

SEMINARIO DIOCESANO DE VITORIA

**Los elementos esenciales del contrato  
en los teólogos españoles del siglo XVI**

DISCURSO INAUGURAL

pronunciado en la

SOLEMNE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 1948-1949

por el

Lic. D. Pablo Bilbao Arístegui

Profesor de Religión

7

A *Mari Arizmendi*, en todo afecto

*Pablo*

SEMINARIO DIOCESANO DE VITORIA

IMPRESA

Dr. Joaquín Xarabier

Editor

# Los elementos esenciales del contrato en los teólogos españoles del siglo XVI

DISCURSO INAUGURAL

pronunciado en la

SOLEMNE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 1948-1949

por el

Lic. D. Pablo Bilbao Arístegui

Profesor de Religión

7

NIHIL OBSTAT:

Dr. Josephus Zunzunegui

Censor.

DISCURSO INAUGURAL

pronunciado en la IMPRIMATUR:

Victorinae, die 22 VIII. 48

† CARMELUS, Episcopus Victoriensis.

Dr. D. Pablo Bilbao Arizaga

Profesor de Religión

EXCMO. Y RVDMO. SEÑOR:

EXCMAS. AUTORIDADES:

MUY ILUSTRE CLAUSTRO DE PROFESORES:

SEMINARISTAS:

**N**O se me oculta, a fuer de previsor, que ha de resultar algo insólito el tema de mi discurso en el marco de este acto académico. Sin embargo, y a pesar de tratarse de materia que corresponde específicamente al derecho civil, yo no he dudado en presentar a vuestro interés y benevolencia este trabajo—como extracto de un estudio más amplio, aun inédito—por la estrecha relación que guarda con la teología moral, en especial con el tratado *De Iustitia et Iure*.

El título de mi discurso reza así: LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO EN LOS TEÓLOGOS ESPAÑOLES DEL SIGLO XVI. Vamos, pues, sin más preámbulo, a exponer primeramente el valor de las nociones que entran en juego.

¿Qué se entiende por contrato y qué por elementos esenciales del mismo? «El contrato—según Von Tuhr—es un producto de dos o más declaraciones de voluntad concordantes, cruzadas entre otras tantas personas. Lo normal es que el contrato se celebre en varias etapas: la parte a cuyo cargo corre la iniciativa del contrato es el oferente, y su declaración constituye la oferta. La de la parte contraria

asintiendo a ella es la aceptación, que vale a quien la formula el nombre de aceptante» (1).

En cuanto a qué sean y cuáles los elementos esenciales del contrato no se da entre los civilistas ni en el derecho positivo una uniformidad absoluta, por más que sustancialmente coincidan en la raíz. Castán dice que «con la denominación, muy genérica y un tanto vaga, de elementos del contrato, se designa a aquellas condiciones o elementos que lo integran y que contribuyen a la formación y validez del mismo» (2).

En el derecho romano los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, la capacidad de los contratantes y el objeto válido de la obligación (3). El Código Civil francés de 1803, en que se han inspirado los modernos, señala como esenciales cuatro elementos o condiciones para la validez de los contratos: el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad de contratar, objeto cierto y causa lícita (4). Casi idéntica línea doctrinal sigue el Código italiano en su artículo 1.325 (5). El Código Civil español no considera como elemento esencial o requisito del contrato la capacidad de los contratantes. Sin embargo no es que lo excluya, más bien parece presuponerlo dentro del consentimiento, que constituye el primer requisito. Dice en su artículo 1.261: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca».

(1) A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, primera edición, Madrid, Editorial Reus, S. A., 1934. Pág. 134.

(2) JOSÉ CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, quinta edición, tomo segundo, obra ajustada al programa de notarías, Madrid, «Instituto Editorial Reus», 1942. Pág. 591.

(3) EUGENE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, Madrid, Editorial «Saturñino Calleja» S. A., 1940. Pág. 295.

(4) CODE CIVIL. Liv. III. Tit. III. Chapitre II. Des conditions essentielles pour la validité des conventions. Art. 1108. «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige. (C. 1109). Sa capacité de contracter. (C. 1123 s.) Un objet certain qui forme la matière de l'engagement. (C. 1126 s.) Une cause licite dans l'obligation. (C. 1131 s.)».

(5) CODICE CIVILE. Testo approvato con R. Decreto 16 marzo 1942-XX, n. 262. Art. 1325. «I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa. 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

En esta labor de investigación sobre los teólogos españoles del XVI hemos de atenernos a un módulo fijo, a un prisma único a través del cual ir alumbrando la doctrina escondida y dispersa. Por ello, y sin entrar en bizantinismos innecesarios, consideraremos como elementos esenciales del contrato los que determina el Código Civil nuestro, es decir, el consentimiento, objeto y causa. El camino a seguir ha de ser la búsqueda de estos requisitos en las obras de los teólogos españoles del XVI.

¿Cuál es el panorama general que se ofrece a nuestro intento? Ya se entiende, de buenas a primeras, que sería empeño ridículo la pretensión de encontrar en esos polvorientos tratados *De contractibus* y *De Iustitia et Iure* del XVI una exposición cabal y acabada sobre los elementos esenciales de los contratos. Nuestros teólogos clásicos se hallan aun muy lejos del nacimiento del Código de Napoleón, y, por tanto, es natural que no se planteen la cuestión como lo haría un civilista moderno frente al derecho positivo.

Ni en las Leyes de Toro, ni en la Nueva Recopilación verían nuestros teólogos que se hablara de los requisitos del contrato de manera explícita. Sólo cabría encontrar vestigios sobre el consentimiento, como en aquella ley que recoge la Nueva Recopilación, donde se dice «Que contra la obligación o contrato no se puede oponer que se hizo entre ausentes o no hubo estipulación; porque, en cualquier manera que uno parezca se quiso obligar a otro, queda obligado» (6).

Por tanto, nuestros teólogos del XVI no disertan sobre los elementos del contrato en el sentido específico que, actualmente, se da a esas palabras, ya que, a lo más, cuando se refieren a los requisitos del mismo, siempre se ciñen a la consideración de los elementos que integran el consentimiento, como luego veremos en Salón y López.

---

(6) «Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión, o por algún contrato, o en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepción que no fué hecha estipulación, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, o que fué hecho el contrato u obligación entre ausentes, o que no fué hecho ante Escribano público, o que fué hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro, o haría alguna cosa: mandamos que todavía valga la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro».

NUEVA RECOPIACIÓN, Tomo primero, Libro quinto, Título décimo sexto, «de los contratos, obligaciones, fianzas, deudas y cesión de bienes que hacen los deudores», ley II, Madrid, 1745. pág. 745.

¿Quiere esto decir que será laborar baldíamente si pretendemos descubrir en nuestros teólogos clásicos un cuerpo de doctrina acerca de los elementos esenciales del contrato? De ningún modo, porque ese cuerpo de doctrina existe. Los teólogos del XVI en sus tratados *De Iustitia et Iure* y *De contractibus* siguen el orden, es verdad, que a cada uno le apetece. Unas veces es el comentario, a su modo, de Santo Tomás, en la parte correspondiente de la *Summa*. Otras, la exposición sobre diversos contratos, entremezclándola con materias distintas. Siendo así, se impone la paciente tarea de enhebrar citas y textos para formar, al cabo, el cuerpo de doctrina que abarque la teoría de los elementos del contrato.

No es extraño que algunos teólogos no traten ni siquiera tangencialmente de esta cuestión. Así, en los extensos tratados *De Iustitia et Iure* de Soto y de Pedro de Aragón no es dable encontrar ni rastro acerca de la materia que nos interesa, lo cual hace subir de punto el valor de otros hallazgos en los restantes autores.

A fin de presentarlo como más fácil de intelección iremos punteando el trabajo con citas de tratadistas modernos de derecho civil, de tal modo que sirvan de base de referencia y contraste al examinar las teorías de nuestros teólogos en esta materia.

Es innecesario advertir que, para los autores del XVI, el derecho es una parte esencial del orden moral. Por tanto, nadie tendrá de qué admirarse si observa que estos teólogos hablan también, frecuentemente, del fuero de la conciencia en donde solo parece que había de caber el tratar del fuero externo.

Finalmente, para dar remate a esta introducción, quiero hacer notar que los textos los ofrezco traducidos, ya que todas las obras consultadas fueron escritas en latín, con la sola excepción de la *Summa de tratos y contratos* del P. Mercado, que aparece en castellano, y, por cierto, excelente. Y, sin más dilaciones, entremos ya en materia.

## Primer elemento esencial del contrato: el consentimiento.

«Consentimiento—dice Ruggiero—es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio

una de ellas a prometer y la otra a aceptar dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la irrevocabilidad del contrato» (7).

Como ya noté anteriormente, cuando los teólogos del XVI hablan de requisitos del contrato en general, se refieren al consentimiento. Así López y Salón. Oigamos al primero de estos autores: «Son tres, por tanto, los requisitos para celebrar el contrato. En primer lugar, que el consentimiento de los contratantes convenga en alguna cosa, porque si en alguna convención o contrato se contara tan sólo con el consentimiento de una de las partes, sin que interviniese el consentimiento de la otra, el contrato, propiamente, no se constituiría de ninguna manera. El segundo requisito es que tal consentimiento sea legítimo, y, por tanto, no reprobado por la ley. Por esta causa, los menores de edad que no son «sui iuris», sino que están constituídos bajo la cura de los tutores, no pueden contratar por sí, porque es ilegítimo tal consentimiento, es decir, inválido por la ley en orden a contratar y a vender o enajenar sus bienes, de donde, porque su consentimiento es ilegítimo, no vale la venta por ellos realizada de ese modo, así como, por razón de la materia, la cosa sagrada no es vendible, el consentimiento que se da para venderla no es legítimo. En tercer lugar, lo que se exige para contratar legítimamente por razón de la forma de contratar, hace que no se preste tal consentimiento por fuerza, miedo o fraude, donde se pide que sea libre y voluntario. En último término—y esto es lo que principalmente pertenece a la esencia del contrato—se exige que el consentimiento que en él tiene lugar sea de tal naturaleza y aptitud que produzca en los dos o, por lo menos, en uno de los contratantes, alguna obligación» (8).

De modo análogo se expresa Salón en las siguientes palabras, al decir que el contrato exige tres cosas, las cuales tres cosas o requisitos se refieren al consentimiento: «En todo contrato se requieren tres

---

(7) RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, traducción de la 4.<sup>a</sup> edición italiana, volumen segundo, Madrid, editorial Reus, S. A., 1931. Pág. 278.

(8) LUDOVICUS LOPEZ, *Tractatus de contractibus et negotiationibus duobus contenti libris*, Salmanticae, 1592. Pág. 2.

elementos: en primer lugar el consentimiento mutuo de cada una de las partes, ya que, por más que una consienta, si no consiente la otra, no puede haber contrato entre ellas ni nacer obligación mutua. En segundo lugar que este consentimiento sea legítimo, es decir, no prohibido por ninguna ley: por lo cual los pupilos no pueden contratar civilmente, porque se lo prohíbe la ley, ni pueden ser vendidas las cosas sagradas, teniendo en cuenta que todos los derechos condenan esto. En tercer lugar que el consentimiento de los contratantes sea libre y voluntario, es decir, no arrancado por ninguna fuerza, miedo o fraude» (9).

Todos los teólogos del XVI se muestran de acuerdo al señalar la primacía del consentimiento como elemento del contrato. Escojamos tres textos para probarlo, de Molina, Lugo y Castropalao. Dice Molina: «Algunos contratos se perfeccionan por el consentimiento, que se ha de entender mutuamente expreso y manifestado. Tal es la compraventa, arrendamiento, alquiler, sociedad y mandato. Pues los mismos nombres impuestos a estas convenciones significan el consentimiento mutuo. Lo cual hace que, si los contratantes no suspendan o subordinen los contratos o que se perfeccionen por escritura, sólo por el hecho de que mutuamente entre sí consienten, sean ya perfectos y produzcan obligación civil y acción, aunque no intervenga tradición, forma de palabras o escritura, y aun dado que los contrayentes, para mayor firmeza, y con objeto de que los contratos se puedan mejor probar, tengan intención de que, más tarde, se eleven a escritura pública» (10).

El Cardenal Lugo, a su vez, plantea la cuestión de por qué modos se perfeccionan los contratos, otorgando la prioridad al consentimiento: «Se ha de adelantar esto, antes de que avancemos para examinar la obligación del contrato: pues es de saber que el contrato se perfecciona por cuatro modos: hablamos de la perfección no en orden a la esencia del mismo contrato: pues, en cuanto al efecto, el contrato se perfecciona cuando se cumple aquello a que obligaba: lo cual, sin embargo, no es algo que pertenezca intrínsecamente al mismo contra-

(9) MICHAEL BARTHOLOMEUS SALON, *Commentaria in disputationem de Iustitia, quam habet D. Thomas secunda sectione secundae partis suae Summae Theologicae*, tomus primus, Valentiae, 1591. Pág. 4.

(10) LUDOVICUS MOLINA, *De contractibus* (Tomus secundus de Iustitia et Iure), Conchae, MDXCVII. Pág. 11, A.

to, sino que es su efecto. Pues el matrimonio, en razón de contrato, es perfecto, aunque después no se consume por el acto conyugal, al cual se ordena. Ahora, por tanto, hablamos del complemento intrínseco, por el cual el contrato en sí se dice perfecto e íntegro esencialmente. En primer lugar, algunos contratos se consideran perfectos por solo el consentimiento mutuo exteriormente manifestado, como son la compraventa, alquiler, conducción, sociedad, mandato...» (11).

Castropalao es quien nos ofrece, quizá, con mayor claridad y limpieza la doctrina del consentimiento, al indicar brevemente la diferencia que estriba entre la perfección o consumación del contrato y la prueba del mismo. He aquí sus palabras: «Algunos contratos solamente se perfeccionan por el consentimiento de los contrayentes, de cualquier manera que se exprese, otros requieren que el predicho consentimiento se exprese con palabras, otros exigen escritura, otros la tradición de la cosa. Por tanto, el contrato que significa la mutua convención de las partes, como es la compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato solamente se consume por el consentimiento, de cualquier modo que fuese expresado, como no sea que, en algún caso, se hubiese prescrito otra cosa por el derecho. Por lo tanto, siendo así que, después de celebrado el contrato, las partes convienen sobre el instrumento o escritura a hacer, la escritura citada no sirve para la perfección del contrato, sino para la prueba del mismo» (12).

