

EL CONTRATO TRINO EN CASTILLA BAJO EL DERECHO COMUN

ALBERTO GARCÍA ULECIA

Dto. Historia del Derecho
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Planteamiento de la problemática sobre su licitud.*—III. *Las posturas doctrinales en los siglos XVI y XVII.*—IV. *El contrato trino en los siglos XVIII y XIX.*

I. *Introducción.*

El llamado *contractus trinus* o *contractus triplex* es una interesante y controvertida fórmula del derecho histórico. Muy utilizada en Europa desde el siglo xvi, fue objeto de vivas discusiones por parte de los teólogos y juristas. Como su nombre indica, el contrato trino está formado por tres pactos. Por el primero, una persona entrega una cantidad de dinero a un mercader para que éste lo invierta en una negociación, con el compromiso de repartir las ganancias entre ambos. Se trata de un convenio de compañía en el que una parte pone dinero y la otra su trabajo o industria. Por un segundo pacto, el que pone el dinero renuncia a una parte de las ganancias que puedan corresponderle, a cambio de que el otro le devuelva en su día el principal aportado. Y por un tercer pacto, el que pone el dinero renuncia a las ganancias acordadas en el segundo pacto o contrato de seguro, y el otro socio le garantiza (el capital ya lo tiene garantizado) una cantidad fija como lucro. Este tercer pacto se configura como una venta de esperanza, en cuanto que el que aporta el dinero vende al otro, por una cantidad determinada, la expectativa de obtener un beneficio mayor. El precio de la compra es la diferencia entre esa cantidad cierta y la esperada como ganancia. De cualquier forma, el riesgo lo soporta el *comprador*, quien, en todo caso, tiene que devolver el principal más una cantidad prefijada. En la práctica, los tres pactos tendían a considerarse implicados simultáneamente en determinadas fórmulas.

La utilización del contrato trino llegó a ser muy frecuente a partir del siglo xvi. Según Miguel Bartolomé Salón, su uso se impuso en la práctica mercantil no antes de finales del siglo xv, empezando en Alemania y difundándose luego por otras regiones. Advierte Salón que ni Santo Tomás ni San Buenaventura tratan de él, y que no debió extenderse hasta los tiempos de Conrado, Cayetano, Silvestre y Juan Mayor, todos los cuales constatan ya su existencia y analizan su licitud¹. Para Daniel Concina, el contrato trino

1. M. B. Salón, *Commentariorum in disputationem de justitia, quam habet D. Tho. Secunda sectione Secundae partis suae Summae Theologicae* (Valencia, I 1591, II 1598), col. 1858.

empezó a formarse en el siglo xv y terminó redactándose en el xvi². Parece que en la época de Angel Clavasio, que escribe su *Summa Angelica de casibus conscientiae* a fines del siglo xv, ya se usaba el pacto de aseguramiento del capital que hemos reseñado (2.º del contrato trino). Pero es hacia 1514 ó 1515 cuando John Eck³ testimonia la adición en la práctica del pacto de venta de esperanza (3.º del contrato trino). Y es evidente que cuando, en 1581, el duque Guillermo de Bavaria somete al Pontífice Gregorio XIII una fórmula de contrato trino, para obtener un veredicto sobre su licitud, hacía ya bastante tiempo que el contrato se celebraba en toda Alemania. De otro lado, desde el siglo xvi y hasta el xviii, juristas y teólogos dedican abundantes páginas a la problemática compleja y sutil que entrañan los pactos del contrato trino.

A este contrato, que constituye una figura híbrida dentro de las categorías contractuales del derecho romano, se recurría para dar un aspecto lícito al mutuo usurario, burlando así su prohibición o tratando de burlarla. Lo cual revela que el contrato trino surge como un subterfugio, exigido por la realidad económica y la práctica mercantil frente a las imperantes condenas de la usura de acuerdo con una concepción rígida y tradicional. En este sentido, no deja de ser sintomática su aparición poco después de la fundación de los primeros Montes de Piedad en Europa, que dieron motivo a que los teólogos condenaran, por usurarias, las operaciones de préstamos realizadas por dichas instituciones⁴. Acaso el contrato trino nació, o al menos tuvo por objeto de legitimar el interés de los depósitos bancarios, sustituyendo formalmente a un préstamo o mutuo que, por producir interés, es decir por no ser gratuito, resultaba condenado por usurario. El caso es que la práctica y la doctrina del triple pacto se fueron expandiendo, como hemos dicho, por Alemania, y también por Italia, Francia, Bélgica y España, sobre todo desde que, a fines del siglo xv, Gabriel Biel, el entonces más reputado teólogo de Tübingen, recogió literalmente el texto de la *Summa Angelica* sobre el contrato

2. D. Concina, *Usura contractus trini dissertationibus historico-theologicis demonstrata* (2.ª ed. Roma, 1748).

3. Considerado por algunos como un autor secundario de la Segunda Escolástica, es calificado de *vir doctissimus* por bastantes teólogos y juristas, entre ellos Francisco de Vitoria (Vid. *Francisco de Vitoria, De iustitia*, ed. R. P. V. Beltrán de Heredia, 2 tomos, Madrid, 1936, en «Publicaciones de la Asociación Francisco de Vitoria», t. 1, p. XXVII).

4. Sin embargo, la condena no fue unánime. Si hubo destacados enemigos de estas instituciones, como Cayetano (en su opúsculo *De Monte Pietatis*) o Domingo de Soto (*De iustitia et iure*), también hubo defensores, como el Doctor Navarro (*Enchiridion sive Manuale Confessariorum et poenitentium*, 1575, cap. 17. n. 213). Juan de Medina, por su parte, dedica especial atención al problema de la licitud de las operaciones de préstamos de estas instituciones, cuando aún no se habían extendido por la Península (*De Poenitentia, restitutione et contractibus*, 1606, t. II, 2.ª Parte: *Codex de rebus per usuram acquisitis*, p. 10, fol. 376-83.) Francisco de Toledo estima lícitos los Montes de Piedad siempre que actúen de manera que la usura quede eliminada de sus operaciones (*De instructione sacerdotis*, 1599, lib. 5, cap. 41, fol. 595-6).

trino en su *Comentario sobre las Sentencias*, pasando por la polémica surgida sobre este contrato, que Eck, defensor del mismo, sometió a la Universidad de Bolonia⁵, hasta que en Francia se proclama la licitud del contrato por Juan Mayor, cuya autoridad arrastró numerosas adhesiones.

El contrato trino, en cuanto a su origen histórico, a su práctica y a su problemática teológico-jurídica, se enmarca doctrinalmente dentro del tema general de la usura, puesto que, como se ha dicho, surge para enmascarar una contratación considerada usuraria. Las diversas actitudes de los autores sobre la usura, que, como es sabido, van evolucionando —desde la más rígida a las más aperturistas y liberales— repercuten, por tanto, en la consideración del contrato trino y en su tratamiento normativo y doctrinal⁶.

5. Parece ser que los célebres financieros Fugger sufragaron el viaje de Eck a Bolonia con tal motivo. La controversia, sin embargo, terminó sin decisión.

6. Las condenas de la usura por las Sagradas Escrituras (Exodo, Levítico, Deuteronomio, Salmos, Profeta Ezequiel, Evangelio de S. Lucas), por los Santos Padres (San Agustín, S. Gregorio Nacianceno, S. Jerónimo, S. Ambrosio o S. Basilio), por las normas conciliares y pontificias y la doctrina canónica (desde los concilios de Elvira y Nicea, o Braga o los visigóticos, o las doctrinas de S. León o de Graciano) las invocan los teólogos para proscribir toda operación de interés dinerario. Es la preocupación de los teólogos medievales y de los posteriores cuando abordan cuestiones económicas, como señala Bernardo Alonso Rodríguez (*Monografías de moralistas españoles sobre temas económicos, siglo XVI*, en «Repertorio de lo Historia de las Ciencias Eclesiásticas en España», 2, siglos IV-XVI, Salamanca, 1971, 147-9), lo que significa que esta preocupación preside las doctrinas económicas, la mayoría de cuyos tratados primeramente aparecidos se deben a teólogos y moralistas. *Usura est ubi amplius requeritur quam datur*, pues no se concibe que el dinero de por sí tenga que producir beneficios. Sin embargo, lentamente, la Iglesia irá suavizando su postura. Ya a fines del siglo XII y en la centuria siguiente, teólogos y romanistas parecen olvidar sus inventivas contra la riqueza y atenúan el rigor de la postura tradicional. Así ocurre con Alejandro de Hales, S. Buenaventura, Inocencio IV o S. Raimundo de Penyafort, aunque Santo Tomás piensa que el uso del dinero consiste en ser consumido y que constituya usura *vendere usum pecuniae*. La doctrina tomista es respetada y a ella acuden los autores posteriores, destacadamente S. Antonino de Florencia. En el siglo XIV se considera que si bien el dinero es improductivo *per se*, puede ser productivo *per accidens*. A fines del siglo XVI y en el XVII las doctrinas tradicionales resultan estrechas para las nuevas posibilidades económicas. El florecimiento de las actividades bancarias en el siglo XV y las nuevas perspectivas que abre el siguiente traerán consigo una larga época de controversias entre los autores tradicionales y los que representan las nuevas posturas, y se modificarán las leyes civiles y eclesiásticas sobre la justicia de ciertos actos y negocios jurídicos de la práctica económica y mercantil. En realidad, cuando un autor como Vitoria condena por usurario el interés del préstamo, está pensando, como se ha puesto de relieve (Vid. Gerhard Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, 1964, cap. 8), en el préstamo de consumo concedido a labradores y artesanos, y no en los préstamos productivos otorgados a comerciantes y negociantes, que, a través del préstamo, obtienen ganancias. Gregorio de Valencia, tras afirmar, siguiendo la postura tradicionalista, que el dinero es estéril de por sí, considera que, puesto en una negociación, es decir *ad lucrandum*, se convierte en *res fructifera* y vale más que considerado en sí mismo (Vid. *Libri quatuor commentariorum theologicorum*, 1595, t. 3, col. 1198-b). En el mismo sentido, otros muchos, por ejemplo Pedro de Navarra, quien afirma que, si bien pecunia *ex se non fructificet, in negotiatione tamen fructificat* (Vid. *De restitutione in foro conscientiae*, Toledo, 1597, t. 2, lib. 3, cap. 2.

Por otro lado, el *contractus trinus* aparece asimismo en estrecha conexión con el tema de las compañías, y su desarrollo corre, en cierto modo, parejo al de la *societas negotiationis*, por lo que el presente trabajo debe considerarse, desde este punto de vista, como una parte de un estudio de la compañía mercantil en nuestro derecho histórico⁷. No hay que olvidar que el primero de los tres pactos se configura como un convenio de compañía en la que un socio aporta capital y el otro su trabajo o industria.

Pero, sobre todo, ya situado nuestro contrato en el tema general de la compañía mercantil, su problemática aparece más estrechamente conectada con una de las condiciones de licitud que, según la unanimidad de los autores, ha de exigirse a toda compañía: que el riesgo del capital lo asuma el que lo aporta⁸. La razón de esta más directa vinculación se comprende mejor si se tiene en cuenta que la mencionada condición de licitud planteó a los teólogos y juristas la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, pudiera invalidarse, asumiendo el socio que ponía su trabajo el riesgo del capital aportado por el otro, mediante un contrato de seguro que, en definitiva, es lo que significa el segundo pacto del contrato trino. La opinión de los autores sobre la licitud o ilicitud de ese convenio de aseguramiento del capital celebrado *inter socios* determina, como es natural, las posturas doctrinales favorables o contrarias al contrato trino. En la literatura jurídica ambas cuestiones se mezclan con frecuencia y no siempre es fácil ni aconsejable separarlas. Además hay que hacer notar que otro pacto de aseguramiento, no ya del ca-

n. 364). Los autores insisten en matizaciones y condicionamientos al estudiar las circunstancias que pueden concurrir en los préstamos, teniendo en cuenta la intención de los contratantes y las compensaciones o indemnizaciones a que, en justicia, pueden dar lugar los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Luis de Alcalá, que considera usura «qualquier demasia que el que presta o fia principalmente entiende llevar por razon del tal prestamo o cosa fiada», analiza tal definición y plantea varios casos de posible compensación económica que no deben tacharse de usurarios (Vid. *Tractado de los prestamos que pasan entre mercaderes y tractantes*, 2.^a ed. 1546, fol. 1 v.º y ss.) Por otro lado, mientras hay autores que, como Pedro de Aucona, consideran que la usura no va contra el derecho natural, sino sólo contra el derecho divino positivo, otros, como Conrado de Alemania, Juan Mayor o Francisco de Vitoria, siguiendo a Santo Tomás, estiman que está prohibido por el derecho canónico y civil y es contraria además al derecho natural. Entre los que defienden la última opinión y refutan la contraria, figura Juan de Medina (*De Poenitentia*, q. 2, fol. 302-12).

Para un conocimiento mejor de la problemática de la usura en el derecho histórico y del estado de la investigación en este orden, Vid. B. Clavero Salvador, *Prohibición de la usura y constitución de rentas*, en «Moneda y Crédito», 143 (1977); e *Interesse: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI*, de próxima publicación.

7. Vid. J. Martínez Gijón, *La compañía mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. Legislación y doctrina* (Sevilla, 1979).

8. Precisamente de un estudio, aún inédito, que hemos realizado sobre estas condiciones de licitud de las Compañías en la legislación y en la literatura jurídica de los siglos XVI a XVIII, ha surgido el presente trabajo sobre el contrato trino, que, en un principio, constituyó un subapartado de la mencionada cláusula de licitud.

pital, sino de una determinada ganancia, constituye el tercer pacto del contrato triple.

Cronológicamente, nuestro estudio arranca del siglo XVI, se centra en esta centuria y en la siguiente, época de máximo esplendor de nuestra literatura jurídica y de la más enconada y generalizada polémica sobre el contrato que estudiamos, y prosigue en los siglos XVIII y XIX, en los que se aprecia un progresivo triunfo de las doctrinas aperturistas sobre la usura en general y sobre el contrato trino en particular, y un paulatino apagamiento de la polémica, que termina reducida a una cuestión meramente histórica. Centrado nuestro estudio, de otro lado, en el derecho castellano, lo hemos basado en la escasa normativa canónica y civil, que, de forma más o menos directa, se ocupa del contrato triple, y, sobre todo, en la literatura jurídica. Ambas fuentes, normativas y doctrinales, reflejan la realidad práctica del contrato trino y su evolución. En lo que se refiere a la doctrina, aunque hemos utilizado con preferencia autores castellanos, a veces se ha hecho preciso acudir a extranjeros, especialmente cuando, por haber gozado de una amplia difusión, resultan fundamentales para comprender el desarrollo de la doctrina castellana, que con frecuencia se remite a esos doctores extranjeros.

La doctrina sobre el contrato trino no sólo aparece en la literatura jurídica especialmente dedicada a este contrato o al de sociedad, sino también en obras más genéricas o que guardan relación con el tema de la usura: tratados sobre ésta; instrucciones de mercaderes; estudios sobre contratos, en particular sobre los más sospechosos de usura, como los de cambio, juego, censos; Sumas y compendios morales y teológicos; comentarios *in Secundam Secundae* de Santo Tomás; tratados *de iustitia et iure*; manuales de confesores, concretamente al tratar del séptimo mandamiento, y Sumas de casos de conciencia, etc. A través de estas obras, sus autores, muchos en su doble condición de juristas y teólogos, preocupados por los problemas de la usura y la justicia y con una doble intención moral y jurídica, revelan en ocasiones una aguda visión de la realidad mercantil, adquirida muchas veces a través del confesionario. Suelen caracterizarse por la prolijidad de sus disquisiciones y la sutileza de sus argumentos, por las reiteradas remisiones a la autoridad de otros doctores y en ocasiones por la incansable repetición de los razonamientos, aunque no faltan planteamientos y aportaciones originales.

Finalmente, parece oportuno subrayar que el presente estudio se basa, de acuerdo con cuanto antecede y con lo que anticipa su propio título, en el Derecho común. A través de sus autores se ha realizado la investigación, por ser ellos los que representan y mantienen la polémica histórica del contrato trino. Incluso las fuentes normativas se utilizan en gran medida en función de la interpretación que de ellas hace la doctrina.

II. Planteamiento de la problemática sobre su licitud.

Mientras unos autores adoptan una postura simple y radical de condena del contrato trino, otros matizan más las circunstancias que pueden concurrir en el mismo, en función de las personas intervinientes, del momento de celebración de los pactos, de la cuantía del precio, etc. Las diferentes cuestiones y argumentos se repiten incansablemente en unos y otros con la pretensión de agotar las posibilidades que pueden presentarse y los argumentos que favorecen las respectivas opiniones. Partiendo del análisis por separado de cada uno de los tres pactos, no son pocos los autores que defienden la licitud del contrato trino. De los argumentos invocados a su favor, quizá el más frecuente es el de la licitud incuestionable de los tres convenios por separado. De aquí arrancó Juan Mayor, quien en París defendió con ardor el contrato trino. Según Mayor, *iste contractus equivalet copulative ex tribus contractibus licitis sibi mutuo non adversis... quorum unus est societas, secundus est contractus assecurationis, et tertius est venditio lucri incerti pro lucro certo: quorum quilibet est licitus.*

Otros autores, por el contrario, rechazan el contrato trino y los argumentos en que se le quiere fundamentar. Una de las reacciones contrarias se manifiesta con la Contrarreforma, y no sólo en la doctrina, sino en la normativa canónica⁹. Y no faltan autores que adoptan actitudes más moderadas, por lo general basándose en el Cardenal Tomás de Vio Cayetano, que condena los tres pactos sólo cuando se celebran simultáneamente.

Es frecuente que los autores, al argumentar en favor o en contra de la licitud del contrato trino, se remitan a textos y autores anteriores a la aparición del contrato. En este sentido, es usual la remisión a la doctrina tradicional de la usura, invocándose desde las Sagradas Escrituras y los Santos Padres a la normativa y la doctrina medieval. Por otro lado, es asimismo común la remisión a autores de la tradición romano-canónica y del Derecho Común, también anteriores a la realidad histórica de nuestro contrato, en los que se pretende ver una permisón o una condena del pacto de aseguramiento del capital, y, en consecuencia, del ulterior contrato trino. En este aspecto, es bastante común la invocación de los textos y opiniones de Accursio, Juan Andrés, el Panormitano o el Hostiense para apoyar la licitud del contrato trino y para defender lo contrario.

