



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

Alejandro Guzmán Brito, “La división de los contratos en Luis de Molina”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 204-214 (available at <http://www.glossae.eu>)

LA DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS EN LUIS DE MOLINA*

DIVISION OF CONTRACTS IN LUIS DE MOLINA

Alejandro Guzmán Brito
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Resumen

Pese a que en los últimos tiempos la historia del contrato ha sido un tema ampliamente estudiado, hay un punto de esa historia que ha permanecido desatendido, con escasas excepciones, como es el de su división. El trabajo aborda tal tema en la importante obra titulada *De contractibus*, que hace parte del *De iustitia et iure* del neoescolástico Luis de Molina. Después de estudiarse el lugar que ocupa la noción de contrato en el sistema expositivo de Molina y de las acepciones que acepta de la voz, se analizan las clases de los contratos nominados e innominados, respectivos (bilaterales) y no respectivos (unilaterales), de aquellos “qui solo consensu, solo verbo, scriptura, opere compleantur”, de buena fe y de derecho estricto, de aquellos que transfieren el dominio de una cosa o que solo dan su uso y disfrute, o únicamente el uso o nada más que la tenencia y finalmente de los contratos lucrativos (gratuitos) y onerosos.

Abstract

Although in recent times the history of the contract has been widely studied, there is a point of the story that has remained neglected, with few exceptions, the divisions of contract. The paper examines this topic in the important work entitled *De contractibus*, which is part of *De iustitia et iure* of the neoscholastic Luis de Molina. After examining the place of the notion of contract and its meanings in the system of Molina, it studies the kinds of nominate and innominate contracts, respective (bilateral) and respective (unilateral) contracts, those “qui solo consensu, solo verbo, scriptura, opere compleantur”, in good faith and in strict law, of those who transferred the domain of one thing or only give their enjoyment, or only their use, or nothing but the tenure, and finally gratuitous and onerous contracts.

Palabras clave

Historia del contrato, divisiones del contrato, noción de contrato en Luis de Molina, división del contrato en Luis de Molina

Keywords

History of contract, contract divisions, notion of contract in Luis de Molina, contract divisions in Luis de Molina

* Este trabajo se inserta en el proyecto Anillo SOC 1111: “Estudios histórico-dogmáticos de Derecho patrimonial privado”, patrocinado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile.

Sumario: 1. Introducción. 2. El lugar del contrato en el sistema moliniano. 3. La noción de ‘contractus’. 4. Contratos nominados e innominados. 5. ‘Contractus respectivi’ y ‘non respectivi’. 6. La clasificación de los contratos ‘respectivi innominati’. 7. “Contractus qui solo consensu, solo verbo, scriptura, opere compleantur”. 8. Contratos de buena fe y de Derecho estricto. 9. Contratos que transfieren el dominio de una cosa y contratos que solo

dan su uso y disfrute, o únicamente el uso o nada más que la tenencia. 10. Contratos lucrativos y onerosos. 11. Conclusión. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

En los últimos treinta años han aparecido libros muy apreciables concernientes a la historia del Derecho de obligaciones, con inclusión de sus fuentes, el contrato en primer lugar¹, o a la historia de éste únicamente². Lo propio ha acaecido en exposiciones generales de la Historia del Derecho privado, en donde el contrato ha ocupado su lugar³. El reconocimiento de la importante contribución de la Segunda Escolástica, aquella del siglo XVI, de origen principalmente español, a la doctrina del contrato también es un hecho caracterizador de los estudios relativamente recientes sobre la materia⁴. Sin embargo, hay un punto que casi ha permanecido inexplorado directamente: el de la división o clasificación de los contratos, que sobre la base de materiales romanos condujo a la exposición clásica sobre la materia en el cap. 1º, del tít. 3º del libro III, artículos 1102 a 1106 del *Code Civil*⁵; por lo demás, tal fue el arquetipo de todas las disposiciones sobre la materia en los sucesivos códigos que lo tomaron como modelo⁶. Solo hemos podido

¹ Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg, Juta, 199, reimpresión 1992; Ibbetson, D., *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, New York, Oxford University Press, 1999, reimpresión 2001; Chevreau, E. - Mausén, Y. - Bouglé, C., *Histoire du Droit des obligations*, 2ª edición, Paris, LexisNexis, s.d. [pero 2001]; Deroussin, D., *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, s.d. [pero 2007].

