será mencionar también algunas diferencias tal como son referidas por el propio Molina.

⁵⁰ Casos en los que no habría lugar a restituir, según la disp. 351, nn. 1-3, serían los siguientes: «quando emptio, aut conductio, utilis esset venditori, vel locatori, emptori vero, vel conductori, minus utilis, aut molesta, caritate autem ductus, aut precibus venditoris, vel locatoris, emeret, aut conduceret»; «si res, quae venditur, aut locatur, plus valeat venditori, aut locatori, quam pretium commune iustum, quia videlicet, si eam a se abdicet, lucrum ipsi cessit, aut damnum sibi emergit, accrescere potest in pretio, quantum haec estimabuntur»; «ratione affectionis particularis, quam venditor ad rem, quae venditur, habet, possit accipere aliquid ultra iustum alioquin pretium».

⁵¹ Cfr. *supra*, nt. 46. Como recuerda puntualmente Molina en la disp. 350, n. 3, la cuestión tiene que ver con las afirmaciones de D. 4.4.16.2, Ulp. 11 *ad ed.*: *idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*, y D. 19.2.23.2, Paul. 34 *ad ed.*: *quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*.

⁵² Por lo que pueda valer, transcribo la caracterización del contrato de arrendamiento del erudito musulmán Muhammad al-Buhārī (810-870), autor de una de las colecciones de hadices más influyentes en el Islam sunní: «la locazione di opere e di cose mobili richiede, per la sua validità, i contraenti –cioè il locatore e il conduttore– e una mercede o prezzo di locazione, come la vendita. La locazione-conduzione (*iğāra* e *kirāʾ*) è una specie di vendita, con questa differenza: che mentre la vendita ha per oggetto la cosa stessa (*raqaba* ovvero *corpus rei*), la locazione ha per oggetto il godimento (*manfaʾa*), ed è cioè la vendita delle utilità o dei servizi che si possono ritrarre dalla cosa. La locazione-condizione costituisce così un contratto parallelo alla vendita, ed è modellata su questa, salve le differenze derivanti dall'oggetto diverso dei due contratti. Come la vendita, è contratto consensuale e di buona fede»: AL-BUHARI, *Detti e fatti del Profeta dell'Islām*, a cura di VACCA, V., NOJA, S. y VALLARO, M., Torino, UTET, 1982, p. 284. En esta descripción se observa la presencia de las principales similitudes notadas por Molina entre el arrendamiento y la compraventa (consentimiento, *pretium* o *merces* y buena fe) y de la diferencia más importante entre ellos (el objeto); la idea de que el arrendamiento es una especie de venta y está modelado sobre este contrato se parece mucho a la afirmación de D. 19.2.2 pr. e I. 3.24 pr.: *locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit*.

Ante todo, de acuerdo con el número 4 de la *disputatio* 336, un contrato es locación y no venta cuando la cosa se concede a cambio de precio solamente «quoad usum, aut quo ad fructus». Las palabras que acabo de transcribir aluden a la definición de la *locatio-conductio* contenida en el número 1 de la *disputatio* 486,⁵³ lo que es muy de destacar porque una de las principales herramientas metodológicas de Molina, como de los teólogos-juristas en general, era precisamente la definición. Definir un contrato significaba identificar su finalidad propia y característica (su *causa finalis* en términos aristotélicos) e insertarlo en un tipo o categoría de acciones más amplia.⁵⁴ En lo que concierne a la referida definición de la *locatio-conductio*, esa categoría no se corresponde con ninguna de las clasificaciones que han ido apareciendo a lo largo de este trabajo, sino con el segundo término de otra *divisio*, expuesta en el número 6 de la *disputatio* 259, que separa los contratos básicamente en dos grupos: los que transmiten el dominio (el directo o el útil) y los que conceden únicamente el usufructo –«ut sunt multae ex locationibus»– o el uso –«ut commodatum, et locatio nonnullarum rerum ad solum usum». Tan peculiar punto de vista resulta seguramente menos llamativo a la luz de lo que dice Molina en el mismísimo comienzo de la primera *disputatio* del *De contractibus*, antes incluso de empezar a definir el pacto y el contrato: «ahora debemos diferenciar los contratos para que se entienda hasta dónde transfieren o no transfieren el dominio por voluntad de las partes».⁵⁵ Ahora bien, este planteamiento no es exclusivo de nuestro jesuita sino que se encuentra también, por ejemplo, en Domingo de Soto y, después de Molina, en Pedro de Oñate.⁵⁶ Para una parte de los escolásticos se trata del criterio más general aplicable

⁵³ Disp. 486, n. 1: «Sic possumus locationem definire. Est contractus, quo res immobilis ad minus tempus quam decennium, aut mobilis ad quodcumque tempus, ad usum, aut et ad fructus, pro pretio conceditur»; y en el n. 2: «Per partem ergo illam [definitionis], ad usum, aut etiam ad fructus, reijciuntur a ratione locationis emptio, et venditio, mutuum, depositum, pignus, hypotheca, et alii contractus, quibus res non conceduntur ad usum, aut etiam fructus».