Hasta aquí hemos tratado del consentimiento en general. Fijemos ahora la atención en las diversas materias que analizan nuestros teólogos alrededor del consentimiento como elemento del contrato. No se crea que carecen de interés y que se difuminan en sutilezas. La realidad, afortunadamente, es muy otra, ya que los autores del XVI tocan en este punto una serie de problemas que poseen hoy mismo un inequívoco valor de palpitante actualidad y vigencia en derecho civil.

Sea la primera cuestión a tratar la de la suplencia del consentimiento. ¿Puede suplirse el consentimiento en el contrato, es decir, integrarse en lo que falta? Delicado asunto, en el que cabe la conside-

---

(11) JOANNES DE LUGO, *Disputationes scholasticae et morales*, tomus sextus in quo de iustitia et iure et de contractibus agitur, Parisiis, Ed. Vivès, MDCCCXCIII. Pág. 732.

(12) FERDINANDUS DE CASTROPALAO, *Pars septima operis moralis «de iustitia et iure»*, Venetiis, MDCLXXX. Pág. 81, n. 3.

ración sobre diversos matices. Sánchez lo aborda con valentía al tratar del matrimonio como contrato, preguntando si es necesario el consentimiento de tal manera que el matrimonio no pueda consistir sin él, ni siquiera interviniendo la potencia absoluta de Dios. La respuesta es negativa y se encierra en un breve y agudo golpe metafísico. Oigamos sus palabras: «En esta cuestión hay dos cosas que se pueden asegurar sin controversia: una es si hablamos del matrimonio en sentido causal, es decir, en cuanto que es contrato humano que surge de la propia voluntad como de su causa, por ninguna clase de potencia puede ser establecido sin el mutuo consentimiento. Porque en ese caso el consentimiento pertenece a la intrínseca razón del contrato, y así como el acto intelectual, por lo mismo que es acto vital, no puede ser producido por ninguna potencia sin el entendimiento: de la misma manera el contrato humano que nace de la voluntad como de principio vital no puede existir sin el consentimiento» (13).

La suplencia del consentimiento la suelen plantear a su vez los teólogos del XVI desde otra perspectiva distinta, en el caso, por lo común, de la venta forzada, cuando es la ley quien la impone. Entonces, los contratantes, si obrasen ajustadamente a razón, deberían prestar su consentimiento. Al negarse a ello es la ley la que suple esa falta. Nada de anómalo tiene que Palacio, por ejemplo, caracterice el problema con este título: «La ley, a veces, suple el consentimiento en el contrato». He aquí como lo plantea y resuelve: «Más arriba dijimos, cuando se trataba en general de los contratantes, que se dan casos especiales en los cuales vale la venta forzada, es decir, en odio de los señores, de los amos despiadados con sus siervos, como lo trae el derecho común, donde se dice que si pareciere intolerable la injusticia de los señores han de ser forzados a vender en buenas condiciones a sus siervos, no solo en favor de la libertad, por la misma ley, sino en favor de la última voluntad. Y por causa de la religión, como cuando uno es forzado a vender el camino para el cementerio. A lo cual se puede reducir lo que dijimos de los ciudadanos que han de ser forzados a vender sus casas para edificar iglesias o monasterios. Igualmente por causa de bien público, como ya se ha dicho. De lo cual se colige fácilmente que los prefectos de la

---

(13) THOMAS SÁNCHEZ, *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*, Tomus I, Venetiis, MDCCXXXVII. Pág. 113.

ciudad pueden obligar a los que tienen más trigo guardado que el que necesitan para sus necesidades a que lo vendan por justo precio en tiempo de carestía. Y esto se deriva por causa de utilidad pública. De la misma manera puede ser obligado a que no compre más trigo que lo que le resulta necesario para él, por la misma causa, y de esa manera acostumbraron a obrar los jueces españoles. Contra lo cual se puede objetar, apoyándose en aquel principio de que lo realizado contra la naturaleza o substancia del acto no vale, ahora bien, esta coacción es contra la naturaleza o substancia del contrato, puesto que todo contrato debe ser espontáneo. Se responde a esta objeción diciendo que en los antedichos contratos los contrayentes deben prestar su consentimiento, como ya notamos, y si se negaren a ello la ley suple ese consentimiento que las partes deberían prestar si obrasen rectamente» (14).

También Castropalao, en ese estilo típico de hablar con el lector de poder a poder, ofrece cuestión idéntica: «¿Puedes ser forzado a vender la cosa propia o a comprar la ajena? Absolutamente hablando a nadie se le fuerza para que realice el contrato de compra o venta. Pues, como estos contratos se perfeccionan por el libre consentimiento de los contrayentes, deben estar exentos de toda clase de coacción. Pero como, muchas veces, conviene al bien común y a la religión, es más, se convierte en necesidad que alguien venda su propia cosa o compre la ajena, podrá mientras perdure esta necesidad y utilidad, ser obligado a ello por aquellos de quienes pende el gobierno público. Porque en gran manera es necesario que los gobernadores posean esa facultad, como resuelven los doctores; sin embargo es incierto que, para que haya lugar a esta coacción por parte de los jueces inferiores, se precise necesidad de bien común o baste la utilidad y conveniencia. De aquí se infiere que el Estado pueda distribuir entre los súbditos el trigo reservado para socorrer una necesidad problemática que luego no se presenta, y, del mismo modo, puede obligar a comprarlo por justo precio. Igualmente puede, por temor de un asedio, obligar a los ciudadanos a comprar las necesarias vituallas».

«En segundo lugar, puedes ser obligado, al menos por el supremo Príncipe, a vender tu casa para edificar una Iglesia, hospital o Monasterio, o para construir o ampliar el palacio del Príncipe, o para

---

(14) MICHAEL DE PALACIO, *Praxis Theologica de contractibus et restitutionibus*, Salamanticae, MDLXXXV. Pág. 76, sub cap. 3.º, de *qualitate vendentium et ementium*.

abrir una calle necesaria en algún lugar. Y lo mismo será si quieres construir una Iglesia u otro lugar piadoso en terreno que es común con otro socio, pues podrás obligar al socio a que venda su parte por justo precio, ya que la piedad y religión no deben ser impedidas»

«En tercer lugar, los ciudadanos que posean trigo y otras vituallas, muchas veces se ven obligados por los magistrados a vender, para que se socorra la común carestía. Por la misma razón podrá el juez impedir que alguno acapare alimentos sin necesidad, de modo que a otros no falte lo necesario o se vendan más caros los artículos. Igualmente para que no se venda a los extranjeros, sino solo a los naturales del país, cuando no haya para todos. En cuarto término, el señor que con severidad e inhumanamente trata a su esclavo puede ser forzado a venderlo por justo precio, puesto que conviene a la sociedad no se permita a cada uno que abuse de lo suyo y sea injusto para con su prójimo. Y lo mismo es si lo atrajere a cosas torpes o ilícitas. De la cual doctrina con razón infieren los doctores que, cuando el señor temporal veja inicuaemente a sus súbditos, debe ser forzado a traspasar su jurisdicción a otro, esto cuando menos, por un precio razonable, o a ser privado de ella».

«En quinto lugar a las cosas antedichas se puede reducir la potestad que los jueces poseen de impedir que alguien edifique en perjuicio de tercero o abra ventanales. Pues aun dado por supuesto que se concede a cada uno en su finca el derecho de levantar edificios y abrir ventanas, sin embargo se podrá impedir si esto cede en perjuicio de algún lugar religioso, por razón de que puedan ser vistas y criticadas las vírgenes consagradas a Dios o aun los mismos religiosos varones. Igualmente puedes evitar, solicitando los oficios del juez, que se levante un edificio por el cual tu finca se inutiliza o se le sigue un perjuicio grave, cuando de parte de la edificación no haya más que una ventaja pequeña o leve» (15).

Otro teólogo, Covarrubias, al plantear idéntico problema de la suplencia del consentimiento por parte de la ley, ofrece la singularidad de dos casos—el de los comerciantes y el de los abogados—donde la obligación parece estribar en la médula del cuasicontrato respectivo. «¿Puede ser obligado alguien, —pregunta Covarrubias—, contra su voluntad, a vender o hacer alguna cosa? 1. El que expone pública-

(15) CASTROPALAO, o. c. Pág. 248.

mente sus cosas para la venta está obligado a venderlas a precio justo. Es regla de derecho, y, por cierto, justísima, con la que se abona lo definido, que nadie, contra su voluntad, ha de ser obligado a vender su cosa propia; sin embargo se exceptúan algunos casos en los que se obliga a alguien a vender por justo precio, de los cuales trataré compendiosamente para llegar al conocimiento de esta cuestión, teniendo en cuenta, sin duda alguna, lo que antecede, es decir, que donde alguien, aun por razón de utilidad pública es obligado a vender su propia cosa, esa venta debe realizarse a precio justo».

«En verdad, el primer caso por el que alguien estará obligado a vender su propia cosa, se verifica cuando expusiese públicamente la cosa venal y ella pertenezca al alimento y vestido de los hombres, pues entonces es justo, y conveniente a la sociedad, aun cesando la carestía de ese producto, que el vendedor público sea obligado a vender a justo precio las cosas que expuso para la venta. A los cuales casos expresamente se añade que los abogados que recibieron públicamente el oficio de la abogacía han de ser obligados por el juez a prestar auxilio, diligencias y patrocinio a los litigantes, con tal de que se les paguen los honorarios y estipendios convenientes. Y si el abogado, habiéndolo mandado el juez, no quisiere obedecer en esta materia, podrá el juez por cierto tiempo suspenderle en el oficio de abogado. Lo cual hace que sea falsa la interpretación de la glosa donde dice que, en otro tiempo, los abogados podían ser obligados a patrocinar a los litigantes, por razón de que se les daba emolumentos de las arcas públicas, siendo así que, en nuestro tiempo, esto no se puede realizar en justicia, desde el momento en que los abogados no perciben salarios públicos del Estado. Pues esta opinión es fingida, habida cuenta de que, en otro tiempo, no había presupuesto público para los abogados: sino que, por oficio del juez, se exigía a los litigantes la paga justa del trabajo, y por lo que está legislado en las pragmáticas sanciones de este reino está obligado finalmente el abogado y debe ser forzado a ayudar y patrocinar para hacer justicia al Estado, teniendo en cuenta que recibió el oficio de la abogacía pública, y, de esta manera, la práctica de los tribunales del Rey frecuentísimamente admite y prueba esta sentencia. Así, el tabernero o mesonero que tomó una vez este oficio puede ser forzado a recibir a los huéspedes».

«3. ¿Puede ser obligado alguien a vender sus cosas propias que conciernen a la alimentación, cuantas veces el Estado se ve abrumado por la falta de vituallas? El segundo caso por el que alguien es forzado

a vender su propia cosa depende de la pública necesidad y escasez, cuando, por más que alguno no expusiese las cosas ni las ofreciere en venta pública, sin embargo está obligado a su venta donde el Estado se ve apretado por la falta de víveres, y, ciertamente, por justo precio, señalado por el Príncipe o los magistrados, para que nadie venda libremente las cosas necesarias al mantenimiento de los hombres por cualquier precio, que sería precio gravísimo por la carestía del artículo».

«Conviene, con todo, que esto se pondere por los magistrados con cautela, de modo, que finalmente, esta coacción y designación de precio sean usadas en el caso de que el Estado padezca escasez y penuria de artículos convenientes al vestido y alimentación de los hombres, y, de la misma manera, han de precaver que no se siga mayor carestía en los géneros por aquellos que los guardan escondidos».

«Y, si alguno después de la designación del precio por el Estado y sus magistrados, designación establecida justamente y con causa, vendiese los artículos a mayor precio, en rigor estará obligado, en el fuero de la conciencia, a restituir al comprador lo que hubiese recibido por encima del precio establecido, y en el fuero externo, por el juez, este vendedor será forzado a restituirlo, y es más, ha de ser castigado con alguna pena al arbitrio del juez, como transgresor y despreciador de la ley».

«7. En favor de la religión, para construir o ampliar una iglesia, puede ser obligado alguien a vender su propia cosa por justo precio. El tercer caso es aquel por el que alguien es forzado absolutamente a vender el terreno o casa propios en favor de la religión, teniendo en cuenta que sean necesarios para la construcción o ampliación de algún monasterio, pues, en tal caso, el dueño de la misma casa puede ser forzado a venderla por razón de utilidad pública, que consta en favor de la religión».

«Finalmente, establecido lo que antecede, opino en primer lugar para resolver esta cuestión que puede el Príncipe forzar al propietario privado a vender su propia casa para construir la iglesia o monasterio, o ampliación del ya construído, y se considera justa causa para que el Príncipe derogue el derecho de los propietarios privados que la citada casa sea útil para construir o ampliar una Iglesia, en favor de la religión y del Estado. De otra manera, sin justa causa, no puede el Príncipe, aun mediando justo precio, desposeer del dominio de sus

propias cosas a los súbditos, contra la voluntad de ellos. En segundo lugar, me parece que, no solo el Príncipe, sino cualquier juez inferior, puede obligar al dueño privado de su campo o casa a venderlos por justo precio, cuantas veces fuesen esas casas necesarias para construir la iglesia parroquial o episcopal. Pues, como estas iglesias sean moralmente precisas y necesarias para la administración de los sacramentos, lo mismo que para el culto divino que ordinariamente se celebra; que para enseñanza e instrucción de la religión cristiana; igualmente, en absoluto, habrá de ser donde la casa privada es necesaria para la ampliación de estas iglesias, con tal de que esa ampliación sea, como dije, necesaria con cierta necesidad moral».

«En tercer lugar, si la casa o terreno privado, ofreciéndose justo precio, se piden para construcción de la Iglesia, que, aunque sea muy útil, sin embargo no es moralmente precisa y necesaria; o para ampliación de una Iglesia ya construída en otro tiempo: la cual ampliación, aunque muy útil para habitación de mayor número de monjes y para que se puedan admitir más fieles del pueblo a los oficios divinos; podrá sin embargo la Iglesia, sin esa ampliación, servir a la comunidad cristiana y al culto de la religión; mi opinión es que en estos casos, no puede el propietario privado ser desprovisto, contra su voluntad, del dominio de su propiedad por autoridad del juez inferior, sin decreto del Príncipe, aunque se le ofrezca el precio de la cosa».