² Nanz, C.P., *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer, 1985; Birochi, I., *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna*, Torino, Giappichelli, s.d. [pero 1997]; Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, reimpresión 1992; Decock, W., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the "ius commune" (ca. 1500-1650)*, Leiden - Boston, M. Nijhoff, 2013. Limitado al Derecho común: Volante, R., *Il sistema contrattuale del Diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, Giuffrè, s.d. [pero 2001]. Sobre diversos aspectos particulares del contrato, siempre desde un punto de vista histórico, véase: Barton, J. (editor), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker und Humblot, 1990.

³ Bart, J., *Histoire du Droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, s.d. [pero 1998], 2ª parte, tít. 5º, cap. 1º, sec. 1ª: "Les contrats", pp. 401 ss.; Levy, J.P. - Castaldo, A., *Histoire du Droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, 3ª parte, tít. 1º, cap. 6º: "Le contrat" pp. 807 ss.

⁴ Así: Birochi, I., *Causa e categoria generale del contratto*, cit. (n. 2); Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, cit. (n. 2); Decock, W., *Theologians and Contract Law*, cit. (n. 2); Rodríguez Penelas, H., *Ética y sistemática del contrato en el siglo de oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Pamplona, EUNSA, 2007.

⁵ Ese articulado estuvo fuertemente influido por las divisiones de Pothier. Véase: Pothier, R.J., *Traité des obligations*, 1ª parte, cap. 1º, sec. 1ª, art. 2º, números 9-15, en *Œuvres de Pothier annotées [...] par M. Bugnet*, 2ª edición, Paris, Cosse et Marchal - Henri Plon, 1861, II, pp. 8-13.

⁶ En América, el modelo principal fue, empero, el *Código Civil* de Chile de 1855, debido a su dilatada influencia en las codificaciones de la región. Ese cuerpo legal trata la materia en el título 1º del libro IV, artículos 1439 a 1443. Acerca de las fuentes de tal articulado, puede verse: Guzmán Brito, A., "Sobre las fuentes del título 1º del libro IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1 (Valparaíso, Chile, 1977), pp. 11-32, Guzmán Brito, A., *Estudios de Historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, s. d., pero 2009, pp. 259-277. Antes de aparecer el código chileno, la influencia del

encontrar la excepción de Deroussin⁷ y de Rodríguez Penelas⁸, que, en efecto, han creído conveniente destinar una parte de sus estudios al tema de la división o clasificación de los contratos. Por nuestro lado, haremos lo propio con respecto a la doctrina que el teólogo y jurista Luis de Molina (1535-1600) expone sobre aquel tema en el tratado II: *De contractibus* de su obra *De justitia et jure* (publicada entre 1593 y 1609)⁹, con el fin de contribuir a la historia de las divisiones del contrato. Me place ofrecer este trabajo como homenaje al profesor Antonio Pérez Martín, no solo debido a su gran relevancia en los estudios histórico-jurídicos, por todos conocida, mas también en recuerdo de la amistad que trabamos hace muchos años en Frankfurt am Main, cuando yo pasaba una temporada postdoctoral en el Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, al cual él pertenecía, pues no olvido la atención y el compañerismo con que entonces me trató.

2. El lugar del contrato en el sistema moliniano

Preliminarmente, conviene verificar el lugar que el contrato ocupa en el íntegro sistema del tratado *De justitia et jure*.

Molina parte de la justicia¹⁰ que clasifica, según la tradición aristotélico-tomista, en general y particular¹¹, y esta última, en conmutativa y distributiva¹². La justicia distributiva, por su lado, es dividida según los bienes en que recae; y Molina empieza su discurso por la justicia distributiva relativa a los bienes externos¹³. Aquella es asentada sobre la idea de *dominium*¹⁴, a cuyo estudio Molina destina una suerte de parte o exposición general integrada por la doctrina de los derechos de uso, usufructo, enfiteusis, feudo, superficie, servidumbres prediales y de la posesión, bajo el entendimiento de que todas estas figuras, aunque posean autonomía dogmático-técnica, son partes integrantes del dominio¹⁵. A esta parte o exposición general siguen dos, montadas sobre la clasificación del dominio recibida por Molina, en dominio de jurisdicción y de propiedad; subdividido el primero en eclesiástico y seglar, y el segundo en público y privado¹⁶. El dominio de jurisdicción se identifica con el poder político; y el privado de propiedad es el dominio romano de Derecho privado sobre las cosas corporales.