⁵⁴ Cfr. GORDLEY, *op. cit.*, pp. 102 s.; específicamente sobre Pedro de Oñate, CORES HELGUERA, *op. cit.*, pp. 247 ss.

⁵⁵ Disp. 252, in prin.: «Nunc vero de Contractibus est differendum, ut intelligatur, quousque contrahentium voluntate transferatur, aut non transferatur dominium». Sobre el lugar del contrato en el sistema moliniano, vid. GUZMÁN BRITO, «La división de los contratos», cit., pp. 207 s.; para el completo sistema de Molina, ID., *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 159 ss., en esp. el esquema general de los contratos de pp. 173 s.

⁵⁶ Vid. Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, IV, proem.: «Enimvero dominium huiusmodi rerum, eorumque divisio, basis fundamentumque est omnium contractuum, conventorumque et pactorum, quae per commutativam iustitiam celebrantur»; Oñate, *De contractibus*, I, tract. 1, disp. 1, proem., n. 8: «Ex quo enim natura nostra de foelici innocentia cadente dominia rerum divissa sunt, tanta rerum permutandarum necessitas, in omne hominum genus irruit, ut rebus superfluis cum necessariis commutatis, earum commoditate fruantur, ut nihil his pactis, et commutationibus frequentius, nihil utilius, nihil notius in quaceumque republica inveniatur»; *ibid.*, n. 10: los contratos son de derecho natural «quia supposita rerum divisione subintravit protinus naturalis ius, in his commutationibus naturalem aequitatem servandam esse»; para la división de los contratos desde el punto de vista de la transmisión del dominio, Oñate, *De contractibus*, II, Romae, 1647, tract. 8, disp. 24, sect. 1, proem. Y, sobre todo, sect. 2, n. 43, donde se explica que esta división «non invenitur formaliter et his verbis in iure, sed res ipsi invenitur manifeste». Se puede afirmar con cierta cautela que los escolásticos tienden a englobar en la idea de *dominium* toda posible facultad sobre una cosa (*facultas ad omnem usum*) con el propósito de convertir ese concepto 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; sobre el tema, vid. el magnífico estudio de GROSSI, P., «La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica»,

a la clasificación de los contratos; y por lo que respecta concretamente a Molina, ésa es también la idea en la que se basa la referencia del primer número de la *disputatio* 489 al objeto del arrendamiento, para decir que es más amplio que el de la compraventa porque comprende no sólo lo que se puede vender sino también «pleraque alia», de modo, por ejemplo, que cabe la posibilidad de «locare seipsum» y también la de que el *locator* arriende su criado (*famulus*) para que haga lo mismo a que estaba obligado frente a él;⁵⁷ posible asimismo es «locare rem sibi locatam».⁵⁸

Por último, más que una diferencia, lo que se expone en el número 11 de la *disputatio* 336 es un modo de reconocer si el contrato es *emptio-venditio* o *locatio-conductio*: cuando uno, mediando precio, completa una obra (*opus*) con los materiales que otro le proporciona no hay compraventa sino arrendamiento;⁵⁹ sobre la importancia de distinguir esto bien, Molina puntualiza que dándose las referidas características en Castilla y Portugal no se debe el tributo llamado alcabala o sisa. De conformidad con el mismo criterio, el contrato será compraventa cuando los materiales con los que debe hacerse la obra sean aportados por el artífice,⁶⁰ y en este caso sí se deberá aquel tributo. A esto último hay de todos modos una excepción: si uno construye una casa en suelo de otro, que paga el precio, el contrato no es compraventa sino arrendamiento aunque el artífice ponga los materiales además del trabajo. La razón es que el artífice transfiere al propietario del suelo el dominio de los materiales que aporta, ello además de que, en comparación con el suelo, los materiales son «quasi quid accessorium fabricationi pro eo pretio».⁶¹

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Para rematar mi trabajo como es debido destaco ahora algunas ideas generales que creo se desprenden de los análisis llevados a cabo. Divido la cuestión en dos aspectos: el método empleado por Molina y las características materiales o de fondo de su exposición; es decir, respectivamente, el modo de exponer y la índole que otorga a aquello que expone.