«En último término, no tengo reparo en esta controversia en sostener que obrará justísimamente el juez que, usando una sentencia muy frecuente de los doctores, obligase a alguno a la venta de su propia cosa, campo o posesión, cuantas veces fuere útil para construcción o ampliación de la Iglesia, si atendidas las circunstancias que se habrán de examinar al arbitrio del juez discreto, ninguno o muy pequeño detrimento se le infiere al propietario privado por esta venta» (16).

Siempre que se trate del consentimiento forzado o suplido nuestros autores no lo justificarán sobre motivos inconsistentes. El bien común, la utilidad pública o el servicio de la religión y de la Iglesia aparecerán en juego. La unanimidad de criterio es absoluta en nuestros teólogos al versar sobre este punto. Oigamos, finalmente, a

---

(16) DIDACUS COVARRUBIAS, *Opera omnia*, tomus secundus, Genevae, MDCCLXII. Pág. 348 y siguientes.

López, en la cuestión de la venta forzada, expresarse con análogos términos: «Se pregunta, por tanto, si el juez o gobernador de la sociedad puede lícitamente obligar a alguien a comprar o vender algo, y en qué casos se puede usar de esta coacción. Se responde brevemente, por no detenernos en cosa tan clara, que pueden los jueces en tiempo de hambre obligar a los ricos no solo a que vendan alimentos a los oprimidos por el hambre, sino también a que den gratuitamente a los que padecen necesidad extrema y no tienen dinero u otra cosa con qué comprar. Es evidente, porque aparte de la equidad cae bajo la justicia que los hombres mueran de hambre aquí y allá cuando hay alimentos en la nación, porque el Príncipe, por su cargo, está obligado a conservar la vida de sus súbditos, y las leyes civiles ordenan en estas necesidades que se distribuyan los bienes de la nación».

«Además, es regla general que, cuando se considere necesario para el bien común que se exponga la cosa para ser vendida y comprada, el juez o el gobernador de la sociedad puede obligar a comprarla o venderla. Pues, por esta causa, es claro cómo los deudores han de ser forzados a realizar sus propiedades y convertirlas en precio con el que pagar las deudas a los acreedores, y también por esto los acaparadores de comestibles y vituallas deben ser obligados a exponer aquellas cosas en orden a que la necesidad se alivie y desaparezca la carestía de tales bastimentos. Además, por el mismo motivo, algunos ciudadanos han de ser forzados a vender sus pisos o edificios en cuanto que allí conviene levantar una ciudadela o algún otro edificio, o para seguridad de la ciudad o por razón de utilidad pública».

«Ahora bien, no es raro que los vecinos y moradores de los pueblos sean obligados lícitamente a comprar algunas cosas. Pues, como está visto, han de ser forzados a comprar trigo cuando la ciudad o pueblo se cuidó de importar de otra parte una gran cantidad de grano como provisiones, y, más tarde, la distribuye entre los vecinos. De la misma manera, cuando los pueblos están desprovistos de armas de combate, las naciones suelen comprarlas, y, después, distribuyéndolas a cada uno de los súbditos, les obligan a adquirirlas» (17).

Avanzando en el estudio de nuestros autores, y dentro de los límites de la materia que nos ocupa, hallamos planteado en relación al consentimiento contractual un problema de incuestionable interés,

---

(17) LÓPEZ, o. c. Pág. 150 s.

lo mismo en teología moral que en derecho civil. Es el relativo al consentimiento fingido, o, en otras palabras, a la necesidad del consentimiento interno para el valor y obligación del contrato.

La cuestión no es desconocida tampoco para los tratadistas modernos de derecho civil, aunque no se detengan en ella como los teólogos del XVI. A propósito de la declaración de voluntad en el contrato, dice Von Tuhr, que «la médula del negocio jurídico es la declaración o exteriorización de voluntad de las partes interesadas, declaración que puede ser simple o doble, según que se trate de negocios unilaterales o de contratos. La ley no confiere la eficacia creadora y transformadora implícita en todo negocio jurídico a la voluntad de las partes reservada en su fuero interno, sino al deseo exteriorizado, toda vez que la voluntad, considerada como fenómeno psicológico, no es cognoscible, con mayor o menor seguridad, si no se revela en la conducta y en los actos» (18).

En el mismo sentido se expresa Giorgi al hablar del acto externo o manifestación del consentimiento dentro del contrato: «Como el hombre está compuesto de espíritu y de cuerpo, el consentimiento generador de los contratos participa de esta doble naturaleza y consta, no sólo de un acto interno, sino también de una declaración externa. Si la voluntad permaneciese como puro hecho psicológico, su existencia no adquiriría certidumbre extrínseca y no daría motivo a la ciencia y a la ley para ocuparse de un hecho que quedaría cubierto por las tinieblas del secreto. Es necesaria, pues, la manifestación del consentimiento, y esto es lo que en el lenguaje jurídico constituye la forma» (19).

Es muy de notar que Giorgi distingue entre formas libres y formas solemnes. La forma libre es para él la pura manifestación del consentimiento. La forma solemne es la que llamaríamos «forma» propiamente dicha, por antonomasia, en el sentido, verbigracia, que la exige el art. 1.325 del nuevo Código italiano como cuarto elemento del contrato, «quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

Así se expresa también Von Tuhr al tratar de este punto: «Por regla general, las declaraciones de voluntad pueden formularse por

---

(18) A. VON TUHR, o. c. Pág. 114.

(19) JORGE GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, volumen III, Madrid, Editorial Reus, 1929. Pág. 146.

cualquiera de los medios que sirven para hacerse entender. Estos medios de que la declaración se vale para llegar a conocimiento de otros constituyen, en un sentido amplio, la forma de la declaración, por debajo de la cual discurre su contenido. En este sentido, toda declaración tiene una forma. Mas hay un sentido técnico, en que el nombre de «forma» se reserva para designar la exteriorización que el acto ha de revestir por imperio de la ley o por voluntad de las partes» (20).

Entremos ya, después de estos prolegómenos y aclaraciones, en el meollo del problema tal como lo plantean y resuelven Lugo y Dicastillo. El tema es de singular interés, acrecido en este caso por la discrepancia de criterio que se advierte en nuestros teólogos. Lugo presenta la cuestión, directamente con estas palabras: «¿Es necesario, en absoluto, el consentimiento interno para el valor y obligación del contrato?». Veamos cómo la gran autoridad que representa el Cardinal Lugo en materia «*de iustitia et iure*» se separa de la sentencia de su hermano en religión y coetáneo Francisco de Torres, el célebre *Turrianus*, autor del «*Dogmaticum de Iustificacione*»: «Lo que hasta aquí se ha dicho era necesario para la exposición de los principios en esta materia: ahora conviene ya descender a nuestro intento de estudiar la obligación que en conciencia resulta de los contratos propios o improprios, nominados o innominados, a cuyo fin se dirige todo. Y en primer lugar se ha de ver lo relativo al contrato que se cierra sin verdadero consentimiento interno, es decir, con ánimo fingido, sin intención de obligarse; del cual se pregunta si verdaderamente es contrato por razón del consentimiento que exteriormente aparece o si solo es contrato fingido que no engendra obligación alguna».

«En primer lugar es cierto que, si existe ánimo de obligarse y, sin embargo, nó de cumplir lo prometido, el contrato es válido y engendra obligación, pues, de otra manera, el que tiene actualmente una concubina, y sin ánimo de abandonarla, profesa en religión, no profesaría válidamente, porque no tiene ánimo de guardar la castidad que promete: de la misma manera, el que en la misma situación, contrae matrimonio no contraería válidamente, porque no tiene ánimo de guardar la fidelidad conyugal que promete. La razón es porque, con el ánimo de no observar, coexiste la voluntad eficaz de obligarse, de la

---

(20) A. VON TUHR, o. c. Pág. 167.

cual nace suficientemente la obligación, como de causa inmediata y adecuada».

«En segundo lugar, es cierto que, si tuviese ánimo de prometer, queda obligado, porque la promesa, por sí, engendra obligación, y el que quiere la causa quiere implícitamente el efecto que de ella necesariamente se sigue, por lo cual, ya implícitamente por lo menos, quiso obligarse: sin embargo, si ignorase que de la promesa nace la obligación, y, por tanto, no tuvo ánimo de obligarse, Sánchez parece suponer que no se realiza el contrato ni nace la obligación, porque la ignorancia es causa del acto involuntario. Por tanto, como se ignora en absoluto la obligación que nace, no puede ser esa obligación voluntaria, y, por consecuencia, no habrá obligación, desde el momento en que ésta debe ser voluntaria. Sin embargo, esto debe ser entendido así como no ocurra que el promitente quiere hacer una promesa verdadera, del estilo de las que por otros suele hacerse en aquellos contratos: pues entonces, por lo mismo, quiere de manera implícita todo lo que verdaderamente es de razón de aquella promesa que, con eficacia, la hace, a no ser que tuviese voluntad contraria: lo cual no niega el mismo Sánchez, más bien parece conceder a renglón seguido».

«La resolución de esta duda se ha de buscar en aquéllo que dijimos, donde, en general, tratamos de cuestión parecida, es decir, de la concurrencia de dos voluntades contrarias, de las cuales una se opone a la otra, y dijimos que la regla universal es que debe prevalecer aquella voluntad que resulta más eficaz y absoluta, o que posee un modo más universal de querer, con reflexión formal o virtual sobre la otra, lo cual con muchos ejemplos allí lo explicamos que han de ser vistos para no repetirlos. Por tanto, así como allí dije que el sacerdote hereje que considera erróneamente que no ofrece el sacrificio de la misa, si todavía quiere consagrar ofrece el sacrificio, el cual sacrificio, sin embargo, por error privado, no pretende ofrecer: es decir, porque tiene voluntad más eficaz y virtual de consagrar, de tal modo que si esto sin sacrificio no pudiera realizarse todavía querría consagrar: así se ha de decir, si quieres prometer, y porque piensas erróneamente que de la promesa y del contrato no nace la obligación, y, por lo tanto, no quieres obligarte, todavía de hecho te obligas si la voluntad de prometer y contraer es más absoluta y eficaz que la voluntad de no obligarte».

«Cuando, por el contrario, la voluntad de no obligarte fuese más eficaz y absoluta que la voluntad de prometer y contraer, la promesa

no existe ni se sigue obligación. Si las dos voluntades son iguales el acto se vuelve nulo: lo cual será lo mismo cuando con una única voluntad quisieras expresamente prometer sin obligación: pues pretendes un efecto imposible que no puede ser puesto y como no tengas ninguna voluntad absoluta de prometer, sino solamente de prometer sin obligación, no se da voluntad que absolutamente desee la promesa verdadera, sino sólo la promesa fingida y quimérica».

«Queda la segunda dificultad que puede versar sobre el título de la sección, es decir, si el que promete o contrae aparentemente al exterior, pero sin ánimo interno de prometer o contratar, sino que finge tal ánimo, todavía perfeccionará el contrato verdadero y válido. No faltan quienes esto afirmen, cuya sentencia, recientemente, la defendió Turrianus, a favor de la cual trae el testimonio de algunos autores, pero solamente se ha de notar el de Soto y Lesio, que dicen que en los contratos onerosos deben los contratantes hacer sus palabras verdaderas, lo cual, sin embargo, no pertenece a nuestro caso, puesto que esos autores no dicen que el contrato sin consentimiento interno sea válido, sino que existe obligación de hacer verdaderas las palabras para evitar el fraude».

«La sentencia contraria que niega que el contrato basado en consentimiento fingido sea válido se acepta como común y cierta por casi todos los doctores; según los cuales es ello manifiesto y cierto, ni puede caer en controversia, al decir de Sánchez y Molina. De donde, en la definición del contrato y pacto se exige por todos los teólogos que sea convención de dos voluntades, o que sea obligación que proviene de la voluntad de los contrayentes: por lo cual, allí donde no haya consentimiento de la voluntad no puede haber verdadero pacto, sino, a lo más, simulado y fingido».

«Esto puede probarse eficazmente. En primer lugar por el ejemplo del contrato matrimonial, en el cual, aun prescindiendo de su razón de sacramento, de tal modo se exige esencialmente el verdadero consentimiento interno de los contrayentes que, al sentir de muchos autores a quienes sigue Sánchez, ni por potencia absoluta de Dios puede haber matrimonio verdadero sin verdadero consentimiento de ambos cónyuges, y, sea de esto lo que fuere, es certísimo que por ninguna potestad humana puede suplirse el consentimiento, como lo prueba el mismo Sánchez por todos los teólogos. De esto se forma el argumento que sirva para otros contratos: pues si los signos externos del consentimiento bastan en ellos para el valor del contrato o del

consentimiento, significado de modo humano, bien sea que signifique verdadera o falsamente, no hay por qué no baste lo mismo para el valor del contrato matrimonial» (21).

La postura de Lugo en este caso es bien firme: no es válido el contrato que se funda en consentimiento fingido. El Cardenal jesuita hace estribar su opinión, contra la de Torres, en el valor de varios argumentos a cuál más agudos, y de los que aquí habremos de prescindir por no alargarnos en demasía.

Busquemos el contraste, el «*oppositum per diametrum*», en la sentencia de Dicastillo, para quien los contratos civiles, excepto el matrimonio, se perfeccionan sustancialmente por los signos externos del consentimiento: «Conviene ahora declarar—apunta Dicastillo—de si en los contratos humanos basta el signo externo de obligarse o se requiere el consentimiento interno, faltando el cual no existe contrato, por más que los hombres, engañados, crean que se ha celebrado. Y ciertamente, que el matrimonio no se verifica sin el consentimiento interno, sólo con señales externas, es cosa averiguadísima».