Code Civil fue incontrastable. Para una visión de conjunto véase: Esborraz, D.F., *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires - Salta, Rubinzal - Culzoni, 2006, pp. 147-160.

⁷ Deroussin, D., *Histoire du Droit des obligations*, cit. (n. 1), lib. I, 1ª parte, cap. 2º, sec. 1ª, pp. 182-201.

⁸ Rodríguez Penelas, H., *Ética y sistemática del contrato en el siglo de oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Pamplona, EUNSA, 2007, cap. 4º, núm. 2º: “Definición y división de los contratos”, pp. 71-86.

⁹ Aquí usamos: Molina, L. de, *De justitia et jure*, Coloniae Allobrogum, Fratrum de Tournes, 1759.

¹⁰ Molina, L. de, *De justitia et jure*, tract. I, explicación preliminar a la Disput. 1ª.

¹¹ *Ibid.*, tract. I, disput. 1ª.

¹² *Ibid.*, tract. I, disput. 12ª.

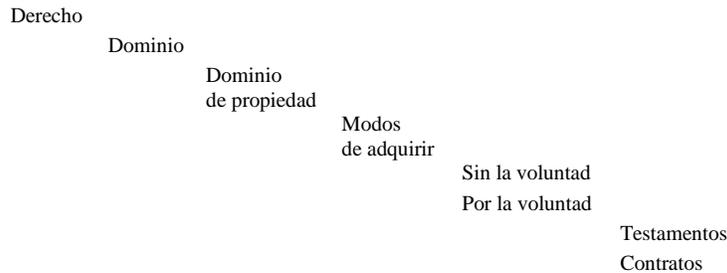
¹³ *Ibid.*, tract. II.

¹⁴ *Ibid.*, tract. II, disput. 3ª.

¹⁵ *Ibid.*, tract. II, disput. 5ª-21ª.

¹⁶ *Ibid.*, tract. II, disput. 21ª.

Molina desarrolla el dominio de propiedad a través de los siguientes temas: esclavitud, como dominio sobre personas¹⁷; modos originarios de adquirir el dominio de cosas (ocupación, prescripción, guerra)¹⁸, modos de adquirir por voluntad del anterior dueño (testamento, sucesión intestada, figuras conexas como la tutela y la curaduría, la patria potestad)¹⁹, y modos de adquirir por voluntad recíproca del dueño y del adquirente²⁰; vale decir, según Molina, merced al contrato. El esquema resultante es el siguiente:



La doctrina del contrato empieza a ser estudiado en la *disputatio* 252^a del *tractatus* II: *De contractibus* del *De justitia et jure*. La secuencia de estas *disputationes*, hasta donde nos interesa, es la siguiente: las *disput.* 252^a a 260^a quedan reservadas al estudio de los conceptos generales: pacto y contrato (*disput.* 252^a), pactos desnudos y vestidos (*disput.* 255^a), el efecto obligatorio o no de cada uno (*disput.* 252^a, 255^a, 257^a, 258^a), y clasificación de los contratos (*disput.* 253^a, 254^a, 259^a)²¹.

La *disput.* 261^a trata de los sujetos capaces de contratar. Con la *disput.* 262^a se da curso a la exposición de los contratos en particular, que empieza con la promesa gratuita o donación promisorias (*disput.* 262^a -272^a), seguida de la donación real (*disput.* 273^a -292^a). A continuación, vienen los demás contratos gratuitos: comodato (*disput.* 294^a a 297^a), precario (*disput.* 298^a) mutuo (*disput.* 299^a), etcétera.

El tema de la causa aparece introducido por vez primera en la *disput.* 253^a concerniente a los contratos nominados e innominados. Molina lo desarrolla en las *disput.* 255^a a 277^a relativas a los pactos desnudos y vestidos²².

3. La noción de ‘contractus’

¹⁷ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 32^a-40^a.

¹⁸ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 41^a-123^a.