A grandes rasgos, la histórica controversia nos muestra cuatro grupos de doctrina, aunque las opiniones suelen polarizarse en los dos más extremos.

1.º El que condena el contrato por ilícito cuando sus pactos se hacen con el mismo socio, pues supondría un mutuo con lucro, es decir usurario, y no

9. En el siglo XVI varios concilios provinciales condenan el contrato trino en términos análogos. Así el de Milán de 1565, dirigido por el Cardenal S. Carlos Borromeo, o el de Burdeos de 1583. En términos idénticos aparece la condena en la Asamblea General de la Clerecía de Francia, reunida en Melun en 1580.

una verdadera sociedad. El paladín de esta postura en nuestro derecho es el dominico Domingo de Soto.

2.º El que sostiene la validez de dichos contratos si se hacen, no simultáneamente, sino de forma sucesiva (*ex intervallo*). Esta tesis parece arrancar de Tomás de Vio Cayetano, aunque algún autor niega que fuera esa la idea verdadera de Cayetano.

3.º El formado por los que afirman que los pactos del contrato trino, aunque no son injustos, son ilícitos, pues estiman que, como sostienen los autores del primer grupo, suponen un mutuo con lucro, y de ellos se sigue escándalo. Es la opinión que arranca de Conrado Summenhart.

4.º Finalmente, el grupo que considera que los tres pactos son lícitos celebrados entre los socios, tanto de forma sucesiva como de forma simultánea, siempre que se establezcan del modo debido, es decir voluntariamente y con justas compensaciones. Esta opinión, que tiene su precedente en John Eck y en Gabriel Biel, cristaliza en Juan Mayor y encuentra su máximo representante en la Península en Martín de Azpilcueta, el doctor Navarro.

El enfrentamiento entre las dos posturas opuestas de los dos grandes juristas y teólogos, el doctor Navarro y Domingo de Soto, dividió las opiniones de la doctrina. Ambos se convirtieron en las figuras básicas y centrales de la controversia histórica sobre el contrato trino y sus argumentos y opiniones habrían de repetirse e invocarse mucho tiempo después, no sólo entre los autores castellanos, sino también en la literatura extranjera.

III. Las posturas doctrinales en los siglos XVI y XVII.

Veamos algunas de las opiniones más representativas sobre la licitud del contrato trino en los siglos XVI y XVII. Destaca en la Península Francisco de Vitoria. Este autor, que arranca de la doctrina tomista de la usura¹⁰, pero que va más allá de la exposición aquiniana en estas materias, acusando la influencia de autores más modernos, como el Cardenal Cayetano, Juan Mayor, Silvestre y Conrado¹¹, considera lícitos los tres pactos cuando se celebran con distinta persona, esto es, si el socio que aporta el dinero celebra un contrato de seguro, aparte del de sociedad, con alguien ajeno a la compañía, y otro de venta de esperanza con otra persona distinta, quedándole así garantizada la restitución de su capital y una ganancia fija. Es lícito, pues, el contrato trino, dice Vitoria, *cum uno fit contractus societatis subeundo partem damni, cum alio facit contractum societatis, et cum alio contractum venditionis*¹².

10. Este punto de partida en Vitoria quizá se debe a la influencia de su maestro Crockaert, en cuya época la *Summa Theologica* había desplazado a la Biblia y a las *Sentencias* de Pedro Lombardo en las lecciones de Teología (Vid. G. Otte, *Das Privatrecht*, cap. 8).

11. Vid. ed. *De justitia*, t. 2, XXV-XXIX.

12. *Ibid.*, t. 2, q. 78, art. 2.º, n. 18, en p. 185.

Vitoria pasa revista a los argumentos de la doctrina que defiende la licitud del contrato trino celebrado entre el mercader y el marido que le entrega a aquél la dote, y entre un mercader y el tutor que le entrega al mercader el dinero del pupilo, con la intención de formar compañía con el mercader en ambos casos. Previamente, se detiene en analizar las opiniones de la doctrina sobre el pacto que suele celebrarse entre el marido y su suegro en relación con la dote. Expone las opiniones de los autores sobre la licitud del convenio en virtud del cual el marido no recibe la suma dotal íntegra, sino entregas anuales a cuenta de la misma; y se plantea si esas cantidades periódicas las recibe por razón de lucro cesante o de mutuo, razonando que no las recibe por ninguna de las dos causas. Luego, tras recoger otros supuestos contemplados por la doctrina —como son la posibilidad de celebrar el mismo pacto, no habiéndose entregado la suma total de la dote, entre el marido y los herederos del suegro fallecido, o la de que la viuda siga percibiendo de su padre las entregas periódicas de la dote, al igual que cuando el marido vivía, para atender a las cargas del matrimonio—, se ocupa de la posible licitud de entregar el dinero de la dote a un mercader para que éste, manteniéndolo a salvo, entregue al marido una cantidad fija periódicamente, actuando, por tanto, el mercader como el suegro en el caso anterior. Parejamente, también trata del otro supuesto contemplado por la doctrina, según el cual el tutor podría entregar a un mercader el dinero del pupilo en las mismas circunstancias y con análogas condiciones y finalidad. Termina exponiendo la opinión de que tales pactos son usurarios, así como la contraria, representada por Juan Mayor, para afirmar que es lícito que, por razón de lucro cesante, pero no de mutuo, el que entrega dinero a un mercader pueda recibir algo de éste. Pero Vitoria no añade a esta posibilidad otras circunstancias que, como el aseguramiento del capital en cualquier evento, podrían suponer el contrato trino, cuyos pactos, como hemos vistos, condena por usurarios cuando se celebran entre los mismos socios¹³.

Pero es con el doctor Navarro y con Domingo de Soto con los que, como se ha dicho, la controversia del contrato trino adquiere mayor agudeza y resonancia. El primero, tras haber defendido el pacto de aseguramiento del capital de un socio por el otro, entra de lleno en el contrato trino, describiéndolo y trazando su doctrina sobre la licitud del mismo. En el capítulo 17 de su *Manual de Confesores* expone así su pensamiento sobre la cuestión, siendo sus palabras decisivas para la doctrina posterior favorable a estos pactos:

«Quod fierent tres contractus. Primus, societatis, in quam alius pecuniam, alius operam et industriam conferat. Secundus,

13. Ibid., t. 2, q. 78, art. 2.º n. 20-25, en p. 186-90. Estos y otros problemas fueron abordados y desarrollados por Vitoria, con aguda visión de la realidad mercantil, al exponer por segunda vez, en su Cátedra de Prima de Salamanca, a partir de octubre de 1535 y a lo largo de tres cursos, las 189 cuestiones de la parte de moral especial o *Secunda Secundae* de la *Summa Theologica*.

quo qui operam confert, assecurat alterius sortem iusto pretio accepto aut altero tanto e lucro remisso. Tercius, ut ad tollendas suspiciones et molestias rationum, qui operam praestat, lucrum incertum lucro aliquo certo redimat, aut ut ex lucro verisimile sed incerto tantundem certi retineat. Pro quo facit efficaciter, quod nemo negat, eum qui confert aliquam pecuniam in societatem posse assecurari de sorte, et de aliqua certa parte lucri ineundo suos contractus assecurationis sortis et lucri cum tertio, et qua ratione potest inire cum tertio, eadem etiam cum socio potest cessante omni fraude, et simulatione. Adde quod possunt fieri eodem tempore, ut monstrat Ma. in 4. dist. 15, q. 49. Et non solum formaliter et explicitè, sed etiam aequivalenter, et implicitè, ut si quis negotiator publice protestaretur se paratum ad accipiendam pecuniam a quocumque volente illi conferre illam in societatem, cum pacto de assecuratione sortis ad rationem, 4. pro centum et lucri certi, 4. pro duodecim incerti lucri. Ita quod ex lucro incerto verisimile, 12. ex centum accipiat pro assecuratione sortis, et quatuor per certificando lucro decem, et consequenter non teneatur reddere nisi quatuor. Et postea alius sciens hanc protestationem, confert ei centum, dicens, ego confero tibi centum in societatem negotiationis cum securitate sortis, et redemptione lucri incerti iuxta protestationem tuam. Pro quo, praeter praedicta urget cap. Per vestras, de Donat. inter viv. et uxor. sic noue inductum, ibi Papa iubet, ut marito vergente ad inopiam, deponatur apud aliquem mercatorem, quo ex parte lucri honesti, onera matrimonii sustentet, et ita intentio eius fuit, ut dos salua seruaretur, siquidem, ob hoc iubebat illam a marito auferri, et ita videtur noluisse, ut ad lucrum et damnum mercatori traderetur, quod erat eam periculum obiicere: voluit item, certum aliquod lucrum inde prouenire, ad matrimonii onera sustinenda. At haec duo fieri non possunt siue assecuratione et lucri incerti pro certo redemptione, ergo Papa tacite voluit illa fieri. Facit etiam quod in multis Galliae locis; quando in ea praelegebamus, audivimus, et nunc audimus in aliquot Italiae partibus et Montibus idem seruari, quod Ecclesiae et viduae et pupilli more antiquo conferebant suas pecunias mercatoribus, quo quatuor secure pro centum in suam sustentationem lucrarentur. Quae consuetudo defendi nullo modo potest per intellectum, quae Io. And, et nonnulli alii dicto cap. Per vestras, assignant, scilicet, quod in favorem ecclesiarum, viduarum, et pupillorum, cum illo lucro mutuari poterat; quia esse usura, quae neque etiam ad redimendos captiuos admitti potest...»

Defiende, pues, la licitud del triple contrato celebrado entre los socios, siempre que se haga sin fraude ni simulación, y sostiene la licitud incluso

cuando los pactos se celebren al mismo tiempo. Admite su existencia implícita en muchos casos, sin necesidad de explicitarlos expresa y formalmente. Arguye para ello, fundamentalmente, que si un tercero puede celebrarlos con un socio, no hay razón para que no puedan hacer lo mismo los socios; que una costumbre inmemorial sanciona la vigencia y legitimidad de estos pactos en muchos lugares de Europa; y que el propio Papa reconoce tácitamente su licitud, según se desprende del cap. *Per Vestras de donationibus inter virum et uxorem* de Inocencio III, en el que, al permitirse garantizar la devolución de la dote entregada como capital al mercader, con el que se forma compañía, se está tolerando el aseguramiento del capital que se pone en manos de un socio para negociar, así como la percepción de una cierta ganancia a favor del socio capitalista, parejamente a la ganancia que se permite que produzca la dote en manos del mercader, ya que es precisamente para obtener un beneficio con que atender a los gastos del matrimonio para lo que se le entrega. Se dice en el referido texto, comentado por el Panormitano:

Mandamus quatenus dotem assignare faciatis eidem viro sub ea quam potest cautionem praestare, vel saltem alicui mercatori mitti, ut de parte honesti lucri dictus vir onera possit matrimonii sustinere...

Esta defensa de la licitud del contrato trino por parte de Martín de Azpilcueta trascenderá a otros muchos y su *Manual* será abundantemente citado con tal motivo, aunque no falte alguna desvirtuación de la doctrina contenida en el mismo en relación con el triple pacto¹⁴.

Desde su posición contraria, Domingo de Soto, comienza recogiendo las argumentaciones principales de la doctrina a favor del pacto de aseguramiento del capital y del lucro. Así, en primer lugar la basada en el texto *Per vestras de donationibus inter virum et uxorem* de Inocencio III, al que hemos aludido. Reproduce asimismo el argumento según el cual, al considerar algunos que el que aporta mucho dinero puede lícitamente no responder de la pérdida del total aportado, hay que estimar lícito el pacto por el que los restantes consocios asumen el riesgo parcial e incluso total del capital. Finalmente, expone la opinión de que, si es válido que un tercero asegure a un socio el

14. En un *Compendio y Sumario de Confesores y Penitentes*, publicado en Valencia en 1579, en el que se dice que está «sacado de toda la sustancia del Manual de Navarro» y que es traducción del portugués realizada por el agustino Fray Antonio Bernat, se hace alusión, aunque de forma somera y bajo un prisma más moral que jurídico, a la cuestión del aseguramiento del capital puesto en compañía, y se condena, al estimarse que el que pone así el dinero comete pecado mortal. Se dice: «Distes dinero para tratar en compañía, con pacto que no perdiessedes nada de vuestro caudal, y huuiessedes parte de la ganancia, o que ninguna perdida del caudal quedasse por vos, y la perdida de todo el trabajo, e industria quedasse con el tratante?» Y añade que en tal caso se peca mortalmente (cap. 18, n. 223).

capital aportado, no hay razón para que no pueda asegurar lo mismo uno de los socios. Soto refuta todas estas argumentaciones partiendo de dos principios básicos que considera inviolables: la necesidad de que el riesgo recaiga sobre el capital, sea cual sea el origen y la naturaleza de éste, incluso tratándose de bienes dotales, y la exigencia de que la participación en las ganancias no sea en proporción a lo que se aporta, sino en proporción a lo que se arriesga¹⁵. En consecuencia, el aseguramiento del capital por un socio significa que soporta el riesgo quien no es dueño de la cosa o del dinero, con lo que se desvirtúa la naturaleza de la sociedad, que se convierte de hecho en un mutuo, el cual, además, es usurario, en cuanto que media un lucro, representado por el beneficio que obtiene el socio que aporta su capital¹⁶.

En el siglo XVI, y con anterioridad a la promulgación de la Bula *Detestabilis*, hay en la doctrina castellana una serie de autores cuyas posturas sobre el contrato trino se aproximan o resultan coincidentes. Son Cristóbal de Villalón, Luis Sarabia de la Calle, Tomás de Mercado, Bartolomé de Albornoz, Bartolomé de Medina, Francisco García y Miguel de Palacio. Todos ellos, salvo el último, escriben en castellano, y todos, con la excepción de Sarabia de la Calle, consideran ilícita la práctica del contrato trino.

Curiosamente, Cristóbal de Villalón, aunque condena el contrato trino, estima lícitos sus pactos en unas circunstancias ilegítimas, y parece como si los justificara por la compensación de dos conductas igualmente engañosas. No obstante, advierte que, en el plano moral, el que sólo aporta su capital con la condición de que se le restituya en unión de una ganancia peca mortalmente, con lo que condena el contrato trino. Pone el siguiente caso:

«Dubdabase si una biuda pusiesse en compañía de un mercader cient ducados, e hiziessen en un contrato que le diessen la parte de ganancia y no le leuasse perdida. Pero que de ella hiziesse este contrato por que el mercader no la engañasse fingiendo la perdida, con intencion guardada en si de restituyrle la perdida cada y quando pareciesse hauerla. Dubdase si es esta justa compañía. Respondese que es justa compañía, pero que pecca mortalmente en hazer contrato infame a su honrra, y que es obligada a descubrir su intencion porque los herederos no succedan en el mesmo engaño del contrato despues de la muerte de su madre»¹⁷.

15. Este segundo principio posee especial relevancia para el estudio de una de las condiciones de licitud de las compañías —que la participación en los beneficios y pérdidas sea proporcional a las aportaciones de los socios—, en cuanto que en Domingo de Soto se enuncia de otro modo, como se ve; es decir, adecuando lo que ha de ganarse, no a lo que se pone, sino a lo que realmente se arriesga.

16. D. de Soto, *De iustitia et iure libri decem* (Salamanca, 1562), 561-62.

17. C. de Villalón, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprovacion de usuras* (ed. 1546, reproducida en fotograbado en *Una obra de Derecho Mercantil del siglo XVI, de Cristóbal de Villalón*, Valladolid, 1945), 36 y v.º

Se aprecia en el texto una tendencia a separar lo moral de lo jurídico. Y junto a la condena de este contrato simulado, Villalón, refiriéndose a casos análogos, agrega que «lo peor es que en esta desordenada cobdicia caen muchos varones eclesiásticos y sacerdotes... E aun puede ser que lo hagan algunas religiosas monjas, diciendo que lo hazen por assegurar el socorro a sus cotidianas necesidades. E ansi podrie ser que dixessen que de limosna que sus parientes les han dado quieren en esta manera la compañía y contratación convenir una templada y razonable cantidad con que un mercader les deue acudir en cada un año...», y de este modo lo que hacen «es paliar, encubrir y solapar debaxo de este contrato sus intenciones usurarias y avarientas». Y es que, en definitiva —piensa este autor—, el contrato «donde tienes segura la ganancia y casi nunca sospechas la perdida... tiene más parentesco con logro y usura que con buena compañía y contrato que se puede sufrir»¹⁸.

Sarabia de la Calle hace constar que «lo primero que se debe mirar es que lo principal (es decir el capital o *sors principalis*) que se trata que esté igualmente a perdidas y ganancias de los compañeros»¹⁹. Sin embargo, aunque en principio califica de empréstito usurario el acuerdo de que el capital no soporte el riesgo, admite la posibilidad de que un socio asegure lícitamente al otro su capital mediante un contrato de seguro independiente del de compañía. Pero es necesario que esto no se haga en fraude del socio y que el contrato de seguro no sea un pacto forzosamente anexo al de sociedad que el otro socio se vea obligado a aceptar, salvo en aquellos lugares en que los usos imponen que ambos contratos vayan juntos, pues afirma que «si hubiese costumbre de hacerse estos pactos de aseguracion en los tratos de compañía se podrian tolerar, como dice Cayetano»²⁰. Con esta última afirmación, Sarabia está reconociendo la posibilidad de que la costumbre legitime una práctica que de sí pudiera ser usuraria, con lo que se adhiere a uno de los argumentos comúnmente invocados por la doctrina favorable al triple pacto, la cual se esfuerza en probar y en resaltar la utilización de los mismos en muchos lugares de Europa.