«Por tanto, la duda se plantea en relación a otros contratos. Algunos piensan que hay verdadero contrato, y de este modo lo indica Molina, como de paso. Ahora bien, de todo contrato se puede probar, en primer término, que en él no puede haber obligación sin voluntad de obligarse; por tanto, si falla esta voluntad no hay obligación, y, en consecuencia, ni contrato, del cual nacería si existiese, porque el contrato según lo supradicho, es obligación que recíprocamente nace de la voluntad de las partes. Por tanto, si el contratante no tiene voluntad no bastarán los signos exteriores. En segundo lugar, se puede probar, parecidamente, del contrato matrimonial, del que con certeza se puede decir que no existe sin el consentimiento interno, pues todos los contratos, por su naturaleza, piden algún consentimiento. En tercer lugar, se puede probar por el voto, porque, de otra manera, se seguiría que del voto fingido naciese la obligación de guardarlo, y, como la obligación del contrato pende de la voluntad del contratante, de la misma manera la obligación del voto pende de la voluntad del que lo hace. En consecuencia, si los signos fingidos del contrato obligan al contratante, los signos fingidos del voto obligarán al que lo formula».

Después de establecido el preámbulo que antecede, a la manera

(21) Lugo, o. c. Pág. 741 y siguientes.

de los *videtur* tomistas, Dicastillo entra en la exposición de su sentencia:

«En esta cuestión me parece más probable que el contrato profano se pueda perfeccionar con palabras externas y consentimiento debido, por más que falte el verdadero y actual consentimiento de obligarse. Y, ciertamente, si se ha realizado la tradición de la cosa, se puede probar por el común sentir de todos los autores; pues hecha la venta con palabras externas y habiéndose entregado la cosa con plena libertad, nadie negará que el comprador adquiere el pleno dominio de la cosa comprada. Pues aunque el vendedor diga que él vendió simuladamente, el comprador, por esto sólo, no se obligará, ni siquiera en el fuero de la conciencia, a la restitución de la cosa comprada; pues ni debe creer a quien dice que vendió fingidamente, cuando en el mismo contrato no ocurrió otro signo externo por el que prudentemente pueda ser obligado el comprador a juzgar que la venta fué fingida».

«Se prueba, en segundo lugar, porque, aunque el contrato humano requiere el consentimiento, sin embargo a los hombres no puede ser manifestado de otra manera como no sea por signos externos. De modo que cuando estos signos se presentan de tal manera que prudentemente nos vemos obligados a juzgar que los contratantes quieren celebrar el contrato, éste se celebrará por razón del consentimiento debido; pues debido es en ese caso no sólo por razón de la justicia que ocurre en el contrato y por comparación con el otro; pues esto requiere el modo humano de contratar y la equidad natural, que los contratantes tengan ánimo de contratar. Lo cual se entiende en mayor grado cuando el contrato externo se celebra con libertad absoluta».

«Se prueba, en tercer término, por el inconveniente que se seguiría, ya que, de otra manera, caería por su base todo contrato civil, y no sin detrimento. Pues si lo vendido, verbigracia con fingido consentimiento, no indujese, sin embargo, obligación de justicia por las palabras, ni transfiriese al comprador el dominio de la cosa vendida, aun después de la tradición, se seguiría que el vendedor podría ocultamente recuperar su cosa y restituir el precio recibido al comprador, sin pecado contra la justicia, la cual consecuencia, de por sí parece absurda y contra el bien común, luego implica obligación de modo que no se siga este inconveniente. Esta doctrina no sólo tiene fuerza, guardada la debida proporción, en el contrato cuya esencia reside an-

tes de la tradición; sino también en el contrato que se constituye esencialmente por la tradición misma»-  
.....

«Por tanto, según nuestra sentencia, sostenemos que en los contratos civiles, excepto el matrimonio, se perfecciona su substancia por los signos externos, si existen también otros externos requisitos conforme a la exigencia de cada contrato en particular, y esto es verdadero por el consentimiento debido. Se prueba, en primer lugar, porque si alguno admite que en estos contratos, por el modo humano de contraerlos, nace obligación de justicia en relación al otro contratante, de tal manera que el que fingidamente contrató está obligado a verificar lo que significan las palabras, de aquí se sigue que, si las palabras son de promesa, obliguen a cumplir lo prometido; si, por el contrario, las palabras son de contrato de presente nazca obligación y derecho. Lo cual suelen producir las tales palabras, porque (como decía más arriba) no puede haber otro modo de celebrar el contrato entre los hombres. Pues, celebrada, verbigracia, la venta por palabras de presente y hecha la tradición, no parece que se ha de requerir otra cosa entre los hombres para la justa adquisición del dominio a través del contrato de venta. Pues ninguna otra cosa puede ser conocida de los hombres como que, con conciencia segura, puedan usar de la cosa comprada, y en todos los demás contratos, fuera de lo ya indicado sobre el matrimonio, lo cual, en mi concepto, aparece con bastante eficacia en favor de esta sentencia, que no sea probable o creíble que la traslación del dominio de estas cosas quisieran los hombres hacerla depender nada más que de los signos externos, manifestados con absoluta libertad, sin ninguna fuerza o coacción, cuando alguien libremente y por modo espontáneo celebra el contrato externo; que, si se adquiere el dominio por este modo externo de contratar, verbigracia en la venta con la tradición de la cosa, es signo de que la misma esencia del contrato fué celebrada por el consentimiento debido; pues el dominio, en este caso, supone la esencia del contrato, y, por tanto, de la verdad o ficción del consentimiento —que de ningún modo puede ser prudentemente conocida por los hombres— no se varía la esencia del contrato si en ambos casos las señales externas son todas parecidas, y en el comodato, verbigracia, si alguien por este contrato concede el uso de un caballo, el comodatario no menos lícitamente puede usar del caballo como si el comodante hubiese tenido verdadero ánimo. Y si alguno, en este caso, dijere que es lícito por ignorancia

del consentimiento fingido, no por la naturaleza del contrato, habría que responder, en primer lugar, con el argumento más arriba formado; pues, por la naturaleza del caso, no puede darse entre los hombres otro modo de adquirir el uso o el dominio de la cosa que por medio de señales externas, con absoluta libertad manifestadas. En segundo lugar, habida cuenta que tal uso, en el caso predicho, es lícito y que tiene su origen en la voluntad del comodante que entrega la cosa y que libremente profiere las palabras, no puede tal derecho ser reducido a otro contrato de donde nazca, como no sea en el contrato de comodato».

«En tercer lugar, una de dos: o del contrato fingido se dice que nace la obligación no sólo de tener consentimiento interno, sino de exigir el contrato externo, lo cual se refuta fácilmente en estos contratos civiles, porque es inútil, en absoluto, tal repetición o exigencia en relación al otro contratante, cuando se puede creer prudentemente en el ánimo fingido del precedente contrato, pues, en este caso, así como de que una parte afirme que contrató fingidamente no puede la otra ser obligada a la rescisión del contrato, de la misma manera la afirmación de la parte que asegura que quiere con verdadero ánimo exigir o tener por válido el contrato precedente, la considera inútil aquel que, por el mismo contrato, posee la cosa: o solamente se dice que hay obligación de tener verdadero consentimiento interno, con el cual se tenga por válida la precedente venta fingida: y, con anterioridad a este consentimiento, no se perfecciona la esencia del contrato; pues bien, contra esta doctrina pugna todo lo que hasta aquí hemos dicho, porque el modo humano de contratar no puede ser conocido de los hombres por otro modo como no sea por señales exteriores, manifestadas con absoluta libertad; y, como decía, es increíble de todo punto que los hombres quisiesen hacer pender el dominio de estas cosas de algo que para ellos no pudiese ser conocido de ninguna manera».

«Añádase que el consentimiento meramente interno, como no se signifique por señal externa, no puede transferir el dominio; el consentimiento interno que se tuviese poco tiempo después de aquellas primeras palabras no se significaría por las mismas, porque aquellas palabras solamente eran señales del consentimiento que llega poco después; luego este consentimiento todavía permanece sin significación, ahora bien el consentimiento no significado no posee ninguna virtualidad en orden a la translación del dominio. Luego fué bastante el

consentimiento debido desde el principio para que se celebra el contrato naturalmente y se transfiriese el dominio o el uso de la cosa» (22).

Como se observa es muy clara la línea de separación que media entre la doctrina de Lugo y la de Dicastillo acerca de idéntico problema. Para el primero no es válido el contrato que se funda en consentimiento fingido. Dicastillo, por el contrario, sostiene que la esencia del contrato es invariable y que no se la puede subordinar y hacer pender de la verdad o ficción del consentimiento, ¿Cuál de estas dos sentencias es la que modernamente se admite? La distinción se impone en la respuesta. En derecho civil es corriente, sin duda, el sentir de Dicastillo. En teología moral, especulativamente, en el fuero interno, valdrá la sentencia de Lugo, bien advertido que, quien contrató con ánimo fingido, deberá indemnizar a la otra parte y estar a las consecuencias civiles del contrato, es decir, que, en último término, ha de obrar como si se hubiese celebrado el contrato con auténtico y verdadero consentimiento.

También se plantea, en relación al consentimiento contractual, otra cuestión de no menor monta que han de ventilar los tratadistas y resolver los Códigos Civiles. Es la que se refiere al sistema de conclusión o perfección del contrato, y que puede describirse de esta manera: ¿es necesario que cada uno de los contrayentes conozca la aceptación de la parte contraria para que el contrato se perfeccione?

El Código Civil español se inspira en un principio espiritualista, como alguien lo ha llamado, en el sistema del conocimiento precedente, defendido ya por los teólogos del XVI. Así, en el art. 623, dice que «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». Por manera semejante, en el art. 1.262, estatuye el legislador que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento».

Al versar sobre esta materia nuevamente hallamos en la palestra a Lugo y Dicastillo, perfectamente hermanos ahora por criterio unánime. Para ambos el contrato no se perfecciona hasta que la aceptación de las dos partes sea conocida por cada una. Esta doctrina general, sin embargo, la limitan a los contratos onerosos, admitiendo la posibilidad de que algunos contratos se perfeccionen antes de que el primer contrayente conozca la aceptación del segundo.

(22) IOANNES DE DICASTILLO, *De Iustitia et Iure*, sectio altera de contractibus, Antuerpiae, MDCXLI. Pág. 739 y siguientes.

He aquí la sentencia de Lugo: «La aceptación mutua ¿debe constar a cada uno de los contrayentes? Queda una duda que dice relación al caso y también al fuero interno: porque dijimos que los contratos, a veces, se perfeccionan con el consentimiento expreso y significado, otras veces con palabras; y, a cada uno de los contratantes ¿debe constar, no solo el consentimiento, sino también la aceptación de la otra parte? Por ejemplo, ofreces tu casa a Pedro por cien ducados; acepta Pedro y promete cien ducados por ella. Se pregunta cuándo se perfecciona el contrato de venta, si cuando Pedro acepta y promete el precio o cuando la aceptación de Pedro se te manifiesta. Y, ciertamente, cuando el contrato se hace por procurador que posea mandato pleno no hay duda que el contrato se perfecciona antes de que llegue a conocimiento del contratante: pues, por lo mismo que quiso contratar por procurador, basta con que a éste se le manifieste el consentimiento y la aceptación del otro contrayente; como consta en el matrimonio celebrado por procurador: que, ciertamente, es perfecto antes de que a conocimiento del cónyuge llegue la noticia de su celebración: pues viene a ser de modo que se le manifieste el consentimiento al procurador como si se le manifestase al mismo contrayente, cuya persona representa el procurador, haciendo sus veces. La dificultad, por tanto, se presenta cuando por sí mismo alguien contrae la obligación, bien sea que esto lo haga estando presente o por carta en su ausencia».

«Ahora sólo hablamos de los contratos onerosos, que imponen obligación mutua para ambos contrayentes, y, en los cuales, la solución es más fácil; brevemente se ha de decir que el contrato no se perfecciona hasta que la aceptación de las dos partes no sea conocida por cada una, y, por tanto, antes de ese momento, pueden ambas volver de su acuerdo, lo cual, sin embargo, se ha de entender con cierta limitación que se pondrá más abajo. La razón es porque para el valor del contrato se requiere, como suponemos, la aceptación de los dos contrayentes: pues deben las voluntades de ambas partes conjugarse en una, y con ese efecto, que resulte pacto o contrato; la aceptación debe ser humana, puesto que la voluntad de las partes debe conjugarse de modo humano y sensiblemente: luego debe ser percibida por cada una de ellas: por lo cual, así como yo debo manifestarte mi voluntad de obligarme, de la misma manera tú debes manifestarme tu voluntad, con la cual quieres la obligación, y yo, a mi vez, debo manifestarte la voluntad con la que quiero tu obligación: de otra ma-

nera, así como la voluntad de obligarme no me obliga si no te la he manifestado, así tu voluntad de aceptar mi obligación, si todavía no se me ha manifestado, no te obliga a ti ni a mí. Por tanto, el contrato se perfecciona en aquel momento en que la obligación llega a conocimiento de ambas partes con la aceptación consiguiente. De donde, cuando el contrato se hace por carta, no se perfecciona hasta que a mí oferta y obligación tú respondas, a la vez, obligándote y aceptando mi obligación, y hasta que esta respuesta llegue a mi conocimiento» (23).

Lugo hace limitar la verdad de su sentencia a los contratos onerosos. Según él, excepcionalmente, se ha de conceder que, a veces, pueda el contrato perfeccionarse antes de que el primer contratante conozca la aceptación y voluntad del segundo. Nuestro autor se extiende en la declaración de varios casos y ejemplos en los que esa excepción se verifica.

Vengamos, ahora, a la doctrina de Dicastillo: «En el presente tratado, en lo que se refiere a los contratos respectivos, parece bastante cierto que se requiere el signo externo que explica el mutuo consentimiento; porque sin aquel mutuo consentimiento no se purifica el contrato. Se requiere, por otra parte, la explicación del consentimiento en el contrato respectivo, porque, en la venta, verbigracia, el que quiere vender tiene consentimiento para vender; sin embargo, si otro quiere comprar en cierta cantidad, es evidente que el consentimiento de las partes debe ser conocido a ambas. Y, en cuanto a esto, la misma razón asiste al contrato matrimonial y a otros, pues lo pide el modo humano de contratar».