En lo que toca al aspecto metodológico cabe reseñar dos cosas. La primera de ellas es la utilización del método escolástico, transparente, en el caso de Molina, en el uso repetido de definiciones y clasificaciones para deducir el concepto de *locatio-conductio*, las semejanzas y las diferencias de este contrato con la compraventa y el régimen jurídico al que se sujeta. Supuesto básico de ese método es la idea aristotélico-tomista de que todo

en *La Seconda Scolastica*, cit., pp. 117 ss., esp. 133, 162 ss.; SOSA MORATO, B. E., *La noción de derecho en «Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho» de Luis de Molina*, Pamplona, Eunsa, 1985, pp. 238 ss.; CORES HELGUERA, op. cit., pp. 192, 255 ss.; centrándose en la noción de *dominium*, TELLKAMP, J. A., «Rights and *dominium*», en KAUFFMANN, M. y AICHELE, A. (eds.), *A companion to Luis de Molina*, Leiden-Boston, Brill, 2014, pp. 125 ss., esp. 139 ss.; SCHLÜSSER, R., «The economic thought of Luis de Molina», *ibid.*, pp. 251 ss.

⁵⁷ Caso distinto es aquel del que tratan las disp. 505 y 506: *De famulis qui se ad serviendum locant*.

⁵⁸ C. 4.65.6, D. 19.2.48, Marcel. 8 dig., D. 19.2.60 pr., Lab. 5 post. a Iav. ep.

⁵⁹ D. 18.1.65, Iav. 11 epist., D. 19.2.2.1, Gai. 2 rer. cott., I. 3.24.4; Molina toma los ejemplos de estos textos.

⁶⁰ D. 18.1.20, Pomp. 9 ad Sab. y los textos de la nota anterior.

⁶¹ D. 18.1.20 in fine, D. 19.2.22.2 Paul. 34 ad ed. La tesis de la accesión de los materiales al suelo (D. 18.1.20) es examinada en profundidad por FIORI, op. cit., pp. 190 ss.; sobre D. 19.2.22.2, *ibid.*, pp. 220 ss.

objeto tiene una naturaleza o una esencia que viene dada por su *causa finalis*. En tanto acción moral, la esencia de un contrato se vincula asimismo a su finalidad, concepto con respecto al cual es preciso, con todo, distinguir tres elementos de distinta relevancia: el fin inmediato que se proponen las partes contratantes, el fin propio del contrato de acuerdo con su esencia y el fin último del hombre. Los dos primeros fines son medios para la consecución del tercero –que para los teólogos-juristas de la Escuela no es otro sino la salvación–, pero en el plano jurídico-moral lo decisivo es la finalidad del contrato de acuerdo con su definición y con su tipo, ya que es aquí donde se originan las consecuencias que podrán considerarse asumidas por las partes al margen de su mayor o menor coincidencia con el fin inmediato que cada una quiso dar al contrato.⁶² De este modo, por ejemplo, al ser un acto de justicia conmutativa la *locatio-conductio* se sujeta a la exigencia de *aequabilitas* de las prestaciones, lo que a su vez explica la necesidad de que el *pretium* (la *merces*) sea *iustum*; igualmente, al ser un contrato consensual, el arrendamiento no necesita en principio escritura para perfeccionarse.⁶³

Siempre en relación con la cuestión metodológica, las semejanzas (y las diferencias) entre el arrendamiento y la compraventa son expuestas por Molina de una forma ciertamente particular. En contra, en efecto, de lo que se podría esperar, la *disputatio* 487, que en principio sería la destinada a exponer las semejanzas, apenas ofrece una síntesis apretadísima de ellas trufada de remisiones a otros lugares, ya se refieran a la compraventa (disp. 336, 337, 338 y 349, entre otras), ya a las clasificaciones de los contratos (disp. 253 y 259). Y en el caso de las diferencias, a falta de una *disputatio* específica que reúna su exposición ha sido necesario espigarlas de otras relativas a la propia *locatio-conductio* (disp. 486 y 489), a la compraventa (disp. 336) y a las clasificaciones de los contratos (disp. 259). Aunque no puede decirse que el tema en conjunto no sea bien examinado, lo cierto es que esta forma de presentarlo casi desmiente su consideración como tema unitario, y desde este punto de vista a nuestro jesuita se le podría reprochar una sistemática defectuosa o insuficiente.⁶⁴ Esto es lo que hace Decock a la vez que afirma la superioridad de Leonardo Lesio y Pedro de Oñate a este respecto.⁶⁵ Veamos,

⁶² Cfr. el apartado de Gordley sobre *Types of Contracts and Natural Terms*: GORDLEY, *op. cit.*, pp. 102 ss. Pedro de Oñate, *De contractibus*, III, Romae, 1654, tract. 35, disp. 127, proem., n. 3, anuncia el propósito de exponer, entre otras cosas, «quae requirant huius contractus [*de locatione, et conductione*] substantia, et valor».