Tomás de Mercado afirma que asegurar «el puesto por todo el tiempo de la compañía es lícito, como no sea el otro compañero asegurador». Bartolomé de Albornoz sostiene que no se puede asegurar lícitamente la ganancia «aunque sea por un tercero que en ella (en la compañía) no tenga parte», porque «seria usura, y porque el contrato de compañía no es capaz de seguro, ni estos contractos se pueden componer, ni a un juntarse en uno»²¹. Con-

18. Ibid., 36 v.º

19. L. Sarabia de la Calle, *Instrucción de mercaderes*, reimpreso por «Joyas bibliográficas» (Madrid, 1949), 117.

20. Ibid., 119.

21. T. de Mercado, *Summa de tractos y contractos* (Sevilla, 1571), 52. v.º; B. de Albornoz, *Arte de los contractos* (Valencia, 1593), 27.

denado así el segundo pacto, queda tachado de ilícito el contrato trino como tal. Hay que resaltar la postura radicalizada de Albornoz en relación con Tomás de Mercado, ya que éste, como se ve, permite que un tercero pueda asegurar el capital de uno de los socios —posibilidad que admite la generalidad de la doctrina—, mientras que Albornoz no lo considera lícito, por estimar que desvirtúa la naturaleza de la compañía.

Bartolomé de Medina, por su parte, al ocuparse del contrato trino, de forma muy concisa y más desde un punto de vista moral que jurídico —como es normal en los que escriben para ilustrar a los confesores—, afirma, siguiendo la doctrina de Cayetano, la validez de los tres contratos celebrados con diferente persona. Añade luego que el contrato trino puede considerarse lícito, pero estimando que las ganancias que produzcan no nacen de la compañía propiamente dicha, sino de esos otros dos legítimos pactos de aseguramiento y venta²². Esta afirmación no es lo suficientemente explícita y plantea algunos problemas, concretamente sobre la admisión del contrato trino en la forma tradicional que lo contemplan sus defensores y sobre su constancia en las fórmulas sintéticas en que solía reflejarse. Pero la parquedad del autor no permite extraer más conclusiones sobre este punto.

Francisco García, coincidiendo con Tomás de Mercado, sólo admite el contrato trino cuando el segundo y el tercer pacto se celebran con persona distinta del socio y por convenio *extra societatem*, con lo que tacha de ilícito el contrato trino propiamente dicho. En este sentido, pretende resolver la cuestión con gran simplicidad y llaneza de fondo y de estilo²³. Y Miguel de Palacio, en el que se aprecia más directamente la influencia de Vitoria²⁴, pone algunos ejemplos de compañías impuras y de pactos ilícitos, entre ellos

22. B. de Medina, *Instruction de Confesores* (Salamanca, 1580), 148-a y 148-b.

23. «Siguese la 2. dificultad, y es, si puede uno poner dineros en una compañía, sin que incurra por ello peligro de perder su puesto, y sin perder ganancia. O mas claramente, si es cosa licita que ponga uno moneda en una compañía, quedandole segura la suerte principal y la ganancia. Esta dificultad se puede entender de dos maneras: la una es, si esto se puede hazer por virtud deste contrato de compañía: la otra, si se pueda hazer licitamente por otra via como seria asegurando lo uno y lo otro. Quando a la primera inteligencia, claro esta no ser cosa licita que uno entre en una compañía, quedandole segura la suerte principal y la ganancia, por ser esto muy contra la naturaleza deste contrato. Quanto a la segunda inteligencia, dezimos, poder se fazer licitamente, que uno entre en una compañía quedando le segura la suerte principal y la ganancia, por contrato de aseguramiento hecho con un tercero. Puede este tal despues de auer hecho compañía con uno buscar otro tercero que le asegure lo uno y lo otro, la suerte principal y la ganancia por un precio que sea justo y conueniente. Y esto no seria contra la naturaleza deste contrato, pues la dicha seguridad no la ternia en tal caso, ni pretenderia tenerla por medio del trato de compañía, sino por virtud de otro contrato muy diferente de aquel» (*Parte prima del tratado utilissimo y muy general de todos los contratos, quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, Valencia, 1583, fol. 508-9).

24. Tras sus estudios de Teología en Granada, Miguel de Palacio residió en Salamanca, y allí, en el curso 1540-1541, debió conocer las explicaciones de Vitoria sobre la *Secunda Secundae*.

el aseguramiento del capital de un compañero por el otro, pacto que considera usurario²⁵.

Frente a la generalidad de los autores indicados, Diego de Covarrubias se erige en un defensor de la tesis del doctor Navarro, y defiende el contrato trino, no sólo si los tres pactos se realizaron sucesivamente, como exige Cayetano, sino de forma simultánea, aunque subraya la necesidad de que en los pactos no intervenga fraude²⁶. No parece que su postura a favor del triple pacto fuera la más frecuente en la literatura castellana del siglo XVI con anterioridad a la Bula *Detestabilis*. Por el contrario, más bien procede afirmar lo contrario, a la vista de las muestras doctrinales que hemos reseñado. Sin embargo, la situación de la doctrina y práctica del contrato trino en Europa, especialmente en el radio comercial de la ciudad de Lyon, debió ser muy distinta. La polémica entre el doctor Navarro y Domingo de Soto trascendió las fronteras y el primero de ellos encontró un amplio eco entre los juristas y teólogos.

En consecuencia, la práctica del contrato trino y las actitudes encontradas de los doctores provocaron viva polémica, y ello dio lugar a que, en 21 de octubre de 1586, Sixto V promulgara su famosa Bula *Detestabilis*, que se convertiría en el centro de la polémica sobre nuestro contrato, en cuanto que la misma, al condenar las usuras e injusticias que se cometían en las compañías, declaró usurarias e ilícitas aquellas en las que el socio que aportaba el capital obligaba al que ponía el trabajo a devolverle el capital, incluso si éste perecía por caso fortuito, así como aquellas en las que al mismo socio se le exigía la entrega de una cantidad cierta como lucro, aunque en realidad no lo hubiera. Es decir, con la constitución papal pareció quedar condenado el contrato trino, al decirse en la Bula:

Damnamus, et reprobamus omnes, et quoscumque contractus, conuentiones, et pactiones post hac ineundes, seu ineundas, per quos, seu quas, cauebitur personis, pecunias, animalia, aut quaslibet alias res societatis nomine tradentibus, ut etiam si fortuito caso, quamlibet iacturam, aut damnum, aut amissionem sequi contingeat, sors ipsa, seu capitale semper saluum sit, et integrum a socio recipiente restituatur; siue et de certa quantitate, vel summa in singulos annos, aut menses durante societate respondeatur: Statuimusque eiusmodi contractus, conuentiones, et pactiones usurarias, et illicitas post hac censi debere. Ac ne de caetero societate ineantur, sub eiusmodi pactis conditionibus, quae usurariam prauitatem sapiunt, distincte interdiciamus, et prohibebimus.

25. M. de Palacio, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus* (Salamanca, 1585), 363-4.

26. D. de Covarrubias, *Opera omnia* (ed. 1724), t. 2, fol. 278-9.

La Bula, como tendremos ocasión de ver, se convirtió en el arma más utilizada, y también más controvertida, contra el contrato trino. Surgió una serie de interpretaciones sobre la misma. Unos dijeron que el Papa sólo prohibía los convenios de esa naturaleza usuraria que se celebraran en un futuro. Otros pensaron que los contratos se prohibían cuando se establecieran *ex vi societatis*, pero no cuando se añadieran posteriormente a un contrato de compañía. Otros, en fin, alegaban que lo que Sixto V consideraba ilícito era la injusticia y la usura que podía acompañar a los pactos, pero no a éstos en sí mismos cuando se hicieran con justicia, y creían que esto se deducía de las propias palabras de la Bula, de la intención del legislador e incluso de las respuestas que, según algunos, el Papa dio de viva voz ante fidedignos varones que lo oyeron²⁷.

La Bula no eliminó la práctica del contrato trino. Por otro lado, parece ser que su recepción y divulgación se vio obstaculizada. A ello debieron contribuir algunas circunstancias, como el arraigo del triple pacto en la vida mercantil y quizá la corriente favorable al mismo entre ciertas autoridades eclesiásticas, algunas de ellas teólogos destacados. En todo caso, la constitución pontificia no acalló en absoluto la polémica, aunque, como hemos dicho, se convirtió en el texto más invocado y más contradictoriamente interpretado por los juristas y teólogos en relación con la usura y el contrato trino.

Entre nuestros autores de finales del siglo XVI y principios del siguiente, algunos, como Pedro de Navarra y Pedro de Aragón, mantienen la llama de la polémica con posturas poco complejas, mientras que otros aportan matizaciones y argumentos de mayor ingenio y profundidad. Pedro de Aragón condena el contrato trino cuando sus pactos, cualesquiera que sean la forma y tiempo en que se establezcan, se celebran entre los socios. En su condensada exposición del contrato trino, comienza analizando los tres argumentos a favor del mismo que hemos visto en el doctor Navarro y que también expone Juan Mayor, y luego pasa a refutarlos en la misma forma que la generalidad de los autores contrarios a estos pactos, siguiendo a Domingo de Soto, aunque de forma más abreviada. Termina condenando la naturaleza usuraria del contrato trino, que viola las leyes de la sociedad y desvirtúa su naturaleza²⁸.

27. Incluso algunos adversarios del contrato trino se hacen eco de la noticia según la cual el Papa dio esas respuestas a consultas que se le hicieron sobre la interpretación de la Bula. En este sentido, Juan Azor, aunque advierte que nada cierto se sabía de ello. Felicio cree que el pontífice dio esas respuestas basándose en que, después de la promulgación de la Bula, se celebraba el contrato trino en Portugal, Bélgica y otras partes, según los testimonios de Luis de Molina y Leonardo Lesio, entre otros (*Tractatus de societate*, Venetiis, 1610, cap. 3, n. 59. Esta obra es una reelaboración de Angel Felicio de la escrita por su padre, Héctor). Juan de Lugo cita los nombres de algunos cardenales y teólogos que dijeron que la intención del Papa no fue condenar el contrato trino cuando no revestía carácter usurario e injusto, así como una decisión de la Rota Romana de 3 de junio de 1602 con análogo pronunciamiento (*Disputationum de iustitia et iure*, t. 2, disputatio 30, sectio 4, n. 37).

28. P. de Aragón, *In Scundam Secundae Diui Thomae Doctoris Angelici Commentaria: De iustitia et iure* (1590), fol. 696-a hasta 697-a.

Por el contrario, Pedro de Navarra defiende la licitud del contrato trino al modo del doctor Navarro y de Covarrubias, y hace especial hincapié en que se establezcan precios justos por el seguro del capital y por la venta del lucro ²⁹.

Alonso Rodríguez considera lícito el contrato trino si se celebran con la misma persona el primero y el tercer pactos, y el segundo y el tercero con persona distinta del socio. En cambio, no es lícito celebrar entre los socios el primero y el segundo, pues, como afirman Cayetano y Domingo de Soto, se incurriría en mutuo usurario, ya que el que recibe el dinero, como se obliga a restituirlo, se convierte en su dueño y puede emplearlo a su antojo. Naturalmente, tampoco es lícito celebrar los tres pactos con la misma persona. Si los pactos —sigue diciendo este autor— se conciertan en virtud del contrato de sociedad y sin precio, se produce manifiesta desigualdad entre las partes; y si se añaden al de sociedad los otros dos pactos, aunque los precios por el seguro del capital y de la ganancia sean los que justamente pagara un tercero, resulta ilícito, pues no es justo obligar al mutuario al pago de un precio. Recoge Alonso Rodríguez la opinión de Cayetano —es decir la posibilidad de que los dos contratos se añadan al de compañía en forma sucesiva, libremente, por precio justo y sin fraude ni simulación— y señala que en dicha opinión se basan los autores que, como el doctor Navarro, estiman que, si los tres contratos son lícitos celebrados con personas distintas y de forma sucesiva, también lo serán si se llevan a cabo entre los socios y simultáneamente, sin que se incurra en mutuo usurario, ya que el dinero se ha de invertir en el negocio de la compañía. Reconoce que el contrato trino podría ser lícito en tal caso, pero para ello es preciso que el socio que aporta el dinero pague el justo precio del seguro sacándolo de su propio peculio, y no comprometiéndose a tomarlo de menos de la futura y siempre aleatoria ganancia, que es lo que pretenden los defensores del triple pacto ³⁰.

Domingo de Báñez denuncia la ilicitud del contrato trino celebrado entre los socios, su transfondo usurario y el carácter leonino de la sociedad, en base a la opinión de los juristas y teólogos que estiman que no puede percibirse la ganancia y rehuir la pérdida. Defiende, en cambio, como Alonso Rodríguez, la licitud de la celebración del contrato primero y del tercero con la misma persona, es decir con el socio, siempre que medie precio y el capital se exponga al riesgo, así como la celebración del contrato segundo y el tercero con la misma persona, es decir con alguien ajeno a la sociedad, a condición de que el precio del seguro sea igual al de la venta del lucro —con lo que resulta un contrato de mutuo gratuito—, pero no si es mayor o menor, porque, si es menor, habrá usura, ya que la diferencia será un lucro derivado de

29. P. de Navarra, *De restitutione*, t. 2, lib. 3, cap. 2, 3.ª Parte, n. 359.

30. A. Rodríguez, *De usura, de Monte Pietatis, de emptione et venditione anticipata solutione, de censibus, de contractu societatis, de contractu assecurationis et cambiis*, ms. 84 de la Catedral de Pamplona, fol. 348 v.º a 350.

mutuo, y, si es mayor, aunque no haya usura, resultará injusticia. Pero Báñez también señala la posibilidad de que el segundo contrato se celebre entre los socios, siempre que se establezca un precio justo por el seguro y no haya venta del lucro, considerando, como otros autores, que no hay mutuo en tal supuesto, ya que el capital, aunque asegurado, ha de invertirse en la compañía, precisamente en virtud del primer pacto o contrato de sociedad propiamente dicho. De este modo, Domingo de Báñez se opone a los que defienden la licitud de estos pactos y a los que sostienen que por medio del contrato trino desaparece el de sociedad y queda uno de venta de esperanza que ha de entenderse válido. Se enfrenta también a Cayetano, que ya vimos que admite la posibilidad de añadir sucesivamente los dos pactos al de compañía, e insiste en que los tres pactos del contrato trino celebrados *inter socios* se reconducen a uno de mutuo usurario³¹.

Miguel Bartolomé Salón, sin embargo, viene a sostener la licitud del contrato trino. Recoge los argumentos de la doctrina sobre estos pactos en forma parecida a Domingo de Báñez y considera que es lícito celebrar cada pacto con distinta persona, como sostiene Vitoria, tanto sucesiva como simultáneamente. Pero también admite la posibilidad de celebrar los tres pactos con la misma persona, sucesiva o simultáneamente, siempre que lo permita la costumbre del lugar, se fije un precio justo por el seguro y se haga de buena fe, sin intervención de dolo ni fraude y sin que se produzca escándalo, con lo que se une a la opinión del doctor Navarro y otros defensores del contrato trino³². En cambio, Luis de Caspe sigue la opinión de Cayetano, pues admite la licitud de los tres contratos sólo si se celebran por separado y de forma expresa. No admite, pues, la posibilidad de considerarlos implícitos en algunas formas usuales de la época, que más adelante se verán, ya que insiste en que se celebren *formaliter, vel aequipollenter*³³.

La doctrina de Felicio, contraria al contrato trino, debió tener una cierta repercusión entre los autores castellanos del siglo XVII, como lo revelan las frecuentes alusiones a su obra. Autor de un tratado específicamente dedicado a sociedades, su consulta, de otro lado, se hace obligada al estudiar la problemática de las compañías y, en particular, la del contrato trino. Felicio reproduce los argumentos a favor del triple pacto tal como aparecen en el doctor Navarro y expone los argumentos en contra, pronunciándose por la ilicitud de los pactos. Resalta, sobre todo, que aunque el contrato de seguro se pueda hacer con un tercero, no por ello ha de ser válido con el socio, y pone algunos ejemplos de negocios jurídicos que, considerados lícitos en sí y por separado, resultan ilícitos cuando se unen. Advierte también que la costumbre inmemorial que esgrime el doctor Navarro no es norma general, sólo se da en supuestos muy concretos, relativos únicamente a ciertas perso-

31. D. de Báñez, *De iure et iustitia decisiones* (Salamanca, 1594), 636-8.

32. M. B. Salón, *Commentariorum*, 1871-78.

33. L. de Caspe, *Cursus theologicus* II (Lugduni, 1643), 299.

nas —clérigos, menores, viudas que entregan su dinero a un mercader para recibir ganancias fijas—, por lo que, en todo caso, sólo a estas personas y en ciertos lugares les estaría permitido celebrar el contrato trino, y, además, esos pactos pueden amparar ganancias desproporcionadas que constituirían usura³⁴. A estos argumentos se podría añadir, en lo relativo al carácter inmemorial de estos pactos, que tal vez no se trate de un uso tan antiguo, ya que, como hemos visto, su práctica no parece remontarse más allá de fines del siglo xv. Poniendo en tela de juicio la opinión del doctor Navarro, que consideraba que hacia el siglo XIII ya se utilizaba el contrato trino, dice Miguel Bartolomé Salón que *incertum maxime est quod ait Nauar. in illo cap. Per vestras, aprobari societatem saluo capitali per contractum asecurationis illi. adiectum, cum Innocen. tertius cuius est textus ille, praecesserit tempora in quibus. coepit hic modus celebrandi societatem in partibus Germaniae fere trecentis annis*³⁵.

Luis de Molina, que dedica la *disputatio* 417 de su obra *De iustitia et iure* a la problemática del contrato trino, reproduce, de un lado, lo más esencial de las opiniones sobre la licitud y los condicionamientos de los pactos que acompañan al de sociedad, y, de otro, aporta un planteamiento y unas observaciones interesantes en lo relativo a las diversas maneras en que puede y suele entregarse dinero a un mercader para que lo invierta en su negocio. Defiende la licitud condicionada de los pactos del contrato trino. Comienza reconociendo, al igual que otros, la frecuencia con que, en algunos lugares, ciertas personas, particularmente las viudas, celebran estos pactos con un mercader, y denuncia la ilicitud de los mismos. Luego, recoge la opinión de Juan Mayor, el doctor Navarro, Covarrubias y otros sobre la licitud del contrato de seguro del capital celebrado entre los socios, siempre que ese capital aportado por un socio no lo reciba el otro en concepto de mutuo y a condición de que la ganancia que haya de recibir el que pone el capital no sea mayor que la que percibiría lícitamente un tercero por asegurar ese capital. Reproduce los argumentos de los autores citados para defender tal postura, entre ellos el tan repetido de la dote, y termina exponiendo las dos posiciones contrarias respecto a la licitud del contrato trino.