«De lo mismo se deriva que, en el contrato respectivo, sea necesario que cada uno de los contrayentes conozca la aceptación de la parte contraria; pues es necesario en estos contratos para que se perfeccionen. Lo cual se ha de entender cuando los contrayentes contratan por sí mismos; pues si contraen por procuradores no es necesario esto, como consta del matrimonio según el común sentir. La razón de lo cual es, porque, cuantas veces alguno quiere contratar por procurador y manifestar a través de él su consentimiento, quiere también en su nombre, aceptar por el procurador el consentimiento de la otra parte, y, por tanto, bastará entonces que la aceptación de la otra parte llegue a noticia del procurador».

(23) LUGO, o. c. Pág. 736 y siguiente.

«Pero queda por explicar si, cuando algunos contratan por carta, se perfecciona el contrato en el momento en que la carta de uno llega al otro y éste acepta el consentimiento o si será necesario que esta aceptación, a su vez, sea conocida por aquel que escribió primero. Silvestre indica, y me agrada su sentencia, ser necesario que el que escribió primero conozca la aceptación del otro. Pues cuantas veces algunos contratan por sí mismos, es necesario que cada uno conozca el consentimiento del otro, como se ha dicho. Por lo tanto, es igual cuando los ausentes contratan por carta, y, de este modo, no basta que uno hubiese enviado la carta hasta que le conste la aceptación del otro. Por lo cual es muy grande la diferencia que existe entre el contrato por procurador y el que tan sólo se celebra por correspondencia; porque, el que contrata por procurador, quiere, a través de él, no solo expresar su consentimiento, sino aceptar el del otro. Ahora bien, cuando los ausentes contratan tan sólo por carta, no se acepta el consentimiento del otro, como no sea que venga en conocimiento del primero. Por tanto, en el contrato es necesario, respectivamente que el consentimiento de ambas partes sea conocido por cada una» (24).

Otra cuestión que ofrecen los autores del XVI es la relativa al intervalo entre los consentimientos, es decir, si se requiere una simultaneidad perfecta, absoluta o basta con cierta simultaneidad moral para salvar la integridad del contrato.

Molina lo indica como de paso: «En los contratos que se perfeccionan por el consentimiento, supuesto que con algún intervalo siga el consentimiento de la otra parte, se perfecciona el contrato» (25).

Sánchez lo plantea abiertamente al tratar del matrimonio: «¿Es necesario que el consentimiento de ambos cónyuges se preste a la vez, sin que medie intervalo de tiempo? La sentencia mucho más probable dice que no se requiere esa simultaneidad, sino que es bastante que el consentimiento se preste por ambas partes atravesándose espacio de tiempo, con tal de que el consentimiento del primer cónyuge no sea revocado. Se prueba porque en todo contrato es bastante con que haya consentimiento en distinto tiempo, y consta lo mismo en todos los contratos hechos por enviado, carta o procurador. Dios, al instituir el matrimonio en categoría de sacramento, no mudó en nada la naturaleza del contrato, y se confirma, porque válidamente se con-

(24) DICASTILLO, o. c. Pág. 739,

(25) MOLINA, o. c. Pág. 13, C.

trae el matrimonio por carta o procurador, y, sin embargo, los consentimientos en ese caso no se prestan a la vez».

«¿ Es bastante dar el consentimiento al otro contrayente, median- do cualquier espacio de tiempo? Se afirma por algunos autores, por- que, en tanto se dice que persiste en el consentimiento el primer contrayente, en cuanto que no lo revoca. Por lo demás, se ha de decir que debe exigirse la simultaneidad moral, de tal manera que no diste un gran intervalo entre uno y otro consentimiento. Y se prueba, por- que también en otros contratos, por lapso de largo tiempo, no perma- nece virtualmente esta voluntad, sino que se revoca». (26).

En el mismo sentido, y al tratar del matrimonio, expone su punto de vista Azpilcueta, el *Doctor Navarrus*: «Basta para el matrimonio el consentimiento prestado en tiempo diverso. Por más que conviniese que el consentimiento de ambos cónyuges concurriera a la vez en el mismo lugar y tiempo, sin embargo no es necesario, diga lo que quiera el Abad Panormitano, pues basta que uno de los cónyuges, primera- mente, consienta en un lugar, y, después, pasado cierto intervalo de tiempo, en distinto lugar, consienta el otro cónyuge, con tal de que el primero perdure en su consentimiento. Lo cual hace que si una de las partes diese verdaderamente su consentimiento y la otra con false- dad, y si ésta, después de diez, veinte o más días y meses asintiere verdaderamente, y permaneciese el otro cónyuge en su consentimien- to, se verificaría el matrimonio. El consentimiento del primero se dice que dura por tanto tiempo en cuanto que no se separa de él» (27).

De intento he dejado para el final, al tratar del consentimiento como primer elemento del contrato, la delicada cuestión de los vicios del mismo, en la que los autores del XVI se extienden notablemente. Nada ofrece de extraño tal detenimiento y prolijidad, pues es materia ésta que entra, de lleno en el ámbito de la teología moral. Me ceñiré a señalar algunos puntos concretos, ya que el estudio detallado de los vicios del consentimiento, sólo en el Cardenal Lugo, por ejemplo, bastaría para colmar un trabajo amplio y completo.

Al establecer la distinción que existe entre los contratos de buena fe y derecho estricto, en orden al dolo, Molina se expresa del modo siguiente: «La segunda diferencia es que, en derecho civil, cuando el

(26) SÁNCHEZ, o. c. Pág. 120.

(27) MARTINUS AB AZPILCUETA, *Opera omnia*, tomus primus, Romae, MDLXXXX.

dolo diese causa al contrato de buena fe, porque uno de los contratantes no hubiese celebrado tal contrato de no ser inducido por el dolo, el contrato, en ese caso, es nulo por el mismo derecho, a no ser que la parte llevada por el dolo quisiera, sin embargo, que fuese válido, por la razón de que en odio del doloso es nulo el contrato «ipso iure», no en odio de quien es víctima del dolo. Cuando, por el contrario, el dolo diese causa al contrato de estricto derecho, el contrato no es nulo «ipso iure», sino que se ha de rescindir por excepción u oposición de aquél que ha padecido el dolo y que por dolo fué inducido a contratar de esa manera».

«Si el dolo no diese causa al contrato, porque supuesto que no interviniese dolo, el contrato se había de celebrar, y, sin embargo, uno de los contratantes fuese inducido por dolo para que diera más o recibiera menos de lo que, de otra manera, habría de dar o aceptar es el contrato válido, ciertamente, bien sea de buena fe o de derecho estricto, pero se trata del resarcimiento del daño que, por razón del dolo, recibió una de las partes. Por lo cual se ha de rechazar la sentencia de algunos contados autores, que opinan que también cuando el dolo da causa al contrato de buena fe no es «ipso iure» nulo, sino que se ha de rescindir por la excepción del dolo, nó de otra manera a como el contrato de estricto derecho se rescinde por la misma excepción del dolo».

«Yo aconsejaría, en el fuero de la conciencia, cuando el dolo dió causa al contrato, también en el caso de que fuese de estricto derecho, que se había de considerar nulo. La razón es porque el consentimiento en el contrato por el dolo, cuando sin dolo no habría de darse, es insuficiente por la misma naturaleza del caso, de tal modo que resulte de él obligación por razón de tal contrato; pues no es el consentimiento tan voluntario cuanto para ello se requiere. De lo cual resulta que esta segunda diferencia sólo tenga fuerza en el fuero externo, en el cual quiso el derecho proveer de remedio de eficacia mayor y mejor en los contratos de buena fé: con preferencia a los de estricto derecho. Quizá conviniere, sin embargo, que, conforme a la naturaleza del caso, el fuero externo se equiparara al interno en esta parte, e, «ipso iure», fuese, por lo tanto, nulo el contrato de estricto derecho al cual el dolo diere causa, de la misma manera que el contrato de buena fé» (28).

---

(28) MOLINA, o. c. Pág. 37, A.

Suárez trata, a su vez, del dolo en la parte relativa a los actos que se realizan contra el derecho natural. Nos vendrá bien recordar aquí la exacta definición de dolo que trae al Código Civil español, y que parece aletear, como en un precedente, en la doctrina de los teólogos del XVI. Dice el Código en el art. 1.269: «Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato, que, sin ellas, no hubiera hecho».

Oigamos ahora a Suárez: «Es cierto, sin embargo, que los actos realizados contra el derecho natural, a veces no solo son malos, sino también nulos. Esto lo dan como cierto los autores en muchas cuestiones de las que en particular tratan, como si tal acto, verbigracia un contrato hecho por miedo, violencia o dolo, o con otra condición parecida, sea nulo por el derecho natural o solo por el positivo: suponen, por tanto, que por ambos conceptos puede haber nulidad».

«Por la misma razón, el contrato o el consentimiento sacado por dolo substancial (lo llamaré así) es nulo por derecho natural, puesto que el dolo impide el consentimiento verdadero y es causa de acto involuntario: sin voluntad no puede ser perfeccionado el contrato humano, y así se ha de decir en otros casos. De los cuales principios es fácil extraer la razón de la regla, porque en estos y semejantes casos se sustrae el principio substancial (por así decir) del valor del acto, que es la potestad moral, es decir, que lleve consigo la suficiente voluntad: sin potestad y voluntad no hay acto válido» (29).

Al desarrollar el principio de que «el que consiente con repugnancia padece fuerza» Salón trata de la violencia e intimidación como vicios del consentimiento: «Para que se pueda decir que alguien padece formalmente injusticia no es preciso que el daño que se le infiera sea por todo concepto involuntario, sino es bastante que, según el arbitrio de los hombres prudentes, sea involuntario, o, por lo menos, si es voluntario, que sea producido por alguna injusticia, que, al sentir de los sensatos, se considere como coacción inicua, pues, en asuntos morales, se dice que quiere del que quiere libre de injusticia y coacción, de donde en esta regla no se entiende cualquiera por el

---

(29) FRANCISCUS SUAREZ, *Opera omnia*, tomus quintus, *De legibus*, Parisiis, Ed. Vivès, MDCCCLVI. Pág. 131.

nombre de «el que quiere», sino aquel que libre y absolutamente quiere y que consiente con espontaneidad y voluntariedad, sin padecer injusticia o violencia: no se hace injusticia al que, de tal manera, quiere y consiente. El que, por el contrario, consiente de tal manera que, si se le permitiera obrar libremente, en verdad no consintiera (al cual consentimiento los antiguos teólogos llamaban condicionado, llevando en sí mezclada cierta repugnancia) éste no se entiende aquí por el nombre de «el que quiere», más aun, verdaderamente se le hace injuria al que de tal modo consiente, de manera que, entre los antiguos doctores, estaba vigente el axioma: «el que consiente con repugnancia padece fuerza». Y así sucede que el que consiente por acto voluntario mixto padezca injusticia, porque, aunque el voluntario mixto sea también verdaderamente voluntario, sin embargo no lo es simple y en absoluto, sino relativamente, es decir, para aquel lugar y tiempo, y por razón de aquella necesidad, y con cierta coacción e injusticia. Y la razón es clarísima, porque tal consentimiento, aunque lo sea verdaderamente, sin embargo, habida cuenta de que se arranca por miedo, violencia u otra coacción o necesidad, supone una injusticia máxima para aquella criatura que ha sido creada por Dios libre y señora de su albedrío, como es el hombre»

«Y se confirma: puesto que injusticia es privar a alguien de su derecho sin legítima causa y autoridad, ahora bien, el hombre posee por su propia naturaleza que es el libre albedrío este derecho, de modo que con libertad y espontáneamente elija y consienta, luego arrancar de él el consentimiento por alguna fuerza, miedo o coacción—consentimiento que no hubiera dado dejándole libre—es expoliarle de su derecho natural y acarrearle una injusticia grave» (30).

En otro lugar apunta Salón cuándo anula el contrato el acto involuntario del contratante: «No cualquier acto involuntario hace fuerza al contrato, sino solamente se ha de considerar en el caso de que el contratante no tenga, razonablemente, voluntad de contratar, y, en tal contrato, se le hace injusticia: pues, si contra la razón es involuntario, el contrato permanece, con tal de que concurren otras circunstancias» (31).

También López, al tratar del contrato de cambio, insiste en la «voluntariedad» del consentimiento para salvar su legitimidad: «Tres

(30) SALÓN, o. c. Pág. 164.

(31) SALÓN, o. c., tomus secundus, 1598. Pág. 229.

son las condiciones, en general, del cambio de la tercera especie, es decir, que sea verdadero, voluntario y justo».

«La segunda condición de este cambio exige tal libertad entre los contratantes como es sabido que se requiere en todo género de contrato, es decir, que, fuera de toda violencia, se contrate voluntaria y libremente, de tal manera que estén ausentes toda violencia, miedo o error, las cuales cosas suelen convertir al contrato en acto involuntario» (32).

Es interesante observar la postura de Molina en orden a los contratos que se celebran por fuerza y miedo y a la cuestión de si, en ese caso, se transfiere el dominio. Veamos cómo Molina se separa de la sentencia de Soto y reivindica para el consentimiento la máxima libertad y voluntariedad si se pretende salvaguardar la validez del contrato: «Aunque por derecho civil el dominio se transfiera cuando por la fuerza algo es entregado y el contrato que se celebra por fuerza o miedo no sea nulo *«ipso iure»*, sino que se ha de revocar por la autoridad del juez; sin embargo, más tarde, por el derecho pretorio, conforme a la misma naturaleza del caso y a la equidad, se introdujo que el contrato celebrado por fuerza o miedo suficiente fuese nulo *«ipso iure»*, y se resolvió que el dominio de la cosa así donada y entregada perseverara en el donante, y fué concedida acción real para reivindicar la cosa. Por la naturaleza del caso, y en el fuero de la conciencia, y, más aún, en el fuero externo por el derecho del pretor, no se considera trasladado el dominio cuando algo por fuerza o miedo suficiente es dado o entregado, y solamente por una ficción de derecho civil se consideraba trasladado en otro tiempo».