⁶³ Las cuatro primeras semejanzas señaladas por Molina tienen que ver con otras tantas clasificaciones cuyo grado de generalidad es descendiente: contratos del *ius gentium* / del *ius civile*, consensuales / no consensuales, nominados / innominados, de buena fe / de derecho estricto. De las otras tres, el requisito del *iustum pretium* se relaciona con el hecho de ser contratos nominados y lo relativo a las arras, seguramente, con el de ser consensuales.

⁶⁴ Con todo, debe tenerse presente que una superación efectiva del esquema de análisis proporcionado por la compraventa y, en consecuencia, una consideración dogmática autónoma de la *locatio-conductio* se empezó a dar sólo con los humanistas: vid. FIORI, *op. cit.*, pp. 325 ss.; ID., «Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica», en SCHIPANI, S. y ESBORRAZ, D. (cur.), *Mundus novus. Unità del continente Latinoamericano: leggere i Digesti, unificare il diritto. Amerigo Vespucci e la sua eredità*, Roma, Tielle Media, 2007, pp. 111 ss.

⁶⁵ DECOCK, *op. cit.*, p. 642: «As regards the making of a general law of contract, specifically, Lessius' elegantly structured treatment of contract law in general (*de contractibus in genere*) probably exceeded the efforts at systematization in the unduly voluminous work of his colleague from Coimbra. Lessius' general law of contract, in turn, was dwarfed two decades after his death by Oñate's *De contractibus*».

no obstante, cómo procede Oñate.⁶⁶ La cuestión paralela a la que nos ha ocupado se toca en la segunda sección del tratado 35 del tomo III de su *De contractibus*. Dicha sección se intitula *Locatio, et conductio quomodo convenient, et differant cum venditione commodato et emphyteusi*, y en su número 25 se indica que la *locatio-conductio* conviene con la *emptio-venditio* en todo menos en lo relativo al *usus*.⁶⁷ La diferencia a la que así se alude trae causa de la definición del arrendamiento del número 6 de la sección primera del tratado 35, una definición «per genus, et differentiam essentialem» que comprende todo arrendamiento y según la cual «locatio est contractus usu brevis pro pretio». En consecuencia, mientras que la *venditio* supone una «permutatio dominii pro pretio», la *locatio* (por error aparece en el libro *permutatio*) es «permutatio usus pro pretio». En cuanto a las semejanzas, las seis que refiere Oñate⁶⁸ son exactamente las mismas que recoge Molina en su *disputatio* 487, con la sola excepción de la que señala éste en primer lugar –el ser de derecho de gentes ambos contratos–, cuya explicación reside probablemente en el hecho de que Oñate ha afirmado antes que el arrendamiento es de derecho natural.⁶⁹ En todo caso, sobre la imperfección de la sistemática de Molina en comparación con la de Oñate, lo más interesante es señalar que este último, cuya exposición de semejanzas y diferencias es enormemente escueta, juzgó suficiente remitir al lector a la *disputatio* 487 del primero en su totalidad.⁷⁰

Pasando rápidamente al segundo aspecto, el enfoque del moralista aplicado al estudio del derecho se nos ha hecho patente en dos ocasiones al menos: la cuestión del *dolus causam dans contractui* y la de la rescisión del contrato por lesión *ultra, aut infra dimidium iusti pretii*. En realidad, las explicaciones de Molina acerca de la buena fe contractual tampoco se alejan demasiado de este orden de ideas, sobre todo su advertencia de que el arbitrio judicial en los contratos de buena fe se debe contener en todo caso dentro de los límites de lo justo. Por otro lado, Molina cita de forma metódica las Partidas y las Ordenações Manuelinas, la mayoría de las veces constatando tácitamente su coincidencia con las fuentes romanas, pero también para dejar constancia en alguna ocasión de tal o cual diferencia, pequeña por lo general, o de prácticas particulares del derecho castellano o del lusitano.⁷¹ Más que en la pura especulación teórica, su intento consiste en desplegar una teoría al servicio del *homo christianus* que con frecuencia inevitable interviene en el tráfico jurídico con el instrumento del contrato. Desde otro punto de vista, ahora de índole fiscal, su preocupación por la práctica y su atención hacia los derechos municipales se ponen también de manifiesto en las alusiones que hace a la sisa

⁶⁶ Me limito a él porque Lesio no ofrece nada semejante para comparar.