¹⁹ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 124^a-251^a.

²⁰ *Ibid.*, tract. II, *disput.* 252^a ss.

²¹ En la *disput.* 260^a, Molina estudia el Derecho que rige a los contratos y en especial el lusitano, que exige escritura pública para probarlos.

²² En este trabajo omitiremos el estudio de la causa en Molina, porque de ella hemos tratado en otro titulado: “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, *Annaeus. Anales de la Tradición Romanística* 1 (Sevilla, 2004), pp. 181-205 [= *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo y latinoamericano*, Cizur Mayor [Pamplona], Garrigues Legal Studies Series - Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 407-439].

El examen del concepto de *contractus* va desenvuelto en la disput. 252^a. Pero, verificando que la noción de *pactum*, en su sentido propio, es más amplia que la de contrato, Molina anuncia como previa necesidad la de estudiar precisamente esta última noción. Al respecto, nuestro autor se conforma con las definiciones de Ulpiano conservadas en el Digesto. Por un lado, está Dig. 2,14,1,2: “[...] *est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensum*”²³; por otro, Dig. 50,12,3 pr.: “*Pactum est duorum consensus atque conventio*”²⁴. El *contractus* se presenta como una especie del *pactum*. De aquél, Molina ofrece tres acepciones:

- a) En sentido estricto y propio, contrato es una “obligación recíproca o mutua de dos”, en apoyo de lo cual cita la *lex Labeo* (Dig. 50,16,19): “*contractum autem ultro citroque obligationem (esse)*”²⁵. De acuerdo con esta acepción, la compraventa es un contrato, pues genera obligaciones para el comprador y el vendedor; pero no lo es la promesa aceptada, porque con ella solo se obliga el promitente, más no el beneficiario de la promesa.
- b) En sentido más amplio y menos propio, es contrato el pacto que genera obligaciones al menos para una parte. En apoyo de tal acepción, Molina invoca ahora las leyes *Si dominationis* (Cod. Iust. 2,19,7), *Si quis emptiois* (Cod. Iust. 7,39,8 pr.) y *Contractus* (Cod. Iust. 4,21,17), además de la *glossa* a la *authentica Sacramenta puberum* del emperador Federico Barbarroja, que se insertaba en el tít. *Si adversum venditionis* del *Codex* (2,27). De conformidad con tal acepción, la donación real no es contrato, porque una vez hecha la tradición que la perfecciona, no resultan obligaciones ni para el donante, ni siquiera por la evicción, ni para el donatario. Pero la donación promisoria sí es contrato en este sentido, pues establece una obligación, precisamente para el donante que prometió algo, aunque ninguna para el donatario.
- c) Finalmente, en sentido latísimo y aun menos propio, es contrato cualquier pacto, produzca o no obligación, por lo cual la donación, sea como figura promisoria que genera obligación para la parte donante, sea como figura real, que no genera obligaciones para ninguna de ambas partes, es contrato, todo lo cual aparece apoyado por las leyes *Si donationis* (Cod. Iust. 2,19,7), *Si quis emptiois* (Cod. Iust. 7,39,8 pr.) y *Contractus* (Cod. Iust. 4,21,17), más la *glossa* a la *authentica Sacramenta puberum* antes mencionada. También lo es la *acceptilatio*, porque si bien no surgen obligaciones de ella, mas, al contrario, quedan extinguidas las que había, es un concurso de voluntades.

Molina finaliza su análisis de la noción de *contractus* con la cita de sus fuentes generales: Conradus, *De contractibus*²⁶, Silvestre, s.v. “contractus”²⁷, y comúnmente los

²³ “Pacción es el parecer y consenso de dos o más en lo mismo”.

²⁴ “Pacto es el consenso y convención de dos”.

²⁵ “Contrato es una obligación del lado de allá y del lado de acá [sc. de ambas partes]”.

²⁶ Summenhadt de Calw, C. (c. 1458-1502), *Septipertitum opus de contractibus pro foro conscientie atque theologico per Conradum Summenhart de Calw [...] compilatum et per centum questiones digestum* [...], Hagenau, 1500, quaest. 16^a.

doctores, entre ellos Bartolo especialmente en su comentario a la ley *Labeo*, ya citada, aparte los textos del *Corpus iuris civilis* en cada caso invocados y sus glosas.