«Sin motivo, por tanto, Soto se separa de esta opinión nuestra, afirmando que la donación y otros contratos celebrados por miedo que afectase a un hombre prudente son válidos, pero susceptibles de anulación por parte del juez. Esta sentencia la sostuvo Soto para defender que el matrimonio celebrado por miedo que afectase a un hombre normal fuese válido, ateniéndose al solo derecho natural, y por el derecho positivo fuese inválido; se inclinó Soto a esta sentencia por más que no la sintiera de modo firme. A mí, sin embargo, con muchos otros autores siempre me agradó más la sentencia contraria, lo cual se habrá de examinar en la materia de matrimonio. Conce-

(32) LÓPEZ, o. c. Pág. 333.

diendo que, en el matrimonio, por su misma indisolubilidad y los demás privilegios que naturalmente posee sobre los demás contratos, se probara la sentencia a que Soto se inclina, sin embargo, es mi opinión que nunca se debería admitir en los otros contratos: principalmente en la donación, que, para que sea válida, exige más libertad y voluntariedad que en los demás contratos: por aquello de que es contrato meramente lucrativo y acto de liberalidad, absolutamente, sin mezcla alguna de título de justicia entre el donante y el donatario» (33).

Cerremos ya el capítulo del consentimiento para dar lugar al que se refiere al objeto, segundo elemento del contrato.

### Segundo elemento esencial del contrato: el objeto.

El segundo elemento esencial del contrato es el objeto. Los civilistas, al tratar de este punto, suelen distinguir entre objeto inmediato y mediato. El objeto inmediato del contrato es siempre la obligación; el objeto mediato es el objeto propiamente dicho, el que aquí nos interesa para su examen.

Oigamos a Castán: «Objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer» (34).

En el mismo sentido se expresa Giorgi, desarrollando algo más idéntico concepto: «De la definición del contrato considerado como fuente de obligaciones, fácilmente deduciremos el criterio jurídico para determinar su objeto; porque si el contrato es un acuerdo encaminado a constituir una o más obligaciones, estaremos seguros de no equivocarnos al afirmar que el objeto del contrato es siempre la obligación. Una sola, si el contrato es unilateral; dos o más si es bilateral».

«Por consiguiente, el verdadero objeto del contrato es siempre la obligación, esto es, objeto inmediato. Pero el examen del tercer requi-

(33) MOLINA, o. c. Pág. 442, A.

(34) CASTÁN, o. c. Pág. 606.

sito de los contratos (35), si se refiere únicamente al objeto inmediato, no presenta al jurisconsulto nada de particular. O se reduce a una simple definición o abraza por completo la teoría de las obligaciones. La importancia de este examen sólo aparece cuando se da un paso más adelante y se considera el objeto mediato del contrato, o como vulgarmente se dice, el objeto de la obligación contractual».

«Verdaderamente, toda obligación tiene por necesidad su objeto. Ya dijimos que para tal objeto es indispensable el concurso de ciertos caracteres, que se reducen a los siguientes: que sea posible, lícito, útil para el acreedor, que no dependa por completo del arbitrio del deudor, que sea determinable y valuable en dinero» (36).

La primera cualidad del objeto contractual ha de residir en su posibilidad, ya que no cabe el obligarse sobre el cumplimiento de lo imposible. Por eso, nada ofrece de extraño que algunos Códigos, como el austriaco, consignent como tercer elemento del contrato la posibilidad de cumplir lo prometido.

Nuestros teólogos también hacen hincapié en la nota de posibilidad. Molina, al tratar de la promesa, engloba en pocas palabras la cuestión de la posibilidad de hecho (posibilidad propiamente dicha) y la posibilidad de derecho (licitud), fundándose en aquel conocido principio del derecho romano: *ad impossibile nemo tenetur*. Dice así Molina: «Para que la promesa obligue es necesario que sea posible aquello que se promete: puesto que a lo imposible nadie se obliga. Por esta razón, si alguno prometiére determinada cosa en singular que pereciera cuando se hace la promesa o antes de llegar el tiempo de la solución, es nula tal promesa, puesto que es imposible cumplir lo prometido».

«Así como la imposibilidad de hecho, de que acabamos de hablar, hace nula la promesa, así también la imposibilidad de derecho, bien sea de derecho divino o de humano. Por esta razón, la promesa de cosa mala, bien sea intrínsecamente mala o prohibida por el derecho positivo, es por lo mismo nula. Y se refuerza la razón, porque implica contradicción decir que alguien está obligado a lo ilícito: entonces sería lícito lo ilícito, o se daría, ciertamente, perplejidad con la

---

(35) Giorgi se refiere al Código Civil italiano de 1865, en el que también es el objeto el tercer requisito del contrato.

(36) GIORGI, o. c. Pág. 298.

que haciendo algo pecaríamos, y, de la misma manera, no haciéndolo: las dos cosas serían absurdas».

«Es de observar que, si lo que se promete es en parte lícito y en parte ilícito, o en parte posible y en parte imposible, entonces el que prometiére de esa manera estaría obligado a cumplir la parte lícita y la posible, pues «lo útil no se vicia por lo inútil» (37).

Es muy comprensible que, al versar sobre este tema, los teólogos del XVI pongan el acento en la moralidad del objeto, proscribiendo lo que sea inhonesto y contra las buenas costumbres.

Mercado toma las aguas de más arriba, estableciendo el principio de que la justicia conmutativa de los contratos estriba en la ley natural. De ese modo, con raíz filosófica muy profunda, perfectamente podrá decir que es ilícito el contrato que repugne, por su objeto, a la ley natural. Mercado desarrolla ampliamente esta doctrina en su tratado magnífico. Entresaquemos algunos párrafos: «... Y, primeramente, de la razón y ley natural, que es de donde más cerca esta doctrina se deriva: como quien es la medida y regla más propia de las obras humanas y la que menos hasta ahora platican y entienden los tratantes, que casi ninguno de ellos tiene o juzga un contrato por lícito o ilícito por ser conforme o repugnante a la ley natural: ni aun cuando oyen estas palabras las entienden más que si fueran griegas. A cuya causa será provechoso darles noticia de este firme fundamento donde estriban todos sus negocios, y avivarles esta luz que como siempre arde en ellos mismos así perpetuamente la habían de seguir, siendo la estrella que en la noche oscura y tenebrosa de esta vida nos guía» (38).

«En lo cual entenderemos cuán con rigor obliga esta ley natural, siendo siempre la voluntad divina—como dice San Bernardo—que cada uno haga primeramente lo que principalmente está obligado a hacer; y pues quiere que ante todas cosas se cumpla esta ley, conoceremos ser razón sufficientísima para hacer un acto o dejar algún contrato mandarlo ella o vedarlo. También verás cómo en la expedición de todos estos contratos, ventas, compras, cambios, arrendamientos, préstamos—que son de lo que en esta obra escribimos—no se le

(37) MOLINA, o. c. Pág. 111, D.

(38) TOMÁS DE MERCADO, *Summa de tratos y contratos*, Sevilla, MDLXXXVII.

pide al mercader cristiano casi más de lo que debe guardar el turco y el alárabe. Porque la justicia y verdad que en ellos ha de tener, al menos en lo substancial (como vender por justo precio, no más caro fiado que de contado, prestar gratis sin interés, celebrar cambios reales y evitar los secos) sale y es de ley natural, a quien todos, de cualquier estado y profesión, igualmente están sujetos» (39).

.....  
«Todo esto muestra a la clara cuán obligatoria es la ley natural y cuán bastante razón es para condenar un contrato ser contra lo que ella manda. Pues siendo así será contra la voluntad de Dios, que particular y generalmente nos obliga a guardar siempre la natural. De aquí es que la mayor exageración de los doctores cuando reprenden algún vicio o reprueban algún negocio es decir es contra la ley natural, y a la verdad no hay más que decir ni puede ser peor» (40).

Molina, al tratar de la promesa, dice que es nula la promesa o pacto que vaya contra las buenas costumbres. Aquí se ha de encontrar la nota por la que se convierte en ilícito el objeto del contrato. Oigamos, por última vez, al gran autor: «No solamente es nula la promesa en que, al ejecutarla, transgrediese el promitente algún derecho, y, por lo tanto, ha de pecar venial o mortalmente, sino que también son nulos la promesa o pactos que, de tal manera van contra las buenas costumbres, que, o bien ofrecen manifiesta ocasión de pecado o traen fácilmente algún perjuicio o lo pueden traer a las costumbres que conviene reinen en una sociedad rectamente constituida» (41).

Los autores del XVI apuntan la cuestión de si las cosas espirituales o anejas a ellas pueden ser objeto de contrato, resolviéndola, naturalmente, en sentido negativo. López trata incidentalmente del tema al preguntar si se pueden vender las cosas espirituales y sagradas. He aquí su dictamen: «Se pregunta además, si las cosas espirituales son vendibles. Pero teniendo en cuenta que esta cuestión exige su lugar propio al tratar de la materia de simonía, aquí se dice, accesoriamente, con brevedad suma que las obras que, como principio, tienen cosa sagrada, como la celebración de la misa y el oír confesiones, cuya raíz, según Santo Tomás, se encuentra en el orden sagrado,

(39) Ibidem. Pág. 7.

(40) Ibidem. Pág. 8.

(41) MOLINA, o. c. Pág. 113.

de ninguna manera pueden ser separadas como vendibles, porque no son venales ni comprables desde el momento en que por el Señor se manda que se den gratuitamente, y porque son inestimables en precio. Por tanto, cuando por los fieles se da algo a cambio de estas obras, como estipendios, etc., se ha de referir no a lo espiritual sino a lo temporal: de tal manera que se consideren dados para la sustentación o para alguna obligación accidentalmente aneja y temporal» (42).

En relación al objeto del contrato los teólogos del XVI plantean un problema de auténtico corte moral, al inquirir sobre si es lícito contratar acerca de algo con lo que las partes vayan a pecar. Salas es uno de los autores que tratan de propósito esta cuestión y se detienen en ella. Veamos los principios que sienta: «¿Es lícito vender, producir, alquilar, dar o suministrar a otros aquellas cosas con las que va a pecar? En esta materia algunos autores hablan demasiado estricta y escrupulosamente, diciendo que, en absoluto, es ilícito vender, producir, alquilar o dar a otros aquellas cosas con las que sabes, temes o debes temer que van a pecar».

«Sin embargo, en primer lugar, yo asiento que, de ningún modo, es lícito hacer cosas para que otros usen de ellas con malicia. La conclusión es manifiesta y común».

«En segundo lugar, afirmo que no deben ser curiosamente sondeadas y examinadas las intenciones de los compradores, arrendatarios o receptores de las cosas que pueden ser usadas bien o mal, es decir, a ver si las quieren destinar a un uso bueno o malo, porque esta es curiosidad perniciosa, como dicen comunmente los doctores».

«En tercer lugar, sostengo que las cosas indiferentes para un uso bueno o malo es lícito venderlas, fabricarlas, alquilarlas o entregarlas a aquellos que conozcas van a pecar con ellas, con tal de que haya causa razonable y proporcionada, de otra manera no. Los autores entienden por causa razonable alguna necesidad o utilidad que se ha de concebir como proporcionada a la cualidad del pecado. Pues se requiere mayor causa para excusar de pecado a aquel que proporciona materia, instrumento u ocasión de mayor mal que no de menor, y de pecado interno o de voluntad de pecar que no de ejecución externa por la que el mismo pecado se consuma, como en el caso de que alguien esté preparado para prestar con interés usurario o para fornicar: porque el acto externo ninguna malicia añade al interno; y mayor

---

(42) LÓPEZ, o. c. Pág. 24.

causa se requiere cuando el pecado, ciertamente ha de venir que no cuando solo es una opinión o temor de que venga. De la misma manera, cuando el pecado daña a la comunidad o a tercera persona es de mayor gravedad que cuando sólo afecta al pecador, y cuando, de otra manera el pecado o daño no se hiciese es muy distinto a que, con la misma cosa, hubiera de sobrevenir, porque no faltase otro que vendiese o diese aquellas cosas».

«Si objetas que no quedarás excusado del pecado de homicidio si matas a Ticio, por más que sepas que ha de ser muerto por otro; luego ni del pecado de escándalo, si vendes la cosa a quien de ella va a abusar, aunque sepas que no faltará otro que la venda. Responde muy bien Rebello negando la consecuencia, porque el homicidio es intrínsecamente malo: la venta, por el contrario, sólo es mala en este caso en cuanto que ofrece ocasión y causa sin las que el pecado o el daño no se seguiría, y ningún fin ni razón se encuentra que sirva para justificarla. De donde ya se prueba la conclusión, porque estas acciones no son intrínsecamente malas: luego pueden ser justificadas por otra causa razonable, sin la cual serían malas; porque no se ha de hacer, sin causa razonable, aquello de donde resulte pecado o daño del prójimo» (43).

Salas, a renglón seguido, estudia varias limitaciones que, sin motivo, suelen poner los autores en este punto, y las refuta con los oportunos argumentos.

Idéntica cuestión plantea López al tratar del contrato de venta, resolviéndola con la distinción moral de escándalo «dado» y «recibido». Su sentencia es muy clara: «¿Pueden venderse las cosas cuyo uso se suele enderezar a malos fines, como los dados y los afeites para el rostro? Se plantea aquí otra cuestión afín, es decir, si se pueden vender lícitamente aquellas cosas cuyo uso suele ser dirigido al mal, como dados a los jugadores, pinturas y afeites a las mujeres sueltas y lascivas, alimentos prohibidos en días de ayuno a los que van a abusar de ellos, vino fuerte a los débiles de cabeza y que, por lo mismo, se han de embriagar, armas a los esgrimistas que se van a batir en duelo, tóxico o veneno a aquel de quien se duda si va a usar mal de él. Ahora bien, a no ser que la cuantía de materia nos obligase a repetir aquí estas cuestiones que ya fueron discutidas, no había

(43) IOANNES DE SALAS, *Commentaria in secundam secundae D. Thomae de contractibus*, Lugduní, MDCXVII. Pág. 85.

por qué tratarlas de nuevo. Sin embargo, restringiendo aquí compendiosamente la materia, decimos a lo primero con Navarro que el arte de aquellos hombres que hacen obras de por sí tales que su uso puede ser malo o bueno, no es mortalmente ilícita, por más que la mayor parte de los compradores use de ellas depravadamente, con pecado mortal. Por tanto, el vender las cosas predichas de por sí no es culpa mortal, puesto que la ocasión o escándalo ocasionado por tal venta no es escándalo dado para pecar mortalmente, supuesto que, mientras no esté prohibido que tales cosas sean vendidas, el vendedor no está obligado a evitar el pecado. Pues ni la ley de santificar las fiestas o el precepto de no adulterar, habida cuenta que son santos, se hacen malos porque la mayor parte de los hombres, ofrecida la ocasión, pequen gravísimamente por este concepto: porque, por ambas partes, el escándalo de aquí tomado no es dado sino sólo recibido» (44).