A continuación, señala Molina las cuatro maneras en que suele entregarse el dinero a un mercader, formando compañía con él y añadiéndole los consabidos pactos, que son las siguientes. Advirtiendo que una parte del dinero que se entrega no es para negociar; estableciendo que una parte del total entregado es para invertirla en el negocio, y sin aclarar si se ha de negociar o no con el resto, aunque transfiriendo su dominio al mercader, de tal manera que éste ha de restituirlo cuando transcurra un determinado tiempo o cuando lo reclame quien lo entrega, y recibiendo éste, además, una ganancia; entregando la totalidad del dinero para que el mercader lo

34. H. y A. Felicio, *De societate*, cap. 19.

35. M. B. Salón, *Commentariorum*, 1858.

invierta exclusivamente en el negocio de la compañía, y asumiendo el riesgo de ese dinero el que lo recibe, con la obligación de restituirlo íntegramente, en unión de un beneficio moderado, por ejemplo de un cuatro o un cinco por ciento, o de una parte alícuota de la ganancia que se obtenga; y, finalmente, entregando el dinero para que se emplee en su totalidad en la negociación de que se trate, pero sin que el que lo aporta pierda su propiedad.

Considera Luis de Molina que en los tres primeros casos expuestos resulta un mutuo usuario, por las razones que ya hemos visto en otros tratadistas. En cambio, la cuarta manera de entregar el dinero al mercader es lícita, y sobre ella pueden estipularse los pactos del contrato trino, que serán asimismo lícitos si se celebran con justicia e igualdad, tanto si se formalizan después del contrato de compañía, como si se celebran juntamente con éste. Es decir: A entrega a B una cantidad de dinero, sin transferirle su propiedad, para que B lo emplee en una negociación; B asume el riesgo del dinero, actuando como asegurador; y, por último, B se compromete a entregar en su día a A un tanto de la ganancia, quedándose con el resto de ésta. No hay mutuo, dice Molina, porque el capital no se transfiere, y el otro socio, que actúa como asegurador, no puede, por lo mismo, enajenarlo. Sólo el que lo entrega, es decir su propietario, tiene acción para reivindicarlo frente al otro socio, si procediera, frente a los herederos de éste o frente a tercero.

Los pactos de mantener a salvo el capital y asegurar una ganancia solían celebrarse en muchas partes entre un mercader que, experto en una determinada negociación, aportaba su industria, o quizá también una parte de capital, y otra persona que, por sus circunstancias o condición —mujeres, religiosos, nobles—, desconocía la complejidad de los negocios mercantiles o incluso le estaban prohibidos. Esta persona entregaba su dinero al mercader para que lo invirtiese en su negocio y le proporcionara un lucro. En tales casos, los pactos se derivaban de la desconfianza del que, sin participar en la negociación, aportaba su dinero; y serían muchas veces aceptados por el mercader, que no dudaba en asegurar el capital de su socio, ya que muchas veces se limitaría a entregarle periódicamente una cantidad que, aunque se suponía que era el importe de los beneficios que le correspondían, acaso fuera mucho menos. Observa Luis de Molina que muchas veces los mercaderes preferían recibir el dinero de este modo, es decir prácticamente como un mutuo, porque así solían pagar al otro socio menos dinero que el que tendrían que abonarle, en concepto de participación proporcionada en las ganancias, si el dinero se hubiera recibido como verdadera aportación de capital a la compañía.

Manuel Rodríguez, aunque condena el aseguramiento del capital por un socio, considera lícito el contrato trino en el caso particular de la viuda que entrega su dinero a un mercader de su confianza. Se basa en unas circunstancias que convierten el problema jurídico de la licitud en una cuestión de conciencia, pues imagina un supuesto en que las ganancias suelen ser seguras para el mercader dedicado a una determinada negociación, que la viuda podría

poner su dinero en otros tratos en los que habría de ganar algo, con lo que parece dar entrada al lucro cesante, y que dicha viuda no exigiría beneficios si supiera que el mercader podría perder en vez de ganar ³⁶.

También bajo un punto de vista moral, pero ahora desde el lado del mercader que recibe el dinero, Francisco de Toledo piensa, siguiendo a Cayetano, que peca venialmente, porque, por lo general, el mutuo usuario que concierta —al tener que devolver más de lo que recibe— no lo pacta impulsado por la necesidad, y lo normal es que las ganancias que obtenga con la inversión del dinero que le han prestado superen el interés que viene a pagar por dicho dinero. Se aparta así de la opinión de Domingo de Soto, que en este supuesto considera que el mercader no peca ³⁷.

Gregorio de Valencia, partidario del contrato trino, señala tres puntos en los que, según él, coinciden los autores, y otro que resulta controvertido. El primero de ellos consiste en la posibilidad de celebrar los tres pactos de modo que el socio que pone el capital no pierda su dominio. El segundo es la licitud de los tres pactos si se convienen con un tercero y mediante un precio que resulte justo en atención al riesgo que asume el capital y a la ganancia que cabe esperar. El tercero es el carácter lícito del tercer pacto formalizado *inter socios*, atendiendo al derecho natural, aunque puede prohibirlo alguna ley humana. Y dice que, en el caso hipotético de que hubiera una constitución que prohibiera la celebración de estos pactos —con lo que parece aludir a la Bula de Sixto V, aunque no la menciona—, no sería justa, y, en todo caso, a la vista de ella, habría que distinguir dos cosas: si prohibía la adición de los dos pactos en todo caso, y si se basaba para ello en una presunción de usura, la cual no tiene que darse siempre que se formalicen estos pactos. Por fin, el punto controvertido a que se refiere consiste en si pueden celebrarse los tres contratos entre los socios y simultáneamente y, en definitiva, si es lícito el contrato trino de acuerdo con el derecho natural y en aquellos lugares donde no tenga vigencia la ley o constitución que lo prohíba ³⁸. A continuación, expone las dos posturas extremas en relación con el contrato triple, resume los respectivos argumentos y termina proclamando la licitud del contrato trino e incluso la presunción de su existencia en determinadas fórmulas, siempre que se haga sin intervención de fraude, de forma voluntaria y estableciendo los precios y compensaciones consabidos de manera proporcionada y justa, atendiendo a las circunstancias de la compañía. Es de observar que Gregorio de Valencia no se detiene en la tesis, según la cual los pactos del contrato trino son lícitos si se celebran de forma sucesiva o *ex intervallo*. La razón de ello es que, para este autor, dicha tesis se basa en una interpretación errónea de Cayetano por parte de Domingo de Soto. Según Gregorio de Valencia, lo que Cayetano dice es que los tres

36. M. Rodríguez, *Suma de casos de consciencia* (Salamanca, 1594), 123.

37. F. de Toledo, *De instructione*, lib. 5, cap. 41, fol. 594.

38. G. de Valencia, *Libri quatuor*, t. 3, col. 1200-d hasta 1201-c.

pactos pueden celebrarse si se hacen *seorsim et disparate*, es decir *distincte et per intentiones diuersas*, con lo que Cayetano se referiría a las distintas intenciones que pueden concurrir en los contratantes al formalizar los pactos, y no a la formalización sucesiva de éstos, los cuales —concluye Valencia— pueden hacerse al mismo tiempo que el de sociedad³⁹.

Juan Azor, que niega la licitud del contrato trino, separa algunas variantes del mismo. Se fija en el caso en que una viuda o el representante legal de un incapaz entrega dinero a un mercader para que éste se lo devuelva en todo caso, juntamente con una porción de las ganancias obtenidas por el mercader, quedando a la discreción de éste fijar aquella porción. Califica a dicha contratación de usuraria, *quia eo ipso vidua vult, ut lucrum commune si, et damnum mercatori*⁴⁰. Se refiere también a una forma de contrato trino que presenta la variante de que no establece compensaciones por los aseguramientos del capital recibido ni del lucro, tachándola de inicua y usuraria, por ir contra la igualdad de los socios y la naturaleza de la compañía. Considera lícita la sociedad de capital trabajo en la que el que recibe el dinero no se lo asegura al que lo entrega, pero le garantiza un lucro, es decir admite la licitud del contrato trino en el que se celebran con la misma persona el primero y el tercero de sus pactos, al igual que otros autores examinados⁴¹, y coincide asimismo con Luis de Caspe, que en tal supuesto estima lícito el pacto de venta del lucro mayor incierto *pro certo pretio minore*⁴².

La postura de Leonardo Lesio, favorable a la licitud del contrato trino, tiene especial relevancia por la difusión de que fue objeto. Comienza este autor refiriéndose a la opinión de Cayetano, que considera ilícitos los pactos cuando no media precio, cuando se le imponen forzosamente al socio y cuando se celebran simultáneamente. Luego critica la opinión de Domingo de Soto, contraria a estos pactos, y, siguiendo a Juan Mayor, Silvestre, Covarrubias, el doctor Navarro y otros defensores, insiste en la validez de los tres pactos celebrados *inter socios*, para lo cual invoca el conocido argumento de que lo que puede hacer válidamente un tercero no se le puede vedar a un socio, pues la justicia *consistit in aequalitate rei ad rem, non in habitudine ad personam, seu subiectum*⁴³. Según Lesio, no hay mutuo en el contrato trino, pues el mercader ha de invertir el capital que recibe precisamente en la negociación, como señalan otros autores; además, si al mercader se le embargaran sus bienes por deudas a tercero y entre esos bienes se incluyera el capital del otro socio, éste podría recuperarlo, ya que no perdió su dominio; e incluso si el dinero aportado como capital fuera sustraído, el que lo puso podría reivindicarlo por medio de una *actio in rem*, lo que

39. Ibid., t. 3, col. 1201-d hasta 1208-e.

40. J. Azor, *Institutionum moralium*, 3 (Lugduni, 1613), col. 603.

41. Ibid., 608.

42. L. de Caspe, *Cursus*, 300.

43. L. Lesio, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (1608), 310-11.

no ocurre en el mutuo⁴⁴. Defiende también Lesio la licitud de los pactos celebrados simultáneamente, pues el tiempo y forma de celebrarlos no altera *iustitia pactorum*, siempre que *servetur aequalitas*, e insiste en que no se obliga al que aporta el trabajo, por medio del contrato de sociedad, a algo que va más allá de la naturaleza de éste, pues el capital no se asegura por el pacto de compañía, sino por otro en el que las partes convienen libremente. Como otros autores, resalta que los mercaderes prefieren a menudo esta forma de contratar⁴⁵. Finalmente, para Lesio, al igual que para Juan Mayor o el doctor Navarro, no es necesario que el contrato trino se formalice expresando todos sus pactos, pues basta la intención de los socios de celebrarlo, empleando para ello las sintéticas fórmulas usuales en muchas partes. Cita la siguiente: *Confero 100 ad societatem, ut quotannis soluas 5 ó 6 salua sorte*⁴⁶.

Alfonso de Narbona también figura entre los defensores del contrato trino, del que trata en sus glosas a la siguiente Pragmática de Felipe III de 1609.

«No se pueda dar dinero para traer a cambios, para que trate con ellos, no estando en los contratos, y negociaciones los que lo dieren, ni se lleue interes del dinero que se depositare, o se diese a mercaderes.— Ninguna persona de *cualquier* calidad, y condicion que sea pueda dar, ni dé dinero a mercaderes, o personas de negocios, para que los traygan a cambios, o para que con ellos traten, o contraten, *si no es a perdida y a ganancia, y en los casos permitidos por derecho*. Y otro si, que ninguna persona pueda llevar, interesse alguno del dinero que pusiere en deposito en Depositarios, o mercaderes, o hombres de negocios, o que de otra qualquier manera los prestase, aunque sea con color de damno emergente, o lucro cessante, o de otro qualquier color, o causa, que no sea en los casos permitidos por derecho, so pena que el que contrario hiziere cayga, e incurra, el que lo diere en pena de perdimiento del dinero que assi diere, aplicado por tercias partes, Camara, juez, y denunciador, y el que lo recibiere, incurra en pena de otro tanto, aplicado de la misma manera, y que sea en si ninguno, y de ningun valor, y efeto, qualquier contrato, o concierto, que contra lo susodicho se hiziere, para que de aquí adelante no valga, ni se vse del, so las dichas penas.»

En la glosa primera («si no es a perdida, y a ganancia»), Alfonso de Narbona se ocupa de la segunda condición de licitud de la compañía, y tacha de usurarios los pactos que invaliden el principio de que el riesgo del capital

44. Ibid., fol. 311, n. 25.

45. Ibid., fol. 311, n. 26-7.

46. Ibid., fol. 312, n. 31.

ha de asumirlo el que lo aporta, pues de lo contrario se transmitiría por mutuo el dominio del capital y el mutuo sería además usurario al tener que pagarse una cantidad como ganancia fija. En tal sentido cita a Felicio y otros autores concordantes. Luego, en la glosa segunda («En los casos permitidos por derecho»), razona la licitud del contrato trino. Comienza diciendo que en las palabras que glosa late la intención del legislador de reconocer excepciones a la segunda condición de licitud, y una excepción es precisamente la que entraña el contrato trino. Recuerda que la polémica sobre éste se plantea cuando los pactos se hacen entre los socios, y resume las tres posturas sobre el particular, que ya conocemos: la favorable, pero condicionada a que al contrato de sociedad se añadan los otros pactos *per alium contractum, vel scripturam*; la contraria, cualesquiera que sean el tiempo y forma en que los pactos se concierten; y la plenamente favorable, que, según Narbona, sostiene la mayoría de los teólogos y juristas, él entre ellos⁴⁷. A continuación expone los argumentos favorables al *contractus triplex* en forma parecida a otros autores. El primero que esgrime es el de la interpretación de *cap. Per Vestras*. Para el segundo, Narbona acude al derecho justinianeo, recordando que *coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit*, pues un pacto así puede justificarse si se le da una mayor participación en las ganancias al socio que asume el riesgo, para lo cual vuelve al mismo derecho justinianeo: *Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligitur lucro esse*. Para el tercer argumento se apoya en la licitud de la venta de esperanza del tercer pacto, siempre que el precio sea justo. Finalmente, al igual que otros autores, afirma que no hay razón para que un socio no pueda asegurar el capital al otro, si es indiscutible que lo puede hacer un tercero⁴⁸.

Sentado lo precedente, Narbona pasa a refutar la opinión de los que sostienen que hay usura en el aseguramiento del capital por un socio, en base a una interpretación de las palabras de Gregorio IX en el *cap. Naveganti*:

Naveganti, vel eunti ad nundinas certam mutuam pecuniae quantitatem, eo quod suscepit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem usurarius est censendus.

Tras advertir que el texto anterior se había divulgado con un error tipográfico y que esa ha sido en gran parte la razón de que diera pie a interpretaciones contradictorias, considera que está claro que en el referido capítulo no se condena el contrato trino cuando éste se hace justipreciando los pactos y sin que un socio reciba en mutuo el capital que el otro apor-

47. Alfonso de Narbona, *Commentaria in tertiam partem noue Recopilationis legum Hispaniae* (Toledo, 1624), Glosa 2.ª, n. 1-7.

48. *Ibid.*, n. 8-15.

ta.⁴⁹ Frente a Domingo de Soto y sus seguidores, sostiene que porque el socio asegure el capital no lo recibe en mutuo ni se convierte en su dueño, como tampoco hay transferencia de dominio si lo asegura un tercero o si se entrega en comodato, depósito o arrendamiento con el pacto de que el recipiendario en estos casos asuma el riesgo⁵⁰. Frente a los que sostienen que la usura no puede darse en las anteriores fórmulas contractuales, sino sólo en el mutuo, afirma que tampoco puede darse en el pacto primero ni en el segundo del contrato trino, siempre que compañía y aseguramiento no supongan un mutuo, y añade que si no hay razón para estimar que el aseguramiento de lo entregado en comodato o depósito transforme a estos contratos en un mutuo, tampoco la hay para deducir que el segundo pacto del contrato trino convierta al primero en un mutuo usuario⁵¹. No valora el argumento según el cual lo que se da en mutuo, por ser consumible, no se da para su uso, pues, según Ulpiano, al que se remite, las monedas que se entregan en depósito, aunque se reciban para el *abusum* y no para el *usum*, no por ello convierten al depósito en mutuo⁵².

Perfeccionado el contrato de compañía —sigue diciendo Narbona—, la adición de otro contrato informa al de sociedad, pero no lo destruye ni lo desvirtúa⁵³. Por otra parte, el aseguramiento del capital no convierte al socio asegurador en dueño omnímmodo de aquél, ya que no le faculta para emplear el dinero fuera de la compañía, y si tal hiciera habría de responder ante el otro socio⁵⁴. Para Narbona no hay injusticia en el segundo pacto del contrato trino; también en la compraventa se puede pactar que el comprador asuma el riesgo de la cosa vendida antes de que ésta llegue a sus manos⁵⁵.

Estima Narbona que la *Detestabilis* de Sixto V, como sostiene Lesio, no condena en realidad el contrato trino, sino las sociedades usurarias y prohibidas. No obstante, subraya la necesidad de que el contrato trino se haga con ánimo recto y sin intención de usura, pues si el que entrega el dinero como mutuante o el que lo recibe no lo invierte en la negociación de la compañía, se incurre en usura y hay obligación de restituir⁵⁶. Termina afirmando, con Juan Mayor, el doctor Navarro y Leonardo Lesio, que el contrato trino se presume celebrado y no precisa de forma expresa que explicité los tres pactos, siempre que los contratantes tengan la intención y la voluntad de celebrarlo⁵⁷.

Enrique de Villalobos —sucintamente y de pasada en su *Manual de*

49. *Ibid.*, n. 16-26.

50. *Ibid.*, n. 27-30.

51. *Ibid.*, n. 31.

52. *Ibid.*, n. 32-33.

53. *Ibid.*, n. 34-35.

54. *Ibid.*, n. 36-40.

55. *Ibid.*, n. 41-42.

56. *Ibid.*, n. 43-47.

57. *Ibid.*, n. 48-49.