Seguidamente, Molina ingresa en la división del contrato, tomado este concepto en su sentido latín.

4. Contratos nominados e innominados

La primera división del contrato es en *nominati* e *innominati*²⁸. Los textos citados son las leyes *Hujus edicti* (Dig. 2,14,1,3-4) y *Juris gentium* (Dig. 2,14,7,1-2).

Para definir los primeros, Molina parafrasea los términos de Ulpiano en Dig. 2,14,7,1: “*qui in nomine generali pactionis, aut contractus, non stat, sed transit in proprium et specificum nomen contractus*”. De este género son los contratos del derecho de gentes, como la compraventa, la permuta o cambio, el arrendamiento, la sociedad, el comodato, el mutuo y muchos otros; y del derecho civil, como la enfiteusis, el feudo, la estipulación, y aceptación.

Contratos innominados, en cambio, son aquellos “*qui proprio ac specifico contractus nomine carent*”, para cuyo estudio remite a más adelante; de hecho, al núm. 3 de esta disput. 253^a y la disput. 255^a. Molina piensa en los negocios del tipo *do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias*, tal cual aparece en la ley *Naturalis* (Dig. 19,5,5)²⁹.

5. ‘Contractus respectivi’ y ‘non respectivi’

De los contratos, sean nominados sean innominados, algunos son *respectivi* y otros *non respectivi*.

Por los primeros Molina entiende aquellos “*in quibus unus obligatur, ut alter vicissim se obliget, ac proinde utrinque pariunt obligationem*”³⁰. Tales contratos, por ende, se corresponden con la primera y más propia acepción de la palabra *contractus*, y equivalen, como se ve, a los que modernamente denominamos contratos bilaterales. Como ejemplos, Molina menciona la compraventa, el arrendamiento y la sociedad.

Los *non respectivi* son aquellos “*qui non ex utraque parte contrahentium pariunt obligationem*”. Ellos pertenecen a las dos últimas acepciones de la palabra *contractus* tratadas más arriba, en el cap. III [letras b) y c)]; y son, pues, los que ahora llamamos unilaterales. Tales son, por ejemplo, la *acceptilatio* y la *stipulatio* de una parte a otra³¹.

²⁷ Prierio, S. de (1456-1523), *Summa summarum* (llamada *Sylvestrina*, 1504), s. v. “contractus”.

²⁸ Molina, L. de, *De just. et jure*, tract. II, disput. 253^a, núm. 1 (p. 5).

²⁹ Véase, más abajo, el cap. VI.

³⁰ Molina, L. de, *De just. et jure*, tract. II, disput. 253^a, núm. 2 (p. 5).

³¹ *Ibid.*

6. La clasificación de los contratos ‘*respectivi innominati*’

Los contratos *respectivi innominati* –continúa Molina– pertenecen a una de las siguientes cuatro categorías: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* o *facio ut facias*. La base está en la ley *Naturalis* (Dig. 19,5,5) y en *Partidas* V,6,5³², que recoge el contenido de la anterior. No podemos exponer la disciplina de cada uno, que consumiría mucho espacio³³.

7. “Contractus qui solo consensu, solo verbo, scriptura, opere compleantur”

En la disput. 254^a, nuestro autor trata la distinción de *contractus* que se perfeccionan *consensu, verbis, scriptura y re ipsa traditione*³⁴.

Aquellos que se perfeccionan por el (solo) consenso mutua y recíprocamente expresado y manifestado son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, como se dice en Iust. Inst. 3,22. Otros se perfeccionan *verbis*, vale decir “*certa verborum vocumve forma*”; y tal es el caso de la *estipulatio*, que se constituye por la interrogación verbal de uno en orden a si otro promete que ha de dar o hacer y la subsiguiente respuesta del interrogado, en orden a estar dispuesto a dar o hacer.

Hay contratos –continúa Molina– que se perfeccionan por la escritura. Molina ofrece el ejemplo de que fueran los propios contrayentes de un contrato que sería consensual, los que acuerden suspender su perfección en espera de firmar un escrito. Agrega el caso de los contratos que por Derecho civil o canónico deben celebrarse por escrito, como el contrato de enfiteusis sobre bienes eclesiásticos o el de donación más allá de cierto valor.