Los teólogos del XVI, al tratar del objeto del contrato, suelen fijarse preferentemente en el de la compraventa, por ser el más usual y el que mejor se presta al caso. De las limitaciones con que lo recortan en orden a su licitud puede extraerse la doctrina general que versa sobre el objeto del contrato.

Juan de Medina plantea claramente la cuestión «de qué manera, por razón de la cosa que se vende, puede la venta ser viciada de muchos modos». He aquí sus palabras: «Sin embargo, la negociación o la venta pueden ser viciadas multiplicadamente, en primer lugar, por razón de la cosa que se vende, como si es tal que no puede ser vendida sin pecado, lo cual acontece por partida doble. En primer lugar, porque no es vendible, como si es sacramento, orden sagrado, beneficio eclesiástico o algo espiritual, cuya venta consta que es simonía. De la misma manera la injusticia, el falso testimonio o también cualquier obra pecaminosa, que, por el mismo concepto, no son venales. En segundo lugar, se vicia la negociación porque la venta está prohibida por leyes humanas, como aparece claramente en el trigo que el Estado reparte para socorrer a los necesitados, donde la venta del cual se prohíbe bajo pena de muerte. Lo mismo se diga del hijo y del hombre libre, que no pueden ser vendidos: exceptuado el caso en que el padre, acosado por el hambre, puede vender al hijo. Lo cual, aunque se conceda al padre, no así a la madre: del mismo modo que no se per-

mite al marido vender a la mujer, por más que se vea oprimido por la necesidad del hambre. La diferencia de lo cual estriba en que no está la mujer bajo la potestad del marido y el hijo bajo la potestad de la madre como está el hijo bajo la potestad del padre, según aparece en el código de la patria potestad. Lo mismo se diga del veneno, que, ni por sí, ni mezclado a otra cosa, puede ser de provecho a los usos humanos, sino sólo nocivo. De lo cual en el derecho civil se dispone que no puede valer ni la venta, ni el mandato, ni la sociedad de la cosa torpe y vergonzosa, es decir, de aquella que, de ningún modo por adición de otra, puede ser útil para el uso humano. Lo mismo hay que tener del libelo infamatorio, que para nada es útil sino pernicioso: y el autor de tal libelo no debe propagarlo a otros, sino destruirlo, pues, de otra manera, peca gravemente» (45).

Al igual que Salas y López, Medina estudia el caso del contrato sobre objetos, que, indistintamente, puedan ser usados con intención recta o torcida, determinando varias reglas con las que se soluciona la duda. Oigámosle: «Sin embargo, se plantea la duda en relación a otras cosas de las que puede suceder que los hombres usen bien o mal, si será o no lícita su venta: como son los adornos que suelen provocar a los hombres a la lascivia y los dados e instrumentos de juego. De la misma manera las armas ofensivas, etc. Y la razón de dudar es esta, porque los que tales cosas venden parece que cooperan al pecado de los que compran los instrumentos de iniquidad, proporcionándoselos. Y el Papa Inocencio en el documento «de los saeteros, capítulo único», dice que prohíbe, en lo sucesivo, bajo pena de excomunión, el ejercicio contra los católicos y cristianos de aquél arte mortífero y odioso de los ballesteros y saeteros. Pues si aquél arte es mortífero y odioso, y no por otro motivo sino porque suelen los hombres usar para fines malos las ballestas y saetas, por la misma razón las demás cosas predichas se llaman mortíferas y aborrecibles».

«Parece que se han de observar las siguientes reglas en este caso. Si los vendedores vieren, presumieren o debieren presumir que los compradores de esas cosas las adquieren para algo criminal o malo a obrar por sí o por otros, pecan si venden esas cosas—del mismo modo que acontece si se le proporcionan armas a un furioso—, y cooperan al pecado del hermano. Sin embargo, si los compradores son personas

---

(45) IOANNES DE MEDINA, *Tractatus de restitutione et contractibus*, Salmanticae, MDL. Pág. 90.

honestas, de las cuales el vendedor no puede presumir justamente que quieran aquella cosa para abusar de ella, aun dado caso que, más tarde, suceda que abusen, no peca el vendedor vendiéndola. Así se expresa San Agustín en «ad Publícolam». Lejos de nosotros que se nos impute el mal que sobreviniere a alguien sin nuestra voluntad, cuando esto se siguiere de aquello que hacemos o tenemos como bueno y lícito. De donde se deriva que quienes venden indistintamente las cosas meritadas, es decir, sin hacer distinción entre los compradores, pecan, y no se ha de absolver a los tales, como no sea que dejen su profesión o consideren con la debida solicitud la calidad del comprador... como si es hechicera y compra aquellas cosas que sirven para realizar su maleficio. O si es jugador y compra cartas y dados: con mayor razón si es estudiante, eclesiástico, menor de edad o aleniado. O si es de temperamento furioso o vengativo, teniendo enemigos, o loco, temerario o borracho y compra armas ofensivas de las que, verosímilmente, se presume que los que las compran es para perpetrar algún crimen. Si el vendedor conociese esto o razonablemente lo presumiere, pecará vendiendo las tales cosas. De otra manera, cuando no tuviese ninguna causa para sospechar algo torcido de los compradores, entonces no es necesario que el vendedor se muestre como excesivamente curioso, sino que podrá, sin pecado, vender las cosas antedichas. Pues no se ha de presumir fácilmente de alguien que sea malo».

«Y, por lo que antecede, se aclara la razón de la duda, porque entonces se dice que el vendedor coopera al pecado del comprador cuando, dándose el citado conocimiento, o con presunción razonable, vende tales cosas al comprador: pues entonces no se excusa el vendedor, así como tampoco el comprador. Y por más que no coopere menos al pecado del comprador que va a abusar de aquella cosa el vendedor que ignore la condición del comprador, sin embargo tal cooperación se encuentra fuera de la intención del vendedor, y se excusa por ignorancia invencible».

«En lo que respecta al texto del Papa Inocencio que hemos alegado sobre los saeteros, se ha de decir que no se condena en absoluto el arte de los saeteros y ballesteros, como no sea cuando, indistintamente, se ejercen y se venden las armas contra los católicos y cristianos en guerra injusta, como allá expresa el texto» (46).

(46) Ibidem.

Nuestros autores no paran la atención en otras cualidades que deben adornar al objeto contractual y sobre las que los civilistas modernos suelen detenerse: que sea útil, determinable y valuable en dinero, etc. A los teólogos del XVI les interesa primordialmente la cuestión de la licitud y moralidad del objeto. En derredor de ese aspecto, y fijándose especialmente en los contratos de compraventa, seguro y arrendamiento, les veremos barajar una serie de interesantes problemas.

Así, por ejemplo, López presenta el «dubium» de si puede asegurarse la vida de alguien sin pecado, en una forma muy singular de seguro: «Ya aquí se plantea aquella cuestión que no debe soslayarse, es decir, si la vida de alguien puede asegurarse sin pecado, como, por ejemplo, alguien asume sobre sí la obligación de pagar si alguno no viviese por determinados años, y da la impresión, ciertamente, que tal garantía no es lícita, porque no parece que sirve a ninguna utilidad sino sólo a la avaricia, además de que, como tal seguro se concierta sobre la vida de un tercero, se ofrece oportunidad al otro contratante para desear la muerte de aquel sobre cuya vida se contrata para que se lucre con el precio de la promesa».

«Sin embargo, no obstante lo que antecede, decimos que, de por sí, asegurar la vida de otro por cierto tiempo no es ilícito, porque, a veces, en gran manera es conveniente aplicar esta seguridad a alguno, como, por ejemplo, si alguien nombrado e instituido obispo solicitase un préstamo de un mercader o de otra persona para obtener la expedición de sus bulas, el cual préstamo hubiese de restituir dentro de cuarenta años, entonces, lícitamente, para asegurarse de la restitución del préstamo, el prestamista pediría el seguro de vida del citado obispo por los cuarenta años (cuando temiese que, después de la muerte del obispo, aquél préstamo que se le debía se lo habían de negar) para que se conservase indemne, y en el seguro de vida, como acontece en este caso, no se ha de apreciar la vida del obispo en lo que vale en sí, sino conforme al daño que, por ello, sobrevendría al prestamista, si el citado obispo muriera dentro de los cuarenta años. Ni se da aquí, por ningún concepto, ocasión de buscar la muerte, muy por el contrario, aunque en la donación «mortis causa», se ofrezca oportunidad al donatario y legatario de buscar la muerte del testador, no es ilícita por eso la donación misma «mortis causa», ya que tal ocasión u oportunidad no es dada, sino tomada, y así también, en el seguro

de vida, si interviniese alguna ocasión de esta índole, no ofrecería dificultad para su licitud, porque sería tomada, no dada» (47).

Azpilcueta es quien, de propósito, trata la cuestión de la moralidad del objeto en el contrato de arrendamiento, estudiando el caso del propietario que alquile su casa para usos criminales o infames. La necesidad de abreviar nos impide traer a colación los textos respectivos (48).

¿Se puede contratar sobre los oficios públicos? He aquí otro matiz, otra limitación del objeto contractual. Castropalao la toca como de pasada: «En lo que respecta a los oficios públicos que tienen jurisdicción, por más que, según el derecho natural, no sea ilícita su venta —porque son estimables en dinero, habida cuenta del lucro y las ventajas que traen consigo—, sin embargo, la venta de ellos es inconveniente y expuesta a muchos peligros y grave daño de la sociedad, y, por tanto, los supremos jefes de gobierno deben abstenerse de ella. Sin embargo, por sus mismas leyes, a todos los demás inferiores se prohíbe vender estos cargos, bajo graves penas» (49).

Dentro de materia idéntica, López se refiere a un caso concreto: si se puede comprar el oficio de procurador de la curia, resolviéndolo en sentido negativo y fundándose en la autoridad de la Nueva Recopilación y en lo legislado por Pío V (50).

En relación al contrato de arrendamiento el mismo López presenta una cuestión en extremo curiosa, basada en la categoría y rango que se otorgaba, por aquel entonces, a los profesores de universidad. Es una limitación del objeto del contrato de alquiler, nacida de la primacía que se debe conceder al trabajo científico, en el supuesto de que surja alguna colisión o roce que menoscabe la libertad de acción con que ha de desenvolverse. He aquí el interesante litigio: «¿Puede alquilarse una casa que se encuentre paredaña a la de algún docto lector o maestro, por ejemplo a un herrero que, con el sonido o estrépito de su oficio, impida el estudio? La casa que se encuentre próxima a la de algún lector o maestro no puede ser alquilada a otro, de modo que las voces entre sí se confundan, como si ese inquilino fuese herrero o lector, en cuyo caso, el primero puede hacer desalo-

(47) LÓPEZ, o. c. Pág. 357.

(48) AZPILCUETA, o. c. Pág. 233, n.º 195, *Locans domum in malos usus*.

(49) CASTROPALAO, o. c. Pág. 246, *Quae res vendi possunt*.

(50) LÓPEZ, o. c. Pág. 18.

jar al segundo. Con todo, al arbitrio del juez queda el juzgar quien de los tales ha de ser despedido, consideradas las circunstancias y lo que a la equidad pertenece, pues no parece razonable que el herrero, aunque primero en el tiempo, sea preferido al ilustre doctor de la ciudad» (51).

Terminemos el capítulo del objeto del contrato enunciando otras tres cuestiones que plantea López y que resuelve con la aplicación de los principios ya expuestos: si puede el tabernero lícitamente vender vino a aquellos que sabe van a embriagarse (52), si se pueden vender tósigos y venenos y si es lícito vender a los infieles las cosas que carecen de otro uso que no sea el culto de su falsa religión (53).

### Tercer elemento esencial del contrato: la causa

Llegamos ya al tercer elemento esencial del contrato, el más difícil de caracterizar, pues no se da entre los civilistas, ni con mucho, una uniformidad de criterio al estudiar este punto.

«Es la teoría de la causa—dice Castán—una de las más confusas del derecho civil. Su vaguedad llega al extremo de no estar claro en los textos legales si la causa es algo que pertenece al contrato o algo que se refiere a la obligación; y así nuestro Código mantiene sobre este punto un equívoco, hablando unas veces de la causa con relación a la obligación (art. 1.261) y otras con relación al contrato (sección 3.<sup>a</sup>, capítulo II, título II del libro IV)» (54).

Conviene advertir, a fin de mejor comprender después la terminología de nuestros teólogos, que la palabra «causa», en materia de contratos, no ha sido usada de idéntico modo desde el derecho romano hasta el moderno: Por eso, sería ocasionado a error el medir por el mismo rasero las sentencias de los autores en este capítulo, ya que la palabra «causa» no posee igual valor en todos.

Así por ejemplo, dice Petit que «en materia de obligaciones, los jurisconsultos romanos emplean la palabra «causa» en acepciones

(51) Ibidem. Pág. 403.

(52) Ibidem. Pág. 26.

(53) Ibidem. Pág. 27.

(54) CASTÁN, o. c. Pág. 607.

muy diversas. Bien designan por ella las fuentes mismas de las obligaciones civiles: así los contratos y los delitos son «causas civiles» de obligaciones. Bien califican de «causa» las formalidades que deben añadirse a la convención para la perfección de ciertos contratos: las palabras en los contratos *verbis*, la escritura en el contrato *litteris*, la tradición de una cosa en los contratos *re*. Por último, la palabra «causa» sirve aun para expresar el «motivo jurídico» del consentimiento del que se obliga. Así, en una venta, la causa de la obligación que contrata el vendedor es el pago del precio, a lo cual está obligado el comprador. En la estipulación, puede ser una deuda anterior que el que hace la promesa se compromete *verbis*, a pagar al acreedor» (55).