⁶⁷ Oñate, *De contractibus*, III, tract. 35, disp. 127, sect. 2, n. 25: «Dicendum vero est... omnes particulas definitionis locationis venditioni conveniri praeter una illam, *usus*».

⁶⁸ Concretamente: ambos son contratos consensuales, nominados y de buena fe, en ambos se necesita *iustum pretium*, el significado de las arras es el mismo y se da la rescisión por lesión *ultra dimidium*.

⁶⁹ Vid. Oñate, *De contractibus*, III, tract. 35, disp. 127, sect. 1, n. 20: «locationem et conductionem esse contractum iuris naturalis. Id est, iure omnium gentium introductum».

⁷⁰ A decir verdad, en *De contractibus*, III, tract. 35, disp. 127, sect. 5, sobre el *pretium locationis*, Oñate regresa al tema; su método, sin embargo, parece no diferir mucho del de Molina; así, en el n. 78 (*Locatio similis est emptioni, et venditioni*) escribe lo siguiente: «Multa hic de pretio locationis dicenda essent, nisi, quae de pretio emptionis, et venditionis diximus, nos hoc onere maiore ex parte levarent»; en todo caso, en esta misma sección se ocupa de la determinación del precio y de la rescisión por lesión específicamente en el arrendamiento.

⁷¹ Vid. *supra*, nts. 31, 39, 40 y 44.

o alcabala, en un caso para precisar el momento del devengo y en otro para dejar claro que la *locatio-conductio operis* no se incluye en lo que hoy llamaríamos el «hecho imponible» del impuesto.⁷² Dicho sea de paso, sobre lo primero es de notar con qué finura de razonamiento –implícito pero indudablemente suyo– distingue Molina el asunto del devengo de la eficacia retroactiva de la condición cumplida: la alcabala se devenga no como uno de los efectos del contrato sino por previsión de la norma legal que la regula; por eso, cumplida la condición que consistía en la determinación del precio por el tercero designado para hacerlo, el impuesto se deberá solamente *ex nunc*.

Lalinde Abadía y Guzmán Brito, éste en referencia al tratado *De contractibus* y aquél al *De iustitia et iure* en general, no ven gran diferencia entre la obra de Molina y las exposiciones de los romanistas medievales.⁷³ Aunque no voy a insistir en ello, las observaciones que llevo hechas me impiden suscribir a fondo perdido esta opinión. Sí la acepto, y sin ninguna reserva, en lo que tiene de constatación de que Molina conoce bien los textos de la compilación justiniana y la doctrina del *ius commune*, entre cuyos autores y opiniones selecciona con criterio seguro los más útiles a sus propósitos. Mirando a su exposición con ojos de romanista llama mucho la atención, y no es más que un ejemplo, la modernidad de aquello que dice a propósito de los contratos y las acciones de buena fe, lo que conviene repetir aquí: «Porro ex illis actionibus, quae bonae fidei appellantur, et oriuntur ex contractibus intelliges, qui contractus bonae fidei dicantur».⁷⁴ Más arriba he sugerido que su idea es que la naturaleza del contrato se infiere del tipo de acción que genera, si no incluso que la naturaleza de la acción se comunica al contrato. No puedo afirmar con certeza que Molina pensara exactamente de esta manera, pero sí que su declaración traduce una muy perspicaz visión acerca de la importancia decisiva de la *actio*.

Un único pero de mínima importancia pondría yo a Molina para terminar. En relación con lo que refiere acerca de las arras se echa en falta un enlace con la cuestión de la escritura, de la que se ocupa únicamente a propósito del carácter consensual del arrendamiento y la compraventa.⁷⁵ Lo cierto es que la conexión a la que aludo es explícita en los textos que cita el jesuita en relación con uno y otro tema,⁷⁶ y acaso recordarla le habría servido para distinguir mejor la función de las arras en cada una de estas dos situaciones: el contrato pendiente de escrituración, cuyo perfeccionamiento aseguran las arras llamadas *poenitenciales*, y el contrato ya perfecto en el que las arras, *poenales* en este caso, sirven para reforzar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes.

⁷² Vid. *supra*, respectivamente en los apartados 2 (en relación con la necesidad de *certum pretium*) y 3 de este trabajo.

⁷³ Vid. *supra*, nt. 5 y texto correspondiente.

⁷⁴ Disp. 259, n. 1.

⁷⁵ Vid. *supra*, en el apartado 2.

⁷⁶ I. 3.23 pr. y C. 4.21.17.