Finalmente, hay contratos que se perfeccionan por la entrega de la cosa, como en la donación, el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda y otros.

Esta clasificación, pues, corresponde a la posterior de contratos consensuales, formales verbales, formales literales y reales.

8. Contratos de buena fe y de Derecho estricto

La división de los contratos en aquellos *bonae fidei* y *stricti iuris* viene de la división que Iust. Inst. 3,6,28 hace entre acciones de una y otra especie³⁵. Por lo tanto, son contratos de buena fe los que naciendo de un contrato (y no de otra causa) dan lugar a acciones de buena fe. Tales son, de acuerdo con la enumeración que hace el lugar citado de

³² Aunque la edición que usamos aquí dice: “l. 5, tít. 6, part. 6”.

³³ Pero puede vérsela en: Guzmán Brito, A., “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, cit. (n. 22), cap. III: “Contractus ‘nominati’ y ‘contractus innominati’”.

³⁴ Molina, L. de, *De just. et jure*, tract. II, disput. 254^a, núm. 10 (p. 7-9).

³⁵ *Ibid.*, disput. 259^a, núms. 1-8 (pp. 16-18).

las *Institutiones*, las *actiones ex empto, ex vendito, ex locato ex conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae ercinscundae, communi dividundo, de aestimato, ex permutacione, petitio hereditatis y actio dotis*. Las demás no comprendidas en esta enumeración son *stricti iuris*. Enseguida Molina explica las diferencia entre un contrato de buena fe y uno de Derecho estricto.

9. Contratos que transfieren el dominio de una cosa y contratos que solo dan su uso y disfrute, o únicamente el uso o nada más que la tenencia

Otra división de los contratos que ofrece Molina es entre aquellas con los cuales se transfiere el dominio directo de las cosas, como la donación, la venta, la permuta o el mutuo; aquellos que transfieren solo el dominio útil, como el de feudo y el de enfiteusis; los que únicamente confieren el uso y el disfrute de una cosa, como el arrendamiento; o solo el uso, como el comodato o el arrendamiento limitado a aquél (por ejemplo de un jumento para viajar); o ninguna de esas facultades, más que la de tener la cosa, como el depósito y la prenda³⁶.

10. Contratos lucrativos y onerosos

Finalmente, nuestro autor expone la división de los contratos en lucrativos (futuros gratuitos) y onerosos. Por los primeros se concede algo sin cargo alguno ni recompensa esperada, sino por mera liberalidad, como la donación, la aceptilación con que se remite una obligación estipulatoria, el comodato y el precario en cuanto al uso de la cosa que se concede. Los contratos onerosos son aquellos que imponen cierta carga a una parte y correlativamente a la otra, como la compraventa, el arrendamiento y varios otros³⁷.

11. Conclusión

En la exposición de Molina son más las nociones sobrantes que las faltantes para considerarla moderna. La acepción b) de la voz “contractus” es la que prevaleció en el *Code Civil*³⁸ y en todos los que con él se relacionaron: la acepción c) es la que sustentaba Savigny³⁹. La distinción de contratos nominados e innominados ha perdido su valor antiguo, y quedado reducida al punto menos relevante de si un contrato ha sido definido,

³⁶ *Ibid.*, núm. 9 (p. 18).

³⁷ *Ibid.*, núm. 10 (p. 18).

³⁸ *Code Civil*, art. 1101: “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”. El contrato solo crea obligaciones; cuando su fin es modificarlas o extinguirlas o crear un derecho real, se llama “convención”.

³⁹ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, § 140, Berlin, Veit, 1840, III, p. 309: “*Vertrag ist die Vereinigung mehrere zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*”. El código alemán no define al contrato, pero la doctrina suele hacerlo en el mismo sentido de Savigny. El artículo 321 del *Codice Civile* de 1942 también: “*Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. En ese sentido, el contrato es sinónimo de convención.