Obsérvese, por tanto, que, en derecho romano, la «causa» contractual es el motivo jurídico del consentimiento. Así se expresaba el legislador en la ley 52, tít. 6.º, libro 12 del Digesto, al decir que *causa est ratio propter quam aliquid datur aut fit*. Bien claro aparece que no existe en el derecho romano ni en la mente de sus jurisconsultos la idea de separar la «causa» del consentimiento, queriéndola dar existencia y viabilidad objetiva, como si fuera otro requisito esencial de los contratos.

Sin embargo, los autores modernos pretenden disociar en los contratos, con distinciones muy sutiles, la «causa» de los «motivos». Estos últimos, como no puede ser menos, siempre habrán de referirlos a la voluntad, es decir, al consentimiento. No así la «causa», a la que intentan revestir de una categoría jurídica propia.

Oigamos la exposición de Castán: «En sentido muy general, es causa la razón o fin que determina al deudor a obligarse (*cur debetur*). Pero como en el obrar humano influyen diversidad de móviles, hay que precisar más la noción de causa, para destacarla y diferenciarla de la serie de motivos que impulsan al deudor a celebrar el contrato y que están fuera de la acción del derecho».

«Los autores señalan entre la «causa» y los «motivos» las siguientes principales diferencias: A) Que la causa es el móvil o fin inmediato, directo o más próximo, mientras que los motivos son móviles indirectos o remotos; B) Como más fundamental, que la causa es el fin o razón de ser objetivo, intrínseco o jurídico del contrato, a diferencia de los motivos, que son fines psicológicos, individuales o puramente personales. En consecuencia, la causa es siempre la misma

---

(55) PETIT, o. c. Pág. 304.

en cada contrato determinado, mientras que los motivos son distintos para cada contratante y variables hasta lo infinito».

«Condensando estas ideas, dice Sánchez Román que la causa de la obligación contractual es «el fin esencial o más próximo que los contrayentes se proponen al celebrar el contrato». Lomonaco la define como «el motivo legítimo que jurídicamente se presume, según la naturaleza de cada convención, haber sido el que determinó a las partes a contratar». Y Ruggiero considera la causa como el fin o función económico-jurídico que objetivamente cumple el contrato, en atención al cual, y para protegerlo, concede el derecho su reconocimiento a la voluntad privada» (56).

Como se ve, a través de lo que dice Castán tomado de otros autores, es muy difícil extraer una idea clara y distinta acerca de qué sea la «causa» como requisito esencial del contrato, diverso del consentimiento y del objeto.

Muy conveniente será recordar que la teoría de la causa, al ser admitida y presentada ésta como elemento del contrato, halla su origen en el Código de Napoleón, donde se han inspirado el italiano, el español y algunos otros de los modernos. Por eso, los autores se encuentran con el pié forzado de que el derecho positivo ha canonizado ya la teoría de la causa en los contratos, y así no hacen más que explicarla a su modo.

Sin embargo, no se vaya a creer que todos cantan al unísono. Aparte de que entre los mismos tratadistas que admiten como buena la teoría de la causa no se da una gran armonía y concordia a la hora de exponerla y desarrollarla, existen otros autores que, positivamente, la rechazan, por considerarla inútil y perjudicial.

Civilistas de la talla de Giorgi son enemigos acérrimos de la causa, es decir, de que se la entronice como requisito esencial del contrato. Para él, cuando los Códigos modernos hablan aparentemente de la causa del contrato, a lo que en realidad aluden es a la causa de la obligación contractual. Por tanto, según Giorgi, la causa no es un requisito distinto e independiente de los contratos, a pesar de que algunos legisladores modernos la hayan querido atribuir esa dignidad.

La piedra de toque para verificar esta afirmación será el examen de las reglas relativas de la causa. ¿Tienen especial importancia? En el sentir de Giorgi no tienen ninguna, «porque el desarrollo de estas

(56) CASTÁN, o. c. Pág. 607.

reglas—son sus palabras—no es más que una serie de referencias a las demás partes de la teoría contractual. El fenómeno jurídico del defecto de causa es el mismo que presenta el contrato sobre objeto futuro que no se verifique o que llegue a faltar. El de la causa falsa es un vicio de consentimiento como cualquier otro error, o bien se refiere a los principios generales de la simulación. Por último, la figura jurídica de la causa ilícita es el contrato que tiene por objeto una prestación ilícita. Por consiguiente, suprimáanse del Código los cuatro artículos referentes a la causa, y la teoría de los contratos no padecerá nada» (57).

Es muy singular la explicación que ofrece Giorgi del nacimiento de la teoría de la causa como elemento del contrato. Según el civilista italiano los compiladores del Código de Napoleón, habituados por instinto a caminar sobre las huellas de Pothier, confundieron lamentablemente el pensamiento del tratadista orleanés, sin reparar en el método que seguía este escritor. En efecto; al tratar Pothier de la esencia de las obligaciones contractuales, expresa los diferentes vicios de los contratos, y, entre éstos, recuerda la «falta de causa», añadiendo que es nula la obligación contractual que carezca de una causa verdadera y honesta (58).

Giorgi se muestra impugnador decidido de la causa como requisito del contrato. En pocos autores se encontrarán, sobre el caso, frases más demoledoras y tajantes que las que a continuación se transcriben:

(57). GIORGI, o. c. Pág. 468.

(58) «42. Tout engagement doit avoir une cause honnête. Dans les contrats intéressés, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fautive, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul». Sigue el autor con la exposición de un ejemplo.

«43. Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme». El autor, de seguido, aplica este principio en la solución de un problema que presenta.

POTHIER, *Oeuvres*, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet, deuxième édition, tome deuxième, Paris, Cosse et Marchal, 1861. Pág. 24 y siguiente. «Du défaut de cause dans le contrat».

«¿Qué hicieron los compiladores del Código de Napoleón? Olvidaron que Pothier consideraba los vicios de causa como defectos de consentimiento, y no sabiendo cómo coordinar las disposiciones relativas a la «causa» con las ya dictadas, crearon con la «causa» un cuarto requisito esencial de los contratos».

«Pero si hubieran visto que la figura jurídica del contrato ya estaba completa con los primeros tres requisitos; si al legislador italiano (59) le faltó modo, tiempo y propósito serio de innovar fundamentalmente el Código de Napoleón, la ciencia no puede ocultar que la «causa» es un requisito superfluo e inconcebible de los contratos. Ni debe ocultar que, al darla una existencia jurídica independiente de los demás requisitos, los legisladores francés e italiano han creado el cuarto lado del triángulo» (60).

Y, ahora, cabe el preguntar: ¿qué papel corresponde entre esta diversidad de opiniones a los teólogos del XVI? Vamos a situarlos, como es debido, en su época, muy lejos de Pothier, que había de nacer a fines del siglo XVII, y, más aun, del Código de Napoleón. Dos autores nos van a hablar de la causa en los contratos: Castropalao y Dicastillo. Las sentencias de ambos, al versar acerca de tan asendereado problema, no pueden ofrecer interés más grande, vistas desde la perspectiva del derecho civil de hoy.

Castropalao plantea la cuestión sin ninguna clase de rodeos: «¿Debe haber causa en todos los contratos?». He aquí su dictamen: «Advertidamente dije que contrato puro es aquel que se instituye sin ninguna condición, modo o causa, ni en día señalado, pues, si se da alguna de estas cualidades, no se ha de llamar contrato puro, sino en el día o bajo condición, modo o causa. Pero no carece de dificultad de qué manera el contrato desprovisto de estas cualidades entrañe obligación, de modo que la cuestión a resolver es solamente del contrato sin causa. Y si puede celebrarse el contrato que parezca nulo, sin causa. Pues si hay contratos onerosos, la carga que llevan consigo es su causa, si son lucrativos no necesitan causa, desde el momento que estriban en la gracia y liberalidad del donante. Además de que, por nuestro derecho regio, la obligación nace tan sólo de aquello a lo que

(59) Giorgi nació en Florencia, en 1836. Su conocida obra *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano* se refiere, por tanto, al Código Civil de 1865, como ya notamos con anterioridad. Tampoco hubiera dado gusto a Giorgi el de 1942, donde subsiste la causa como elemento esencial del contrato.

(60) GIORGI, o. c. Pág. 468.

uno determinó querer obligarse; luego sola la voluntad de obligarse se considera suficiente causa de la obligación. Por tanto, ningún contrato puede existir sin causa».

«En lo cual se ha de decir que ningún contrato, fuera del contrato de promesa o de estipulación, pide, para ser firme, una causa distinta de sí mismo, sino que la misma forma del contrato es suficiente causa del mismo. Pues la compraventa, depósito, hipoteca, comodato, mutuo y otros parecidos se perfeccionan excelentemente en su ser sin necesidad de que se les ponga ninguna causa extrínseca. Por lo cual, sólo el contrato de promesa o de estipulación exige causa. Y, si se celebra sin ninguna causa apórita, aun suponiendo que, por mero derecho, valga y se mantenga, y produzca acción y obligación lo mismo natural que civil, puede ser anulado por excepción de dolo, ya que, como la estipulación pueda realizarse con causa justa o injusta, interesa sobremanera que se exprese la causa, para que de ahí se colija la obligación subsiguiente» (61).

Claramente aparece en Castropalao la identificación de la causa de la obligación con la del contrato. También se encuentra nuestro autor, por otro concepto, en la línea del derecho romano, al decir que «la misma forma del contrato es suficiente causa del mismo».

Veamos ahora, bajo otro prisma, idéntica cuestión en Dicastillo: «¿Obligará el contrato celebrado bajo causa? ¿Y cuándo? El contrato, a veces, se realiza bajo causa, que puede ser final o impulsiva. Se llama final a aquella que, de tal manera mueve al contratante, que, de no subsistir, no hubiese contratado. Impulsiva es la que, ciertamente, impele a contratar, sin embargo, aunque no existiese, el contrayente hubiese contratado, pero no con tanta facilidad».

«En primer lugar, afirmo que el contrato por causa final no vale si la causa no subsiste. Esta aserción se funda en lo que arriba se dijo, donde expusimos y probamos que la decepción y el dolo en relación a la causa motiva convierte en nula la donación; pues igual razón vale para todo contrato, y de todo contrato se prueba universalmente, porque el contrato es disposición que pende de la intención del que dispone, el cual no quiere disponer cuando no subsiste la causa motiva y final, sino que se considera como disposición bajo condición, que, si no subsiste, hace que la disposición sea nula».

«Afirmo, en segundo lugar, que es válida la disposición si no

---

(61) CASTROPALAO, o. c. Pág. 90.

subsiste la causa impulsiva, con tal de que subsista la motiva. Sin embargo, he de advertir que, a veces, lo que se ha dado por causa final principal—como cuando a alguno se da limosna porque es pobre o porque es consanguíneo—, aunque no subsista esa causa, no siempre hay obligación de restituir, sino que, a veces, por las circunstancias se puede colegir que aquél que dió no le importa que no se le restituya, lo cual sucede por lo común cuando la limosna es muy pequeña. De aquí se deriva que no vale el testamento hecho por causa final no subsistente, y valen, por el contrario, los legados en él contenidos si subsiste la causa final de ellos; pues son distintas disposiciones, independientes una de otra, y, por tanto, el defecto de causa que invalida una no invalida la otra que no tiene este efecto» (62).

Clarísimamente, sin resquicio de duda, la «causa» contractual en Dicastillo se reduce a la voluntad, es decir, al consentimiento. Obsérvese que emplea los términos de «causa final» e «impulsiva» en sentido estrictamente escolástico, diciendo relación a la voluntad.

Terminemos, pues, la exposición del tercer requisito del contrato sentando que, a los teólogos del XVI, no les pasó por la cabeza la idea de una teoría sobre la causa de los contratos, al estilo de las que, con mayor o menor fortuna, han fabricado los civilistas modernos. Pretender alumbrarla en los escondidos senos de esos tratados que duermen el sueño de los siglos equivaldría a querer buscar el cuarto lado del triángulo a que Giorgi se refería.

Y, ahora, en el momento de dar fin a mi discurso, unas palabras muy breves y medidas que, en mi intención, vayan dirigidas especialmente a los seminaristas que me escuchan.

Yo quisiera veros a todos muy aficionados a los teólogos españoles clásicos, a los que vivieron en nuestro gran siglo de oro. No sabéis el valor de formación que encierra el contacto frecuente con estos genios. Se dirá que es muy arduo el trabajo de estudio e investigación asiduos sobre esos autores y tratados. No lo niego. Pero también habrá que recordar aquéllo que, tantas veces, nos cantaron al oído, el aviso virgiliano: *Improbis labor omnia vincit*, el trabajo porfiado todo lo supera. Y así es, porque sólo después de vencer el amargor de la corteza se llega a gustar el regalo de la pulpa.

Si yo os hiciera, en estos momentos, una apología de los teólo-

(62) DICASTILLO, o. c. Pág. 707.

gos españoles del XVI, mis palabras sabrían, con motivo, a algo así como a descubrimiento del Mediterráneo. No lo haré. Sin embargo, con el oportuno examen de previsión, si convendrá tener en cuenta que nuestra decadencia intelectual ha de provenir del abandono de estos grandes autores. No os fiéis de voces de sirenas falaces que cantan las excelencias de nuevas teologías, en realidad seudoteologías, muy sospechosas ya desde el momento en que pretenden arrumbar a los teólogos clásicos. Es muy cómodo, por la ley del mínimo esfuerzo que, en romance, siempre se llamó de la vagancia, sacudirse el trabajo del estudio denso y mantenido, so pretexto de novedad y progreso, en vez de afrontarlo con decisión y gallardía.

Nosotros, mis queridos seminaristas, hemos de afirmarnos en la posesión de la verdad, y la verdad en este caso es que la teología española—este acervo de doctrina *aere perennius*, más duradero que el bronce—, ha sido siempre, y lo sigue siendo, la mejor, la más segura, asombro del mundo y de la historia. Habituémonos al comercio intelectual con estos grandes autores del XVI, universales en extensión de materias e insondables en profundidad de contenido. Como a las vírgenes fatuas habrían de despreciarnos si no supiéramos llevar en la inteligencia y en el corazón el aceite de la estima y amor sinceros por esos teólogos gigantes que, aparte de muchos otros títulos que se podrían arrogar, aparte de todos los quilates de su indisputable valía, poseen, para nosotros, una cualidad preclara y única: la de ser, como son, por españoles, entrañablemente nuestros.