Confesores, y algo más extensamente en su *Suma de Teología moral y canónica*— se pronuncia también a favor del contrato trino, reproduciendo los argumentos más conocidos, especialmente los de Lesio. No obstante, teniendo en cuenta que la celebración de los tres pactos en forma simultánea podría provocar sospecha de usura, considera que «es mejor hazerlos cada uno por sí»⁵⁸, con lo que preconiza, aunque no como requisito *sine qua non*, la conveniencia de añadir los pactos de forma sucesiva, según el pensamiento del Cardenal Cayetano. Y Juan de Lugo, también inspirándose en Leonardo Lesio, pero haciendo alguna observación a su doctrina, defiende asimismo la licitud de los tres pactos. De Lesio recoge algunos ejemplos en los que el contrato trino se muestra con claridad, y en lo único que no está de acuerdo con el citado autor es en que se calcule y valore la esperanza de un lucro para el que pone el capital y no se haga lo mismo con el lucro que también espera por su trabajo el socio que lo aporta. Con esta salvedad a la regla de Lesio confiesa que *non despicet regula illa*⁵⁹.

En la segunda mitad del siglo XVII se recrudecen los ataques doctrinales al contrato trino, aunque no parece que se generalicen. En la mitad de esta centuria surgen en Francia —precisamente donde venía siendo tradicional la repulsa a este contrato por los juristas de la Sorbona— defensores de los tres pactos⁶⁰. Pero es el Padre José Gibalino el que, arrancando en parte de Leonardo Lesio y con una significación y una difusión europea parecida a la de éste, representa quizá la más destacada defensa de la licitud del contrato trino, como lo prueba la expansión de su obra *De usura commerciis, deque aequitate et usu fori Lugdunensi*, que surgió ante la severa condenación del contrato trino por muchos predicadores⁶¹.

Gibalino centra su exposición y defensa del contrato trino en una variante o especialidad de éste: la usual en la ciudad de Lyon. *In nobilissimo Lugdunensi emporio*, dice Gibalino, era frecuente un *triplex contractus*, en cuya virtud una persona entregaba una suma de dinero a un mercader, que lo invertía en su negociación y se comprometía a devolverlo en unión de un

58. E. de Villalobos, *Manual de Confesores* (5.ª ed., Salamanca, 1628), 318-19; *Suma de la Teología moral y canónica*, 2.ª Parte, tratado 26, dificultad 3.

59. J. de Lugo, *Disputationum de iustitia et iure*, t. 2, disputatio 30, sectio 5.

60. Entre ellos, Juan Cabasucio († 1685), Luis Bail, que en 1651 publica su *Triplici examine*, Juan de Launoy († 1678) y el P. Magnan, autor de *Licito pecuniae usu*.

61. Tal condena llevó a José Gibalino a escribir a Teófilo Reynaldo, que gozaba en Roma de varón muy sabio, para que consultara a los doctores más célebres de dicha ciudad sobre la licitud de nuestro contrato. Reynaldo cumplió el encargo, y en junio de 1647 envió al solicitante la consulta despachada en tal sentido por algunos doctores destacados de Roma. La carta de Reynaldo la reproduce Gibalino al cerrar su exposición sobre el contrato triple implícito en el uso y fórmulas mercantiles de la ciudad de Lyon (Vid. J. Gibalino, *De usuris, Commerciis, deque aequitate et usu fori Lugdunensis*, Lugduni, 1657, Parte 2, lib. 6, cap. 6, consecarium 3, n. 11). Entre los doctores consultados figuran el carmelita Juan Bautista Lesana, el clérigo regular Antonio Fiana y algunos jesuitas; ningún dominico.

tanto por ciento sobre su cuantía. El lucro que había de percibir el que entregaba el dinero se tasaba según el valor de la moneda de curso legal en el momento del pago, a lo que se llamaba entregar el dinero *ad plateae cursum* o *plateae cursus*, y ese tanto por ciento de lo entregado, considerado como parte de la ganancia obtenida por el mercader en su negociación, se podía entregar al vencimiento de unos términos prefijados, o bien demorarse en virtud de otros acuerdos también usuales. Por lo general, el dinero se entregaba por un año, y los términos de pago de los beneficios eran cuatro, que se hacían coincidir con las ferias locales. Transcurrido un término, el dador del dinero podía recuperarlo con el beneficio correspondiente, o bien recabar sólo éste y dejar el principal, que seguía invertido en la negociación. También podía dejar de percibir el lucro de cada término, con lo que esas ganancias se unían al capital inicial, recuperando al final todo lo entregado como capital, es decir, el inicial más los lucros que al capital se unían, y los beneficios de todo ello. En este último caso, al cumplirse cada vencimiento se formulaba la correspondiente escritura, que podía ser privada, ya que no era necesaria la intervención de notario ni otro oficial público.

Gibalino recoge las siguientes fórmulas utilizadas para esta modalidad de contrato trino:

Pro summa trium millium ducentarum librarum, quam promitto soluere Sempronio proximo solutionum termino, pro valore a me accepto, ad meam satisfactionem.

*Promitto, me soluturum intra annum, a die presenti, mille sexaginta libras Sempronio, pro valore aequali a me recepto*⁶².

Antes de entrar en la polémica sobre la licitud de la costumbre de Lyon, Gibalino resume la controversia doctrinal del contrato trino. Destaca la unanimidad de los autores en reconocer que por medio de los tres pactos no se concierta en verdad una *nudam, et simplicem societatem* y en que no se puede obligar al socio a celebrar los pactos segundo y tercero del contrato trino; y subraya que el problema estriba en si, establecidas las justas compensaciones entre los socios, pueden convenirse los tres pactos con el mismo mercader, celebrándose simultáneamente y de forma implícita, es decir, en un solo acto y sin necesidad de expresar la singularidad de cada pacto. Recoge luego las supuestas condenas canónicas de los tres convenios, deteniéndose en el Concilio de Nicea, que prohibió a los clérigos la práctica de la usura, y en la *Bula Detestabilis*, así como los argumentos de la doctrina contra el triple contrato: la desvirtuación de la naturaleza de la compañía por el segundo pacto, el mutuo usurario que entraña el tercero y la vehemente sos-

62. *De usuris*, Parte 2, lib. 6, cap. 1, n. 1-5.

pecha de usura que se deduce del empleo de las fórmulas usuales del contrato trino ⁶³.

Entra luego Gibalino en la polémica del *usus Fori Lugdunensis* en particular, exponiendo ante todo las impugnaciones que le han hecho los autores. Resalta las observaciones de algunos, para los que quien entrega su dinero de ese modo no quiere en realidad celebrar los tres contratos, y mucho menos explícitamente, sino tan sólo obtener un lucro por su dinero; o la de los que afirman que en esas fórmulas del contrato trino a lo único que se alude es a la obligación que contrae un mercader de pagar una suma por un valor igual recibido, que es la fórmula típica del mutuo. De otro lado, en la suma que se compromete a pagar incluye la cantidad que ha recibido con el importe de un lucro que no se ha obtenido aún. Desde otro punto de vista, cuando el que pone el dinero no retira éste ni los beneficios al cumplimiento de cada término, sino que los deja, pactando que incrementen el capital, se vienen a pagar usuras de usuras, con lo que se incurre en anatocismo. En todo caso —dicen también los objetantes a las fórmulas de Lyon—, la mayor parte del dinero se le entrega al mercader en mutuo, y, sin embargo, se le exige una parte del lucro, lo que obliga a restituir, ya que no aparece ningún título que legitime ese lucro. Por último, también se dice que en las fórmulas genéricas que recoge Gibalino como usuales y típicas no se tienen en cuenta las diversas clases de negocios y mercaderes, y se pactan siempre las mismas condiciones en los tres contratos, cuando debían variar el precio y la participación en las ganancias, según las circunstancias que determinan el grado de riesgo y la esperanza de lucro ⁶⁴.

Gibalino, apoyándose en el testimonio de autoridades (Juan Andrés, el Hostiense, Pedro de Perusia, Silvestre, Cayetano, Gabriel Biel, Juan Mayor, John Eck, el doctor Navarro, Covarrubias, Medina, Lesio, Luis de Molina, Salón, Juan de Lugo y muchos otros), en el Derecho canónico (el famoso capítulo *Per Vestras* de Inocencio III) y *aliis rationibus* ⁶⁵, reafirma y razona la licitud del contrato trino en el *usus Lugdunensis* ⁶⁶. Luego responde a las condenas del contrato trino. En lo que se refiere al Concilio de Nicea observa que en él únicamente se condena el préstamo usurario, pero no la sociedad *ad lucrandum* celebrada con un mercader ⁶⁷. Y en cuanto a la Bula *Detestabilis* advierte que, como dice Lesio, en ella se prohíbe que el socio sea constreñido a asegurar el capital en virtud del contrato de sociedad, pero no que lo asegure voluntariamente por otro pacto; que la condena de la Bula se basa en una presunción de usura, y aunque la usura pueda darse en estos contratos, no se dará cuando se hagan con ánimo recto y del modo debido; y que la usura no es ilícita por Derecho natural, sino por derecho positivo,

63. *De usuris*, Parte y lib. cit., cap. 1, n. 6-10.

64. *Ibid.*, cap. 2, art. 1-4.

65. *Ibid.*, cap. 3, art. 1-5, y cap. 4.

66. *Ibid.*, cap. 5.

67. *Ibid.*, cap. 5, art. 3, n. 2.

y aunque estos contratos los prohibiera la Bula, la prohibición sólo tendría valor donde la Bula se reciba y aplique, siendo un hecho conocido y evidente, según Gibalino y también Lesio, que no tiene vigencia en Bélgica, ni en Francia ni en muchos lugares de Italia⁶⁸.

Rechaza luego Gibalino otros argumentos de la doctrina contra la licitud del contrato trino. Así, frente a los que dicen que en los dos primeros pactos se establecen cosas contrarias —asunción del riesgo del capital por el que lo pone y restitución del capital por el que lo recibe—, responde con el mismo argumento de Alfonso de Narbona y otros, que arguyen que el segundo pacto no desvirtúa el primero, por la misma razón que no se altera la sustancia del comodato, arrendamiento o depósito porque el que recibe la cosa la asegure a su dueño⁶⁹. Insiste en que no hay transmisión del dominio, sacando a relucir los argumentos conocidos, y, frente a los que sostienen que no puede concederse el uso del dinero sin conceder el dinero mismo, dada su naturaleza consumible, hace ver que otro tanto podría decirse contra el censo o contra la compraventa con pacto de retroventa, pues el censo puede redimirse y el comprador puede recabar su dinero cuando quiera o en el día acordado⁷⁰.

Sostiene Gibalino que los tres contratos pueden hacerse al mismo tiempo, contra la opinión de Cayetano, y de forma implícita, empleando fórmulas como la siguiente: *Confero Caio negotiatori mille ad negotiationem, ut quotannis mihi soluat quinque, salva sorte*. Afirma que la utilización de una fórmula como ésta revela la voluntad de celebrar el contrato del modo usual y considerado como lícito por varones probos, aunque los contratantes no piensen en cada pacto; basta que deseen un justo título, porque quien lo desea lo busca, y es irrelevante que no piense en ninguno en particular o incluso que ignore el justo título del contrato que celebra. Basta, pues, que los tres pactos se impliquen, y no hay mutuo en buscar una ganancia mediante una negociación que se pacta como *viri probi faciunt communiter*⁷¹.

A continuación, Gibalino explica las ventajas y la licitud del *usus fori Lugdunensis*, estimando temeraria su condena⁷², y se detiene en algunas específicas argumentaciones contra el mismo. A los que afirman que el que entrega su dinero a un mercader de acuerdo con esa costumbre no desea celebrar los tres contratos de forma explícita ni implícita, responde que los tres pactos se consideran celebrados implícitamente y queridos por las partes desde el momento en que se formalizan acudiendo a esas fórmulas consuetudinarias y a la intervención de corredores públicos, como ocurre con el uso de Lyon, en virtud del cual los ciudadanos entregan su dinero a un mercader *ad lucrum*,

68. Ibid., cap. 5, art. 3, n. 5.

69. Ibid., cap. 5, art. 4, n. 1.

70. Ibid., cap. 5, art. 4, n. 2-5.

71. Ibid., cap. 6, consecarium 1-2.

72. Ibid., cap. 6, consecarium 3, n. 1-2.

et negotiationem, del mejor modo que conocen, excluyendo todo título injusto y sin querer pecar en conciencia, y, además, sin incurrir en mutuo, pues el mercader ni es ni actúa como cambista⁷³. A los que tachan de usurarias las escrituras en que estos contratos se contienen, porque no explicitan los tres pactos y sólo reflejan un mutuo con sospecha de usura, contesta que fórmulas tan genéricas como la de *pro simile valore recepto* no deben restringirse al mutuo, ya que pueden abarcar otros contratos, concretamente a los tres del contrato trino lionés⁷⁴. Ante los que tachan de falsas esas escrituras porque el lucro convenido y no retirado se confunde con el capital, Gibalino hace ver que en dichas escrituras se contienen dos cosas: la promesa de pagar una suma cierta y la confesión de haber recibido igual valor. La primera no contiene ninguna falsedad. En cuanto a la confesión, habría que estimar falsedad en ella cuando la suma que se declara recibida no se haya recibido totalmente, ya que en tal caso mentiría el mercader. Pero, según Gibalino, hay que tener en cuenta que esta cláusula puede plasmarse en dos fórmulas: en la primera, *pro valore a me accepto ad meam satisfactionem*, no aparece falsedad, pues no se dice cuál es el valor de lo recibido; en la segunda, *pro valori aequali a me recepto*, podría resultar una falsedad, pues se recibe una cantidad y se promete pagar otra; pero hay que tener en cuenta que, en este caso, *aequalis valor* no significa igualdad aritmética, sino valor equivalente a la obligación contraída por la otra parte. Gibalino insiste en que no se dice igual suma o cantidad, sino igual valor, y no hay que olvidar, como señalan el doctor Navarro o Lesio, entre otros, que el dinero expuesto a la negociación vale más que el ocioso. Por otra parte, dice este autor, no es cierto, como pretenden algunos, que se produzca una confusión entre capital y usuras, ya que el lucro pactado se debe lícitamente, lo mismo que el capital; y tampoco se incurre en anatocismo, puesto que el lucro devengado es ya capital, que se une al otro capital principal como el grano al grano y las gotas de lluvia al río⁷⁵.

Concluye Gibalino con otros argumentos y refutaciones y con la remisión a la autoridad de Teófilo Reynaldo y los doctores romanos consultados por éste a instancias de Gibalino, que ratificaron en su día la licitud del contrato trino. Al final reproduce la carta de Reynaldo⁷⁶.

Para cerrar estas muestras doctrinales respecto al contrato trino en los siglos XVI y XVII nos referiremos a Bartolomé de Espejo, obispo de Málaga, quien en 1698 publica en dicha ciudad su *Tractatus de usura*, con especial estudio de la usura *personata in contractu trino*. La erudición jurídica del autor⁷⁷, unida al estudio específico y amplio que dedica a nuestro contrato

73. Ibid., cap. 6, consecarium 3, n. 3-4.

74. Ibid., cap. 6, consecarium 3, n. 5.

75. Ibid., cap. 6, consecarium 3, n. 6-7.

76. Ibid., cap. 6, consecarium 3, n. 8-10.

77. Había desempeñado, entre otros cargos, los de Inquisidor Apostólico en el Principado de Cataluña y en el reino de Aragón, Prefecto Pretorio del Consejo Real del

y a la fecha en que la obra ve la luz, permiten considerar su trabajo como un resumen de la doctrina sobre el triple pacto en los siglos XVI y XVII, con algunos reflejos del tráfico mercantil de la época de Espejo, particularmente en el territorio malagueño. Por todo ello, merece la pena examinar su exposición con cierto detenimiento.

El estudio que hace Espejo del contrato trino en su mencionado tratado, desarrollado a lo largo de los capítulos 2, 5 y 6, comprende cinco aspectos. El primero consiste en la reprobación de los pactos del contrato trino (cap. 2, φ 2, n. 1-8, y φ 3, n. 1-23). El segundo es una refutación de los argumentos doctrinales favorables a dicho contrato (cap. 2, φ 4, n. 2-40). El tercero constituye un resumen de lo que puede argüirse contra los argumentos de Gibalino y otros que tratan de refutar la doctrina contraria a los tres pactos (cap. 2, φ 5, n. 1-44). El cuarto aspecto significa un planteamiento acerca de la posibilidad de presunción del contrato trino a través de algunas fórmulas mercantiles (cap. 5, n. 1-34, φ 1, n. 1-2, y φ 3). Finalmente, el último aspecto es el examen de la cuestión de si los Prelados eclesiásticos pueden prohibir la práctica del contrato trino (cap. 6, n. 1-11).

La obra de Espejo se caracteriza por su radical condena del contrato trino, precisamente en una época más bien aperturista, y por la prolijidad de opiniones que saca a relucir para justificarla. En su exposición sigue en gran parte la obra comentada del P. Gibalino y trata de refutar a éste y a la doctrina en que se apoya.

En relación con el primero de los aspectos reseñados, comienza Espejo por afirmar el carácter injusto y leonino de esos pactos añadidos al de sociedad, para lo cual se basa en las enseñanzas de Baldo de Ubaldis. A continuación niega la licitud del contrato trino propiamente dicho, invocando autores como Accursio, el Cardenal De Luca y Felicio, así como la Bula *Detestabilis*. Considera, además, que el contrato trino es usurario, ya que sus pactos ocasionan una desigualdad entre los socios y convierten al contrato de sociedad en un mutuo. Para llegar a esta conocida conclusión se remite a Baldo, Domingo de Soto, Domingo de Báñez, Juan Azor, Felicio y otros autores. Espejo considera que en los tres pactos no se dan los requisitos necesarios para que el contrato de compañía se transforme en otra forma contractual más o menos asemejada. Así, no es un comodato, puesto que éste es gratuito y obliga a una restitución, no *in genere*, sino *in specie*; tampoco es una donación, ya que se ha de restituir el capital; no puede considerarse arrendamiento, porque en la *locatio, debet idem reddi in specie*; no se trata de un precario, *quia licet precarium etiam detur in rebus mobilibus et ad usum indeterminatum, tamen in eo non transfertur dominium, neque periculum in accipientem, et quandocumque potest revocari*; no estamos ante una permuta, que exige que se dé especie por especie; no puede considerarse

reino de Navarra, Conciliario del Supremo Senado de Castilla y Presidente del Consejo Real del Patrimonio.

que es una venta, en la que la cosa vendida se transfiere por un precio cierto y determinado; y, finalmente, no nos hallamos ante un contrato innominado, puesto que en él no se da dinero para devolverlo *in genere*. En consecuencia, estima que los pactos del contrato trino convierten a la sociedad en mutuo usurario, y, en tal sentido, conecta con la opinión de los autores que cita y alude a la Pragmática de Felipe III que glosa Alfonso de Narbona, la cual, según Espejo, se dio en aplicación de la famosa Bula de Sixto V.