designado y regulado por la ley o no, que, por lo demás, los códigos no suelen enunciar. La división de contratos “repectivi” y “non repectivi” es la aún subsistente de contratos obligacionalmente unilaterales y bilaterales. Las categorías de contratos “qui solo consensu, solo verbo, scriptura, opere compleantur” están en la base de la distinción de los contratos en solemnes, reales y consensuales. A partir de cierto momento histórico, todos los contratos fueron considerados de buena fe, lo cual determinó la desaparición de aquellos de “derecho estricto” y el fin de la distinción “bonae fidei/ estricti iuris contractus”. Ya no hacemos la distinción minuciosa entre contratos que transfieren el dominio de una cosa, que solo dan su uso y disfrute, o únicamente su uso o nada más que la tenencia. A lo más se distingue los contratos traslaticios del dominio, como la donación, la venta, la permuta o el mutuo y aquellos traslaticios de una mera tenencia, tal cual acaece en el comodato, el depósito, la prenda o el arrendamiento. La importante división de los contratos lucrativos y onerosos continúa en vigencia bajo las denominaciones de gratuitos y onerosos.

En esta exposición se echan de menos dos divisiones modernas: la de contratos conmutativos y aleatorios y la de contratos principales y accesorios. Es curioso que ello acaezca, porque Molina las conocía. La primera es tratada por él a partir de la disput. 507^a bajo la idea de contratos “en los cuales se hace participar a la fortuna o simultáneamente a la destreza y la industria”⁴⁰. La segunda desde la disput. 522^a, donde estudia los contratos que “son como auxiliares (*quasi adminicula*) para otros contratos”⁴¹, como la prenda, la hipoteca o la fianza.

Apéndice bibliográfico

- Bart, Jean, *Histoire du Droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Montchrestien, s.d. [pero 1998].
- Barton, John, (editor), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker und Humblot, 1990.
- Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna*, Torino, Giappichelli, s.d. [pero 1997].
- Chevreau, Emmanuelle - Mausén, Yves - Bouglé, Claire, *Histoire du Droit des obligations*, 2^a edición, Paris, LexisNexis, s.d. [pero 2001].
- Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the “ius commune” (ca. 1500-1650)*, Leiden - Boston, M. Nijhoff, 2013.
- Deroussin, David, *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, s.d. [pero 2007].
- Esborraz, David Fabio, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires - Salta, Rubinzal - Culzoni, 2006.
- Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, reimpresión 1992.
- Guzmán Brito, Alejandro, “La doctrina de Luis de Molina sobre la causa contractual”, en *Annaeus. Anales de la Tradición Romanística*, 1 (Sevilla, 2004) [= *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo y latinoamericano*, Cizur Mayor [Pamplona], Garrigues Legal Studies Series - Thomson-Aranzadi, 2005].
- Guzmán Brito, Alejandro, “Sobre las fuentes del título 1^o del libro IV del Código Civil de Chile y de sus proyectos”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1 (Valparaíso, Chile,

⁴⁰ Molina, L. de, *De just. et jure*, tract. II, disput. 507^a, núm. 1 (p. 558): “*Dicendum est consequenter de contractibus in quibus fortuna admiscetur, aut simul dexteritas et industria*”.

⁴¹ *Ibid.*, disput. 522^a (p. 684).

- 1977) [= El mismo, *Estudios de Historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, s. d., pero 2009].
- Ibbetson, David, *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, New York, Oxford University Press, 1999, reimpresión 2001.
- Lévy, Jean-Philippe - Castaldo, André, *Histoire du Droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.
- Molina, Luis de, *De justitia et jure*, Coloniae Allobrogum, Fratrum de Tournes, 1759.
- Nanz, Claus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer, 1985.
- Pothier, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, en *Œuvres de Pothier annotées [...] par M. Bugnet*, 2ª edición, Paris, Cosse et Marchal - Henri Plon, 1861, II.
- Prierio, Sylvester de, *Summa summarum* (llamada *Sylvestrina*, 1504), s. v. “contractus”.
- Rodríguez Penelas, Horacio, *Ética y sistemática del contrato en el siglo de oro. La obra de Francisco García en su contexto jurídico-moral*, Pamplona, EUNSA, 2007.
- Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, III.
- Summenhardt de Calw, Conradus, *Septipertitum opus de contractibus pro foro conscientie atque theologico per Conradum Summenhart de Calw [...] compilatum et per centum questiones digestum [...]*, Hagenau, 1500.
- Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del Diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, Giuffrè, s.d. [pero 2001].
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town - Wetton - Johannesburg, Juta, 199, reimpresión 1992.