El segundo aspecto lo inicia con el análisis del texto *Per Vestras* de Inocencio III, tan invocado para justificar el aseguramiento del capital o segundo pacto del contrato trino. Espejo señala que de dicho texto no puede deducirse que el dinero de la dote haya de producir un lucro uniforme en manos de un mercader, y mucho menos que éste tenga que devolver su importe si desaparece por caso fortuito. Para ello se apoya en Juan Andrés y otros autores que opinan que es una falacia pretender que el Papa quiso autorizar el aseguramiento del capital y la percepción de una ganancia cierta y uniforme.

Respecto al argumento según el cual los tres pactos son lícitos celebrados entre los socios porque lo son si se suscriben con distinta persona, Espejo opone el argumento de tantos autores —Felicio entre ellos—, que citan ejemplos de contratos que son lícitos por separado, pero que, al añadirse a otras convenciones, pueden volver injusta la contratación.

Hay autores que afirman que no hay mutuo en el aseguramiento del capital —Espejo cita varios, principalmente Gibalino— porque el mutuo se contrae con la tradición de la cosa, y ésta —el capital, en el caso de la compañía— ya se ha entregado en sociedad, añadiéndose luego el contrato de seguro de ese capital ya entregado, con lo que, además de no haber mutuo, tampoco hay usura, ya que ésta nace de aquél. A esta opinión se opone Espejo partiendo de Ulpiano, para quien *pecunia tradita ex causa societatis transeat in causa mutui, etiamsi de praesenti tradatur*. Y ello porque el dinero ha de ser utilizado, es decir, *pecuniam depositam converti in causam mutui, sola conventione partium de utendo nummis*. Al asumir un socio, pues, el riesgo del dinero aportado por el otro, por ese mismo pacto de aseguramiento se ha cambiado la *causa traditionis* y ha aparecido un contrato de mutuo.

Contra los que defienden en particular el tercero de los pactos, o sea, la venta de un lucro mayor incierto por otro menor cierto, Espejo advierte que son cosas distintas la *spes rei futurae*, que puede ser objeto de una *emptio spei*, y el *pretium ipsius venditionis*, puesto que la sustancia de la venta consiste en un precio determinado, cierto y convenido *in pecunia numerata*. La ilicitud del tercer pacto convierte a la sociedad en leonina, pues, como señalan otros autores, uno de los socios tiene asegurado capital y lucro, mientras que el otro está *incertus de utroque*. Insiste Espejo en la contradicción de los tres pactos y cita a Felicio, quien, al destacar la manifiesta desigualdad entre los socios, señala que, mientras uno de ellos tiene seguro el capital, el otro, no sólo no asume el riesgo de ese capital, sino que ni siquiera le asegura al consocio una compensación por su trabajo.

A continuación Espejo se opone a Gibalino y a los que pretenden que la igualdad de las partes persiste después de haberse convenido la cesión de una porción cierta del lucro esperado. Para ello se basa en la regulación del censo real por la Bula *De creandis censibus* de Pío V, según la cual el censo ha de establecerse sobre un objeto que sea inmueble o que se tenga como tal, que sea fructífero por su naturaleza y que se determine en sus límites ciertos. En consecuencia, son nulas las convenciones que directa o indirectamente obliguen al censatario a asumir el riesgo de la cosa por caso fortuito. Destruído el objeto del censo, se extingue éste, aunque se hubiera convenido que *venditor census teneatur de casu fortuito*. Y a pesar de que se diga que, del mismo modo que existe el derecho a exigir una pensión respecto al fondo, existe el de reclamar un lucro por el dinero aportado a la sociedad, hay que tener presente que, así como cuando se destruye el fundo por caso fortuito desaparece el derecho a exigir la pensión, perdido el capital puesto en compañía, también por caso fortuito, desaparece asimismo el derecho a exigir un lucro, aunque el socio que recibe el dinero haya asumido el riesgo de los casos fortuitos. Por otro lado, en el censo, el derecho a exigir una pensión se basa en un fundo que por su naturaleza es fructífero, mientras que el dinero puesto en sociedad es estéril *ex se*, aunque *accidentaliter*, como dicen los autores, principalmente Santo Tomás y el Cardenal Cayetano, se considere fecundo. Si, pericido el fundo, se extingue el derecho constituido sobre él, del mismo modo, perdido el capital por caso fortuito, desaparece el derecho de reclamar la ganancia, y el pacto de aseguramiento del capital por un socio es nulo —como es en el censo asumir el riesgo del caso fortuito—, va contra la naturaleza del contrato de compañía y resulta injusto, o, en otro caso, convierte a la contratación en un mutuo. En consecuencia —afirma Espejo—, el contrato trino *non potest ad aequalitatem iustitiae commutativae reduci*.

Sigue Espejo con la comparación del censo, y afirma que si el objeto de éste, por alguna circunstancia, se vuelve estéril en todo o en parte, el censo también se extingue en todo o en parte, y si se convierte en estéril por algunos años no se puede reclamar pensión, ya que no sólo es necesario que la cosa sea fructífera de por sí, sino que produzca frutos cuando por su naturaleza debe producirlos. Igualmente, si el dinero aportado a la sociedad resulta infructuoso por algún evento —por ejemplo, porque el socio que aporta su trabajo quede impedido para negociar durante algún tiempo, o porque, aún negociando, no obtenga beneficios—, no tiene derecho el otro socio a exigir ganancias por el dinero que puso. Resulta, pues, que es injusto el contrato trino, ya que va contra la justicia conmutativa, más aún en la compañía mercantil, que, como toda sociedad, es un contrato de hermandad que requiere la igualdad entre los socios. Y no puede pensarse —sigue diciendo Espejo— que, si subsiste el capital y se producen beneficios, los tres contratos sean lícitos, puesto que siempre se da una *incompatibilitas formarum*, ya que el pacto de aseguramiento convierte a la sociedad en mutuo y por éste no puede exigirse nada cierto. El dinero, que en el contrato de sociedad es

fructífero, vuelve a su primitivo estado de esterilidad, en virtud de los pactos que se añaden al de compañía, y de ese dinero estéril no puede esperarse *nullum emolumentum*. Todavía añade Espejo otros argumentos basándose en la prohibición del censo personal por la referida Bula.

Seguidamente, Espejo se detiene en refutar la opinión de algunos autores, principalmente Gibalino, que sostienen que los dos contratos pueden añadirse al mismo tiempo al de sociedad si el socio asegurador así lo quiere. Contra ello, Espejo comienza invocando una vez más la autoridad de Baldo, según el cual los pactos que se ponen contra la sustancia de un contrato lo destruyen o lo transforman en otro diferente; y, aunque reconoce que a un contrato se le pueden añadir otros pactos, no por virtud de la ley, sino de la voluntad de las partes, es necesario que estos pactos sean accidentales y no vayan contra la naturaleza del contrato al que se adicionan. Por eso puede ser lícito en la compraventa el pacto de retroventa —como dice Gibalino— o el de que el comprador responda de la cosa antes de su entrega. Gibalino y otros autores piensan que los dos pactos, que se unen como accidentales al de sociedad, son lícitos si se compensan debidamente. Espejo considera que tales pactos pueden ponerse en virtud del propio contrato de compañía o añadirse a éste, pero que de ambas maneras son ilícitos: en el primer caso, porque *ex sua natura contractus societatis non comprehendit assegregationem praedictam capitalis, et lucri*; en el segundo, porque Sixto V destaca la incompatibilidad e injusticia de los tres contratos, *sive simultanee, sive interuallo ineantur*.

El tercer aspecto del análisis del contrato trino por Espejo es la refutación de las razones que dan Gibalino y otros contra los que condenan los tres pactos. Las observaciones que con tal motivo hace Gibalino a la *Detestabilis*, y que ya hemos visto, obligan a Espejo a plantearse sobre la misma las siguientes cuestiones:

1.^a Si la constitución de Sixto V se basa en una presunción de usura, que suele intervenir en estos tres contratos, o en un vicio de usura que verdaderamente subyace en los mismos.

2.^a Si, considerando que la Bula se base en una presunción y peligro de usura, obliga en conciencia, aunque los contratos se celebren con ánimo sincero, en la forma debida y sin ningún vicio de usura.

3.^a Si es necesaria la recepción por los pueblos de la constitución pontificia para que ésta obligue y haya de aplicarse.

4.^a Si la constitución puede ser derogada por el no uso y si de hecho lo ha sido.

5.^a Si los tres contratos son prohibidos y reprobados por Derecho canónico y, asimismo, si la Bula de Sixto V es declarativa de derecho común y divino o inductiva de nuevo derecho (*declarativa, vel novi iuris inductiva*).

Respecto a la primera cuestión, Espejo afirma que la prohibición pontificia no se basa en una presunción de usura, sino en que los tres contratos son de hecho usurarios, como deduce de las propias palabras condenatorias

de la Bula⁷⁸. Resalta el obispo de Málaga que el *censemus* que emplea el legislador para calificar de usurario el contrato trino no significa presunción, sino verdadera afirmación de usura, como señalan muchos intérpretes de la constitución.

Sobre la segunda cuestión, Espejo afirma que el precepto papal obliga en conciencia, aunque los contratos se hagan con ánimo sincero y sin intención de usura, basándose en la doctrina de Francisco Suárez, quien, en su obra *De legibus* (lib. 3, cap. 23, n. 6) afirma que las leyes dictadas en razón de un peligro moral obligan en conciencia y surten efectos, aunque en algún caso particular no exista el peligro que podría temerse, y también en Santo Tomás, para el que las leyes humanas atienden a lo que acaece con más frecuencia y obligan en todo caso. En consecuencia, *deficiente fine legis in particulari, non cessat obligatio legis*. En relación con este punto, Espejo recoge de otros autores la distinción entre *lex fundata in praesumptione deffinitiuua, seu facti*, la cual, *deficiente varitate facti*, no obliga, puesto que *tollitur omnino fundamentum legis*, y *lex fundata in praesumptione periculi*, en la que el fundamento de la ley no desaparece por entero, ya que siempre se puede decir que el acto es peligroso, aunque no se produzca su efecto. En el caso de la prohibición del contrato trino por la constitución papal, Espejo afirma que se trata de una *praesumptio fundata in facto, quod putat esse possibile; non in facto quod putat esse verum*. Por ello, la prohibición es válida, aun cuando los tres contratos se hagan con ánimo sincero, y obliga en conciencia.

En relación con la tercera cuestión, Espejo estima que la constitución obliga con independencia de su aceptación por los pueblos, basándose en Suárez, según el cual la ley canónica promulgada por el Pontífice o en Concilio General obliga con independencia de su aceptación popular, pues Cristo dio a Pedro y a sus sucesores la suprema potestad, y por eso sus leyes no necesitan del asentimiento de los pueblos. Esta es la razón principal para el obispo de Málaga, que recuerda que el requisito de la aceptación de la ley por parte del pueblo, exigido por muchos autores, sólo se da para las leyes civiles.

Con referencia a la cuarta de las cuestiones, Espejo afirma que, si bien —hablando en términos generales— es cierto que la costumbre tolerada puede derogar a la ley canónica, no consta que la *Detestabilis* haya sido derogada, y del hecho de que no se observe en algunos lugares no se puede inferir que no deba cumplirse, pues, como dicen los autores, *multa per patientiam tolerantur, quae si essent in iudicium deducta, non tolerarentur...* Y es que —afirma Espejo— las prácticas favorables al contrato trino, más que ver-

78. Se refiere, entre otras, a las siguientes frases de la Bula: *Nam multi speciosum, et honestum societatis nomen, suis feneratoritiis contractibus praetexendo... contra aequitatem, et societatis iniustitiam diuersimo de paciscuntur... usurariam prauitate sapiunt* (en relación con los pactos)... *eos universos, et singulos in poenas contra manifestos usurarios, et foeneratores, sacris canonibus, et Conciliis Generalibus latis, et promulgatas, eo ipso incurrere* (con referencia a las penas que impone a los contraventores).

daderas costumbres, son corruptelas, y cita a Santo Tomás, al Cardenal De Luca —que denuncia la práctica del contrato trino en Alemania, España e Italia, donde tampoco se cumplían otras disposiciones de los Papas proscribiendo la usura—, a Jacobo Pignatello, a Juan Azor y a Felicio, para terminar afirmando que la prohibición de la usura por el Derecho natural y divino no puede ser invalidada por corruptelas, y ni siquiera por una costumbre, por antigua que ésta sea.

En cuanto a la quinta cuestión, Espejo afirma que la Bula es declarativa de Derecho común y divino, antes que inductiva de nuevo derecho, ya que, de una parte, así se desprende del hecho de ser los tres contratos ilegítimos, injustos y usurarios, *ex iuris communis dispositione*, y no *ex nova Sixti constitutione*; y, de otro, porque aunque el Pontífice no emplee la palabra *Declaramus*, sino *Damnamus*, que podría revelar la formulación de un derecho nuevo, hay que tener presente que, en materia doctrinal, en la que no puede errar el Papa, *Damnamus* equivale a *Declaramus*. Refuta la opinión de los Salmanticenses, que estimaron que la Bula sólo prohibía los contratos que se celebraran con posterioridad a su promulgación, y para ello recurre nuevamente a Suárez, que enseña que la ley declarativa no sólo atañe a lo futuro, sino también a lo pretérito. Cuando la intención del legislador —añade Espejo— es aludir únicamente a lo futuro, se suelen utilizar unas partículas (*ex nunc, in posterum, de coetero*) que no aparecen en la constitución, la cual, *licet non extendatur ad praeteritum, non ex eo sequitur, non esse iuris antiqui declaratiuam*. Por otra parte, señala Espejo que los tres efectos principales de las leyes —*obligare, poenam imponere* y *actum irritare*— los produce la Bula de Sixto V, pues obliga por ser de Derecho natural, pena por la transgresión y anula el acto. Y señala que su naturaleza declarativa se desprende de las mismas palabras de su *proemio*⁷⁹.

Hubo autores que dijeron que la Bula sólo hablaba del pacto de percepción de un lucro cierto, pero sin referirse al futuro lucro incierto que puede esperarse de una negociación. Se basaban en las propias palabras de la constitución (*eamque summam, et quantitatem...*). Pero Espejo insiste en que Sixto V prohibía los tres pactos tal como se formalizaban y los explicaban los autores que escribieron antes de la Bula, como así lo vieron muchos juristas posteriores; y para probar su interpretación, reproduce y se detiene en analizar otros párrafos de la disposición⁸⁰.

79. En este sentido, alude Espejo a las siguientes palabras del *Proemio*: *Sicuti nuper cum magno dolore audiivimus, hoc malum in quasdam provincias pernasisse... Vt se ipsas in usurarum voraginem, deo, hominibusque odiosam, sacris canonibus damnatam, et christianae charitati contrariam foede immergant.*

80. Quizá la propia Bula daba pie a todas estas interpretaciones, ya que, de una parte, no precisaba que las cláusulas que prohibía —*caput salvum, certam lucri quantitatem in singulos annos aut menses soluendam*— podían figurar en otros contratos, de seguro y de venta, distintos del de compañía, y, de otro, se fijaba sobre todo en el caso en que los socios que recibían el capital eran *pauperes et egenos souque labore et industria vic-*

Tras haberse enfrentado a los argumentos de Gibalino, Lesio y otros autores, Espejo se dedica a analizar la opinión de Alfonso de Narbona, quien como ya vimos, defendía los tres pactos y atacaba los argumentos contrarios a los mismos. En primer lugar, contradice a Narbona cuando éste, al oponerse a Domingo de Soto, afirma que la asunción del riesgo del capital por el socio que lo recibe no significa un mutuo, y que, así como no se transfiere el dominio del capital cuando lo asegura un tercero, tampoco cuando el asegurador es un socio. Espejo responde a esto que no es lo mismo un supuesto que el otro, y que cuando el asegurador es un socio se incurre en mutuo. Del mismo modo rechaza la comparación de Narbona entre el contrato de compañía y otros, como los de depósito o comodato, cuya naturaleza no se desvirtúa porque quien reciba la cosa responda de su riesgo; pues cuando lo que se entrega es *pecunia numerata*, no procede el aseguramiento, ya que es consustancial a la compañía *communicatur pericula, damna, et lucra*. Aunque Narbona considera que la adición del pacto de aseguramiento al de compañía no supone la aparición de un mutuo, sino que por la adición del segundo pacto *potius dicitur informatus primus, quam novus contractus initus*. Espejo advierte que, si bien hay pactos que, al unirse a un contrato, por ser compatibles con éste, producen la misma acción, hay otros —y es el caso del aseguramiento en relación con el contrato de compañía—, que no engendran la misma acción, precisamente por ser incompatibles con el contrato al que se agregan. Estos pactos incompatibles añadidos destruyen el primer acuerdo y lo convierten en otra figura contractual, a la que sí pudiera convenir el pacto añadido. En el caso del contrato trino, pues, el segundo pacto —insiste Espejo, remitiéndose a Felicio— convierte a la sociedad en un mutuo.

El cuarto de los aspectos que Espejo contempla en su obra es la posibilidad de la existencia presunta del contrato trino en determinadas fórmulas mercantiles. Recoge algunas usuales en Málaga y otras que le llegan a través de algunos autores, como Lesio y Gibalino. Del análisis de unas y otras extrae unas conclusiones que opone a las contrarias de estos autores. Espejo reproduce dos fórmulas utilizadas en la redacción de algunos documentos y pagarés de su época y que reflejan el uso mercantil de la ciudad de Málaga. Son exactamente las mismas que hemos examinado al comentar la doctrina de Gibalino y que empiezan con las palabras *pro summa trium millium*, una de ellas, y la otra con las palabras *promitto, me soluturum*. Analiza los argumen-

titantes, por lo que resultaba que la operación parecía menos grave en sí misma que en unas determinadas circunstancias en que podía darse. Además, la prohibición pontificia parecía referirse a compañías claramente leoninas, en las que la garantía del capital y del interés era notoriamente injusta, y no estricta y específicamente al contrato trino. Ello explica la interpretación de Gibalino y de otros autores, que consideraron que la *Detestabilis* sólo condenaba los contratos de sociedad *in se iniusta, illicita et usuraria*, pero no los tres distintos pactos del contrato trino, lo que en algunos casos parece apoyar parcialmente la jurisprudencia de la Rota de fines del siglo XVI y principios del XVII, que prácticamente viene a consagrar la doctrina de Cayetano.

tos de Gibalino favorables a la presunción del contrato trino implícito en tales fórmulas, así como en otras que dicho autor añade para probar la licitud de los tres pactos (concretamente las otras dos más breves que también hemos reproducido). Ante los argumentos de Gibalino, ya examinados, Espejo advierte que hay que distinguir dos supuestos: el del que entrega dinero a un mercader para que, manteniéndolo a salvo, negocie con él y le dé cada año una cierta cantidad, en cuyo caso cabe la posibilidad de que se hayan celebrado implícitamente los tres contratos, como afirman, entre otros, Leonardo Lesio, Juan de Lugo y Luis de Molina; y el caso del que entrega a otro una cantidad, contrayendo el que la recibe la obligación de devolverla con algo más, en cuyo supuesto —que es al que se refiere Gibalino y el que se usaba en Málaga— no está claro que haya que deducir la celebración del *contractus triplex*. Espejo se extiende en una descripción de los elementos que han de concurrir en la formación de cualquier acto⁸¹, y añade que, para que se entienda celebrado un contrato también se requiere que la intención de las partes se refleje por medio de palabras o signos externos, puesto que *cogitatio in mente retenta nil operatur*, y es muy difícil —dice Espejo— estimar celebrado implícitamente el contrato trino en las fórmulas que contempla.

Luego, ante la afirmación de Gibalino de que el contrato trino así celebrado es lícito, aunque los contratantes ignoren el justo título del contrato que celebran, ya que es suficiente que deseen el justo título, Espejo se pregunta de qué manera quieren el contrato si ignoran su título. Tal ignorancia vuelve al acto involuntario y le quita la libertad que se requiere para su formación, según doctrina común entre teólogos, filósofos y juristas. Se pregunta, además, de qué modo puede uno de los contratantes hacer partícipe al otro de un acto que él mismo ignora, cómo se puede asentir a la voluntad ajena cuando se desconoce, etc. En definitiva, que, según Espejo, como sólo se puede estar a lo que las palabras propiamente significan, en unas palabras que únicamente reflejan un mutuo, sólo puede verse un contrato de mutuo.

Para Espejo, en las fórmulas de Gibalino no se manifiesta el asentimiento de las partes a los tres pactos, y siendo el consentimiento requisito *ad substantiam* del contrato trino, hay que estimar que no se ha celebrado. Y afirma que no es cierto que, como Gibalino pretende, los tres convenios se contengan en la fórmula. En este orden, basándose en autores muy diversos —Aristóteles, Santo Tomás o Juan Mayor—, sienta las siguientes afirmaciones: Primero, que la fórmula traída por Gibalino conviene al mutuo y, por tanto, no puede contener las condiciones del contrato trino, por lo que los

81. Son éstos la simple volición, la intención, el consejo, el consenso, la elección, el imperio (por el que el entendimiento impulsa a la voluntad), el uso (por el que la voluntad aplica las potencias ejecutivas a la obra) y la consecución del fin, de la que resulta esa tranquilidad *quae fructio appellatur*, aunque reconoce que este último elemento o condición no es *formatoria proprie actus humani, sed magis finis ipsius actus assecutio*.

pactos de éste no se dan ni explícita ni implícitamente. En segundo lugar, que la referida fórmula, al no ser idónea para que se entienda legítimamente celebrado el contrato trino, no puede contenerlo. En tercer lugar, que como la fórmula indica que la intención de lucrarse no es recta ni legítima, no puede producir un contrato trino legítimo y recto. Por último, basándose en que el acto exterior se dice bueno o malo según la voluntad que lo elige, como dice Santo Tomás, y en que, según proclaman los teólogos, *intentionem boni finis non excusare malitiam pranae electionis*, concluye que tanto en las fórmulas que analiza Gibalino como en la utilizada en Málaga, se revela un acto exterior que hay que calificar de malo o bueno según la voluntad que lo elige, y como la voluntad que elige tal fórmula para celebrar el contrato trino no elige rectamente, hay que deducir que no se entiende celebrado el contrato recta ni legítimamente. Además, como la recta elección viene determinada por la recta intención y la tal fórmula no puede considerarse derivada de una honesta intención de lucro, la fórmula no se elige con rectitud.

Sigue Espejo con otros puntos y utiliza para reforzar sus opiniones argumentos tomados de principios de Filosofía y Teología Moral, pero sobre todo procura apoyarse en los autores y en la normativa pontificia. Así cita el texto de Gregorio IX *in cap. Nauiganti sin de usur.*, que vimos al exponer el pensamiento de Alfonso de Narbona. Según Espejo, si, en la situación descrita y condenada en el texto, se celebró contrato trino, es usurario, como expresamente se dice; si no se celebró, es falso decir que, por haberse entregado dinero a un mercader para lucrarse con un cierto interés convenido, se haya celebrado implícitamente el contrato trino. En consecuencia, si en el texto pontificio no se aprecia la celebración de los tres pactos, mucho menos en las fórmulas que reproduce Gibalino y se usan en Málaga.

Abundando en lo anterior, sigue Espejo utilizando otros textos con el mismo fin, para fijarse en la siguiente fórmula, que recoge de Cayetano: *Petrus consignat 100 florenos apud Paulum Mercatorem, ut ei pro parte capitali saluo, assignet per annum quinque florenos residuo lucri sibi reseruato*. Piensa Espejo que aquí tampoco se entiende implícitamente celebrado el contrato trino, y recurre al siguiente razonamiento de Cayetano. Por su forma, nos hallamos manifiestamente ante un contrato de sociedad. Si en dicho contrato —sigue Espejo reproduciendo el pensamiento de Cayetano— se incluyen otros dos, la inclusión podría ser en virtud de la propia naturaleza del contrato de sociedad o en virtud de condiciones añadidas. Lo primero no puede ser, porque la sociedad es contrato separado de los otros. Por condiciones añadidas, tampoco, ya que la condición *saluo capitali* no significa un contrato de seguro, porque éste ha de hacerse mediante un precio, y Pedro no da ni promete nada en tal sentido, y la condición de que *assignet quinque florenos pro parte lucri, residuo lucri sibi reseruato* no revela una venta de esperanza, ya que un contrato de esa índole es un *contractus commutationis*, y debería hacerse con Pablo como se haría con un tercero, y es evidente que

un tercero no compraría a Pedro el lucro que se espera de 100 sin recibir nada de presente, sino tan sólo la expectativa de obtener una ganancia superior a 5 por los 100, con lo que se obliga, sólo por una esperanza, a darle a Pedro cada año el 5 % del capital. Cayetano —y, con él, Espejo— concluye que la fórmula comentada no revela la celebración de contrato trino ni formal ni virtualmente y que es injusto constituir una sociedad de ese modo. Según Cayetano, para que el contrato trino sea lícito, no sólo se requiere un convenio explícito y sucesivo para cada pacto, sino, como ya vimos, que se garantice expresamente una compensación por el peligro del capital y el aseguramiento del lucro, y como tal garantía no puede presumirse implícitamente, la contratación es injusta y usuraria. Espejo concluye que, siendo esto así en la fórmula comentada por Cayetano, con menos fundamento puede entenderse celebrado el contrato trino en la fórmula de Gibalino o en la de Málaga, que ni implican los tres pactos ni, mucho menos, el establecimiento de un precio compensatorio por el segundo y el tercero.

Llegado a este punto, Espejo recurre otra vez a la Pragmática de Felipe III que antes mencionamos, según la cual nadie puede dar dinero a un mercader para que pueda negociar si no asumen ambos el peligro del capital y del lucro; y estima que en tal caso no se entiende que se ha celebrado el contrato trino implícitamente, y que, si se celebró, hay que considerarlo injusto. Zanja esta cuestión diciendo que la opinión de Gibalino sobre la celebración implícita del contrato trino en las fórmulas que examina no es probable ni práctica ni especulativamente, y, además, se basa en un fundamento falso, por lo que la opinión de este autor no debe considerarse probable. Para ello vuelve a remitirse a la autoridad del Cardenal Cayetano, del que Gibalino resulta en estas cuestiones un destacado contradictor.

En recapitulación de todo lo anterior, Espejo condena la percepción de más dinero del que se entrega, que se descubre en las fórmulas comentadas, y añade que, aunque se admitiera por vía de hipótesis la licitud del contrato trino e incluso se considerara a éste implícito en la fórmula malacitana, el contrato celebrado bajo dicha fórmula sería, por todo lo dicho, injusto, pues sus cláusulas implican, entre otras cosas, anatocismo, mentira, injusta tasación del lucro e injusticia en esa anticipada deducción del beneficio.

El último aspecto que aborda Espejo en su tratado es la posibilidad de que los prelados eclesiásticos puedan prohibir la práctica de alguna opinión probable, favorable a la libertad de estos pactos, contra la más probable, favorable al precepto prohibitivo. Se pronuncia afirmativamente, por considerar, basándose en Santo Tomás, San Buenaventura, San Antonino de Florencia, Cayetano, Silvestre y otros muchos doctores, que la práctica de la opinión a favor de la libertad y *contra legem* es un acto peligroso en el que puede intervenir pecado, por lo que entra dentro de la competencia del prelado prohibirlo, máxime tratándose de algo afectante a la utilidad espiritual y común de los fieles, puesto que entraña peligro de usura. Y los

fieles están obligados a obedecer a su Pastor, por más que piensen que los pactos del contrato trino son lícitos⁸².

IV. *El contrato trino en los siglos XVIII y XIX.*

El siglo XVIII hereda la problemática del contrato trino, si bien las circunstancias de la nueva etapa, en especial el desarrollo del tráfico mercantil y de las operaciones bancarias, determinan un claro aperturismo y una progresiva postergación de la polémica tradicional. Este aperturismo se manifiesta, en mayor o menor grado, tanto en la normativa como en la doctrina jurídica. La primera está representada, en el aspecto canónico, por la Carta-Encíclica de Benedicto XIV de 1 de noviembre de 1745, y, en el aspecto del derecho hispánico, por la decisiva y tajante disposición de Carlos III, dada en el Buen Retiro el 10 de julio de 1764. Pero si esta última disposición sanciona claramente la legitimidad y obligatoriedad de los tres contratos, la Carta-Encíclica no resulta tan nítida y explícita, y sus intérpretes, al igual que ocurrió con los comentaristas de la Bula *Detestabilis*, mantienen posiciones enfrentadas en relación con la validez de los tres pactos. De todos modos, el paralelismo que puede trazarse entre la normativa fundamental de los siglos XVI y XVII sobre el contrato trino —la *Detestabilis* y la Pragmática de 1609— y la normativa citada del siglo XVIII revela un claro aperturismo. En cuanto a las disposiciones doctrinales, encontramos en la nueva etapa una disminución sensible de la literatura sobre el contrato trino, no obstante apreciarse un recrudecimiento de la polémica a mediados del siglo, fruto de las discusiones entre rigoristas y probabilistas. Se reproducen los argumentos de la época anterior, aunque con algunas adiciones, nacidas del replanteamiento de la cuestión a la luz de los nuevos tiempos y del análisis crítico de la literatura medieval invocada tradicionalmente en apoyo de una u otra postura.

Ante el replanteamiento de la controversia, el pontífice Benedicto XIV decidió convocar a los doctores más famosos. Para ello se formó una congregación de los teólogos y canonistas más destacados de Roma, los cuales, reunidos el 4 de julio de 1745, deliberaron durante casi cuatro meses. Fruto de estas deliberaciones fue la Carta-Encíclica que el Papa promulgó el día uno de noviembre del mismo año. En el documento no se contiene un pronunciamiento rotundo sobre el contrato trino ni sobre las cuestiones objeto de la polémica tradicional. La Carta-Encíclica resume en cinco principios los puntos en que los doctores congregados se mostraron conformes y establece cuatro reglas de conducta. Principios y reglas constituyen la parte sustancial de la Epístola; comprenden sus primeros veintiún párrafos.

82. Consecuente con todo ello y con su actitud de proscripción del contrato trino, el obispo de Málaga recuerda que, un año antes de la aparición de su libro, había mandado publicar en su diócesis, en cumplimiento de orden papal, un Edicto conteniendo la famosa Bula *Detestabilis*, y termina reproduciendo dicho Edicto.

La Carta-Encíclica comienza con la manifestación del Papa de que había llegado a sus oídos una nueva controversia sobre cierto contrato (no menciono el contrato trino) y que juzgó que debía poner remedio a la misma, para lo cual planteó la cuestión a los Cardenales y llamó también a otros muchos regulares y clérigos diversos, convocándolos a todos para el día 4 de julio, en que les reveló el motivo de la convocatoria, que no era otro que conocer su opinión. Les conminó a que examinaran el problema, pero advirtiéndoles que no debían sentenciar sobre el objeto de la disputa, pues faltaban los documentos necesarios para ello⁸³, sino tan sólo sentar una cierta doctrina sobre la usura. Todos los convocados dieron su parecer en dos congregaciones —una el 18 de julio, y otra el 1 de agosto— y lo entregaron por escrito al secretario de la Congregación.

A continuación la Carta-Encíclica recoge los cinco puntos en que los congregados coincidieron:

1.º La usura nace del mutuo, cuando se reclama más de lo que se entrega.

2.º No cabe alegar que el lucro sea moderado, que el que lo pague sea rico o que se perciba en razón del *lucrum cessans*, ya que, en principio, la usura obliga a restituir o a reparar el daño.

3.º No obstante lo anterior, pueden concurrir ciertas circunstancias o títulos, no esenciales al mutuo o préstamo, de los que nazca un derecho a recibir algo más de lo que se presta⁸⁴. Y tampoco cabe negar que hay contratos, diferentes del mutuo, en los que el dinero se puede poner de muchos modos para obtener rentas anuales, o ejercer un comercio lícito, y sacar de ello una ganancia justa⁸⁵.

4.º Aunque es necesaria la igualdad en los contratos, si uno recibe de más, pero no por concepto de mutuo, no hay usura, aunque sí injusticia, que también obliga a restituir. Por ello es necesario que se dé la justicia en las contrataciones⁸⁶.

83. ... non tamen expetivimus ab ipsis ut iudicium ferrent de contractu qui controversiae causam inito praebuerat... cum plura documenta non suppeterent, quae necessario ad id requirebantur (Párrafo 4).

84. Per haec autem nequaquam negatur posse quandoque, una cum mutui contractu, quosdam alios, ut ajunt, titulos, eosdemque ipsimet universim naturae mutui minimé innatos et intrinsecos, forté concurrere, ex quibus justa omnino legitimaque causa surgat, quiddam amplius supra sortem ex mutuo debitam rité exigendi (Párrafo 9).

85. Neque item negatur posse multodiés, pecuniam ab unoquoque suam, per alios, diversae prorsus naturae a natura mutui contractus, recté collocari, et impendi, sive ad proventus sive annuos conquirendos, sive etiam ad licitam mercaturam, et negotiationem exercendam, honestaque iudidem lucra percipienda (Párrafo 10).

86. Quemadmodum vero in tot ejusmodi diversis contractuum generibus, si sua cujusque non servatur aequalitas, quidquid plus justo recipitur, si minus ad usuram (eo quod omne mutuum tan apertum quam palliatum absit) at certé ad aliam injustitiam restituendi onus pariter afferentem, spectare compertum est; ita si rité omnia peragantur, et ad justitiae libram exigantur, dubitandum non est, quin multiplex in iisdem contractibus

5.º Finalmente, se recomienda que, antes de contratar, se examine si concurre con el préstamo algún título legítimo que justifique el lucro.

El Pontífice aprueba el parecer, así resumido, de los congregados, y se dirige a todas las autoridades eclesiásticas con la recomendación de que no establezcan nada en contra de lo contenido en la Carta-Encíclica, y afirma que, sobre el contrato que ha dado lugar a las nuevas disputas, nada declara por el momento⁸⁷, como tampoco sobre ningún otro en particular, ya que las opiniones de los teólogos siguen divididas. No obstante, propone unas reglas de conducta, que son las siguientes:

1.ª Tener muy en cuenta la prohibición de la usura y el hecho de que ésta suele encubrirse de diversas maneras, por lo que, antes de colocar el dinero, se debe consultar a personas virtuosas y sabias.

2.ª Considerar que los teólogos y canonistas huyen de las posturas extremas sobre estas cuestiones, pues suelen ser viciosas⁸⁸.

3.ª Los que quieran dar su dinero con un interés legítimo y sin incurrir en usura deben informarse y cuidar de que en el contrato se expliquen bien sus condiciones y el interés que se pide.

4.ª Hay que reprimir los discursos insensatos de los que dicen que la cuestión de la usura es sólo de palabra y que el dinero acarrea ganancias cualquiera que sea el modo en que se dé⁸⁹.

A pesar de la prudencia del Pontífice y de su cuidado por rehuir la mención directa al contrato trino y a cualquier otra fórmula contractual, la Carta-Encíclica significa una apertura en relación con el triple pacto. Si del contexto de la *Detestabilis* se deducía en principio una proscripción del contrato trino, y los defensores de éste tuvieron que retorcer y exprimir las palabras de la Bula para interpretar, no ya una legitimación del contrato trino —esto hubiera sido insostenible—, sino una no explícita y concreta condena del mismo en la intención de Sixto V, el contenido de la Carta-Encíclica produce en este orden un resultado en cierto modo contrario, en cuanto que, aunque ni permite ni prohíbe el contrato trino, abre una puerta para que pueda posibilitarse su licitud. Se ve que sigue en pie en el ánimo de la Iglesia la preocupación por la usura y se sale al paso a los que, pretendiendo un aperturismo total, consideran que la usura es en los nuevos tiempos una cuestión puramente nominal. De todos modos, la actitud del Pontífice de no entrar en la

licitis modis, et ratio suppetat, humana commercia, et fructuosam ipsam negotiationem ad publicum commodum conservandi ac frequentandi...; (Párrafo 11).

87. *De contractu autem, qui novas has controversias excitavit, nihil in praesentia statuimus* (Párrafo 17).

88. *... etenim aliqui tanta severitate de iis rebus judicant, aut quamlibet utilitatem ex pecunia desumptam accusent, tanquam illicitam, et cum usura conjunctam: contra veró nonnulli indulgentes adeó remissive sunt, ut quodcumque emolumentum ab usurae turpitudine liberum existiment* (Párrafo 19).

89. *De usuris hoc tempore quaestionem institui quae solo nomine contineatur, cum ex pecunia, quae qualibet ratione alteri conceditur, fractus ut plurimum comparetur;...* (Párrafo 21).

licitud o ilicitud de ningún contrato en particular, debió provocar dudas e insatisfacciones, como fue el caso del marqués Scipione Maffei ⁹⁰.

Si la Carta-Encíclica no supone una clara admisión del contrato trino, la disposición de Carlos III a que hemos aludido constituye una inequívoca declaración de su licitud. Su promulgación vino determinada por una serie de circunstancias que se produjeron en relación con la actividad de los Cinco Gremios Mayores de Madrid. La Diputación de éstos, que no sólo aceptaba depósitos o empréstitos relativos a las rentas de Madrid, sino también para otros negocios particulares, se fue inclinando por estos últimos a partir de 1749. La razón de ello es que, para las primeras, tenían que otorgar las escrituras correspondientes por las Escribanías de Alcaldes y Millones, con lo que los Cinco Gremios se veían en el trance, que no deseaban, de que se conocieran sus contrataciones. Las operaciones de admisión de dinero en depósito se incrementaron cuando, en 1756, los Cinco Gremios se hicieron cargo de la fábrica de tejidos de la seda de Valencia y formaron compañía con la Casa Ustáriz, del comercio de Cádiz, y más aún cuando, en 1761, emprendieron los ramos de Seguro, Rentas Vitalicias y Banco de Cambios, constituyendo una gran Compañía General de Comercio. Los depósitos aumentaban sobremanera, pues como los Cinco Gremios pagaban los réditos y devolvían los capitales con puntualidad, la gente prefería entregarles su dinero en vez de colocarlo en juros, censos u otras inversiones más o menos desacreditadas. A ello hay que unir que los Cinco Gremios no sólo recibían dinero, sino que también lo prestaban con las suficientes garantías, realizando en este sentido préstamos de importancia ⁹¹. Las operaciones de los Cinco Gremios alcanzaron tal volumen que provocaron la envidia de sus enemigos. Como consecuencia, se cuestionó la legitimidad de sus contratos y surgió una ruidosa polémica en tal sentido. Fue el P. Fray Antonio Garcés, que gozaba fama de varón santo y sabio, el que se alzó contra los Cinco Gremios en 1763, condenando el famoso contrato trino implícito en las operaciones que realizaban. La disputa adquirió un cariz religioso-moral. Muchas personas se retraían de constituir depósitos, al tiempo que el propio Gobierno difería su protección a los Cinco Gremios y retardaba la concesión de los nuevos esta-

90. Scipione Maffei escribió una súplica a Benedicto XIV en solicitud de una normativa clara sobre la usura en los contratos, insistiendo en que las nuevas circunstancias exigían unos puntos de vista y unas actitudes igualmente nuevos, y no los tradicionales. Parece, no obstante, que, a última hora, Maffei no consideró oportuno enviar la súplica al Pontífice. (Ibid. G. Gambará, *La Supplica di Scipione Maffei a Benedetto XIV a proposito della controversia sul prestito ad interesse*, donde se reproduce la parte que se conserva de dicha Súplica en la Biblioteca Capitular de Verona, ms. DCCCCLI, fasc. IV, de puño y letra de Maffei. Cfr. S. Maffei, *Dal'impiego del danaro. Ristampa dell'edizione del 1746, a cura e con studio introduttivo di G. Barbieri, appendice documentale di G. P. Marchi* (Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza e Belluno, 1975). En el apéndice documental de este trabajo aparece una reproducción fotográfica de la primera página del ms. de Maffei.

91. Entre otros, al conde de Laláing y al de Montarco.

blecimientos que tenían solicitados. Ante esta situación, viendo en peligro sus intereses, y quizá también para tranquilizar su conciencia y las de sus clientes capitalistas, los Cinco Gremios consultaron con doctos varones, quienes emitieron dictámenes declarando lícitos estos contratos.

A la vista de ello, los Cinco Gremios solicitaron del Rey que dirimiera la cuestión. Con tal motivo se constituyó una Junta —de la que formaba parte el Obispo Gobernador del Consejo, el Arzobispo Inquisidor General y don Manuel Ventura Figueroa—, que, tras estudiar los argumentos del P. Garcés y las alegaciones de los Cinco Gremios, informó que los contratos en cuestión eran legítimos y obligatorios⁹². Inmediatamente, Carlos III, por resolución a consulta y Cédula del Consejo de 10 de julio de 1764, dispuso lo siguiente:

«Por los Diputados de los cinco Gremios mayores de Madrid se me presentó, que acostumbraban recibir en la Caja comun de la Diputacion destinada para el giro de sus comercios algunos caudales de diferentes personas de todas clases, particularmente de viudas, pupilos y otros que destituidos de propia industria logran por este medio valerse de la de los Gremios, obligandose estos a volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y a satisfacer en el ínterin el interés de un tres o dos y medio por ciento: que en esta posesión y buena fe habian estado muchos años, así los Gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de mis Tribunales, en los casos que ocurrieron de esta naturaleza hasta que modernamente se introduxo en el publico alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuve a bien mandar formar una Junta compuesta de Ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecen mi Real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiendolo executado, conformandome con el dictamen uniforme de tantos hombres de integridad y de sana doctrina, he venido en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legitimos y obligatorios estos contratos, y mandar, que como tales sean juzgados en mis Tribunales»⁹³.

Como se ve, los Diputados de los Cinco Gremios alegaban algunas de las razones argüidas tradicionalmente por los defensores del contrato trino: el buen fin de los pactos, que favorecen principalmente a viudas y pupilos, a los que señala como principales contratantes en las operaciones de de-

92. Vid. *Los Cinco Gremios Mayores de Madrid. Estudio crítico-histórico* por Miguel Capella y Antonio Matilla Tascón (Madrid, 1957), 260-62.

93. Ley XXIII, tít. 1, lib. 10, Nov. Recop.

pósitos; la larga costumbre favorable, insistiendo en el conocimiento y tolerancia del contrato por las autoridades judiciales; y el módico interés de la ganancia, que puede ser el justiprecio o debida compensación por el segundo y el tercer pacto del contrato trino. En todo caso, la disposición es perfectamente clara. Tras la misma, no parece que vuelva a levantar cabeza la controversia, al menos de modo perceptible. Más bien se irá borrando poco a poco en los años posteriores, aunque todavía se ocupe de alguna forma del contrato trino la literatura del siglo XIX, como veremos. No obstante todo ello, y a pesar de la disposición de Carlos III, no cesaron por completo las críticas contra los Cinco Gremios. Se les censuraba procurarse grandes beneficios con el dinero ajeno y a muy bajo interés. Los ataques en este orden arreciaron tras la expulsión de los jesuitas, que habían defendido a los Cinco Gremios⁹⁴.

En cuanto a las posturas doctrinales sobre el contrato trino en el siglo XVIII, quizá la más enérgica repulsa, y también la más docta y erudita, la representa, a mediados de la centuria, un autor de fuera de la Península: Daniel Concina. Su actitud viene a equivaler a la de Bartolomé de Espejo, al que cita en sus argumentaciones, llamándole *clarissimus Episcopus*. Así como Espejo suele hacer blanco de sus críticas a Gibalino, Concina centra sus ataques casi siempre en otro autor extranjero, Nicolás Broedersen, representante de la actitud aperturista del probabilismo, aunque también se dirige contra otros, en especial contra los más influyentes y difundidos defensores del triple pacto, como Leonardo Lesio y el citado Gibalino. Concina, parecido a Espejo en la prolijidad argumental y en la erudición, le supera en virulencia. Desde su posición rigorista, sus ataques contra el contrato trino parten de su interpretación de la *Detestabilis* y de la Carta-Encíclica de Benedicto XIV, así como de las condenas de la usura a través de la historia del pensamiento y la normativa cristiana y eclesiástica. Revisa algunas de las opiniones y textos que tradicionalmente se habían venido invocando —según él, errónea o malintencionadamente— como apoyo a la licitud del aseguramiento del capital entregado por un socio y, particularmente, del mismo contrato trino.

En su *In Epistolam Encyclicam Benedicti XIV adversus usuram commentarius* (Roma, 1748), Daniel Concina reproduce algunas fórmulas de contrato trino tomadas de Lesio y de Gibalino, y las considera incursas en las condenas de la Carta-Encíclica, por entrañar lucro usurario⁹⁵. Pero es en su *Usura contractus trini dissertationibus historico-theologicis demonstrata* (Roma, 2.^a ed. 1748) donde expone con amplitud nuestro contrato, su controversia histórica y sus refutaciones. Resumiremos lo más destacado de esta obra.

En el primer capítulo comienza advirtiendo que la usura ha sido prohibida por Dios en todas las circunstancias, con independencia de su grado de

94. Al fin y al cabo, los jesuitas habían sido buenos obligacionistas de los Cinco Gremios y suscribieron numerosas escrituras por depósitos de bastante dinero.

95. *Usura contractus trini*, 97-103.

gravedad y del estado económico de las personas, por más que probabilistas, calvinistas y protestantes hayan querido defender formas de usura basándose en el Antiguo Testamento, que parece prohibir el préstamo sólo cuando el prestamista es rico, mas no los intereses a favor de los pobres. Añade que una postura así resulta despreciable en un católico, como es el caso de Nicolás Broedersen, que escribió *De usuris licitis, et illicitis* y a quien condena con terribles palabras⁹⁶. Afirma que una de las cuestiones polémicas, dentro de la usura, es la del *famosus contractus trinus*, al que promete destruir, demoliendo con él, al mismo tiempo, los restantes contratos innominados y los censos personales.

Tras dedicar el capítulo II a la definición del contrato trino y a la enumeración de las condiciones de licitud que han de reunir las compañías, anticipa en el capítulo siguiente la condena del contrato trino y clasifica los argumentos que va a exponer contra el mismo. Primero, expone argumentos contra la usura tomados de la Patrística: San Basilio, San Ambrosio y San Jerónimo (cap. IV). Luego utiliza las condenas de la usura por parte de los concilios y pontífices hasta el siglo XVI, de los que deduce la ilicitud del contrato trino (cap. V). En este sentido, comienza citando al concilio de Nicea, en base a la interpretación de Dionisio el Exiguo y otros, saliendo al paso a la opinión de Gibalino, quien, al afirmar que el concilio permite a los doctores libertad de interpretarlo al aplicar sus doctrinas al contrato trino, parece como si atribuyera esa facultad sólo a los probabilistas⁹⁷. Luego, al comentar el famoso texto de Inocencio III *Per vestras*, resalta que, en contra de lo que muchos han dicho, en ningún pasaje del mismo se habla de un verdadero aseguramiento de la dote entregada como capital al mercader, y que si éste ha de prestar caución por el dinero que recibe, en ningún caso ha de responder de su desaparición por caso fortuito. Se basa para ello en el Panormitano y el Hostiense, para contradecir especialmente a Gibalino. Esa era la idea de Inocencio III, según Concina, al responder al arzobispo de Génova sobre la entrega de la dote al mercader para subvenir a las cargas matrimoniales y sobre la prestación de caución por parte del mismo mercader, y alega las palabras del Panormitano sobre esta cuestión⁹⁸. Más adelante dirá que esta postura del Hostiense y del Panormitano es también la de Juan Andrés, quien, según refiere Conrado Summenhart, no dice que el mercader tenga que restituir el capital que se pierde, pues lo único que dice es que se le puede exigir una fianza de que devolverá el capital íntegro si no se pierde, así como

96. De él dice: *Catholicae Ecclesiae membrum se simulat homo schismaticus, ut crudelius ejusdem Ecclesiae, cujus est nequam desertor, viscera dilacerare queat* (Ibid., 6).

97. Ibid., 13-15.

98. *Ex antiquis Panormitanus in medium veniat, qui in cap. Per vestras, de Donat. inter virum, et uxorem haec inter alia scribit: «Nec litera contradicit praedictis, cum nihil dicat, ut capitale debeat esse salvum: nec est speciale in pecunia dotali, ut quidam somniant; quia etiam pro redimendis captivis non licet faenerari, ut est in cap. super eo, infra de usuris. Quin immo Textus ipse aperté dicit, ut capiatur pars de honesto lucro.*

una parte del lucro obtenido⁹⁹. Con ello se aparta de la interpretación que hacen otros de dichos autores. Cita textos alegados en otras épocas, y así la respuesta negativa de Alejandro III a consultas del Panormitano sobre si es lícito entregar dinero a usura con el fin de redimir cautivos con el beneficio¹⁰⁰, o, contra las interpretaciones de Lesio y Gibalino, la declaración de Gregorio IX, en 1236, de ser ilícito, por constituir mutuo usurario, el convenio de entregar dinero a los mercaderes que van a las ferias con la condición de que los mercaderes asuman su riesgo en todo caso y lo tengan que devolver en unión de la ganancia¹⁰¹. También cita Concina la respuesta que dio Gregorio XIII al duque Guillermo de Aquitania sobre una fórmula de contrato trino que solía celebrarse por toda Alemania. La sentencia de la Sede Apostólica fue también negativa en este caso, por estimarse que la fórmula encubría mutuo usurario; y como era análoga a la que defendía Juan Mayor, también a ésta había que calificar de ilícita¹⁰².

El resto de la obra de Concina gira esencialmente en torno a la interpretación de la *Detestabilis*, a la que considera normativa esencial que, al proscribir el contrato trino, zanja de una vez la histórica controversia entre el doctor Navarro y Domingo de Soto; y reproduce la Bula¹⁰³. Recoge asimismo la tradición según la cual Sixto V reveló en una ocasión oralmente que su intención no había sido condenar el contrato trino en cualquier caso, sino las contrataciones injustas y usurarias, argumento posteriormente esgrimido por Lesio, Gibalino y otros probabilistas, y afirma que tal oráculo no es más que una quimera, y que, aunque fuera verdad, nada probaría, pues los que afirman su veracidad suelen ser los defensores del contrato trino, con lo que su opinión es sospechosa de parcialidad. Por otra parte, Concina razona que si la intención del Papa fue prohibir los contratos injustos, el contrato trino quedó implícitamente condenado, pues injusto es; y si se le habló en concreto de él, con más razón quedó condenado en la proscripción papal¹⁰⁴.

Al igual que Espejo medio siglo antes, Concina sale al paso a los que, como Lesio o Gibalino, subrayan que la Bula no tiene vigencia en muchos lugares de Europa, donde no se ha recibido. Ante esto, Concina admite que es verdad que la Bula obliga donde se recibe, pero que es falso que no se haya recibido en Francia, Bélgica e Italia. Aunque Gibalino dice que no se ha recibido en Francia, no lo prueba documentalmente, y, en cambio, hay

Nec etiam credas, quod sit licitum a principio pacisci, ut habeat deponens decem pro centenario, vel aliam quantitatem, sicut faciunt quadam viduae, credentes hoc eis licere: et solent alicui allegare istum Textum cum illa opinione Joannis Andreae. Certe hoc non est licitum, quia non licet ex pacto quantumcumque minimum capere ex pecunia, si non subiicit se periculo. 14 quest. 3. per tot. (Ibid., 15).

99. Ibid., 50.

100. Ibid., 17.

101. Ibid., 17-19.

102. Ibid., 19-21.

103. Ibid., 21-24.

104. Ibid., 25-28.

pruebas de la condena del contrato trino en el siglo XVII por la Universidad de París y por los sínodos. Reproduce luego la carta de Reynaldo que Gibalino reproduce en su obra, y confiesa que el probabilismo que en ella late le causa risa y conmiseración. Tacha a Reynaldo y a los doctores de Lyon de «teologastros», y recuerda que la vigencia de las constituciones pontificias no depende de su aceptación por los pueblos ni de su promulgación para todos y cada uno de los lugares, remitiéndose en este sentido, como también hacía Espejo, a la autoridad de Suárez. Insiste en que sólo los probabilistas, defensores del contrato trino, no aceptan la constitución de Sixto V, que aceptan en sus diócesis los restantes obispos de Francia, Bélgica, España e Italia¹⁰⁵. En efecto, más adelante afirma que los obispos de Europa, al publicar la Bula de Sixto V, condenaron evidentemente el contrato trino¹⁰⁶. A este respecto cita a Bartolomé de Espejo, y reproduce su Edicto de publicación de la *Detestabilis*¹⁰⁷. Señala las condenas del contrato trino por la Universidad de París en 1665 y 1717, cita testimonios doctrinales y documentales de la recepción de la Bula en Bélgica y termina mencionando algunos obispos y sínodos que condenaron el contrato trino, demostrando la aceptación de la Bula de Sixto V desde 1694 a 1727¹⁰⁸.

Con unos argumentos análogos a los de Bartolomé de Espejo, refuta a Broedersen, Gibalino, Lesio y los que arguyen, entre otras razones, que la Bula *Detestabilis* sólo prohibía el pacto de aseguramiento del capital cuando el socio asegurador se veía obligado a aceptarlo, y este pacto y el de aseguramiento del lucro cuando se añadían al de sociedad sin un justo precio compensatorio, o el contrato trino en su totalidad cuando realmente entrañaba usura, pues el Pontífice partía de una presunción de usura, y ésta no se produce cuando el contrato se formaliza del modo debido. Frente a todo ello, Concina, como Espejo, resume que la prohibición de la Bula abarca cuantas convenciones se celebren encubriendo, bajo el nombre de compensaciones, los pactos del contrato trino¹⁰⁹.

Concina dedica la *dissertatio* II de su obra a trazar prolijamente la historia del contrato trino en la doctrina. En su relación de autores incluye algunos que, anteriores a la aparición del contrato trino, representan una postura en relación con la prohibición de la usura o del pacto de aseguramiento del capital social. En la *dissertatio* III refuta los argumentos esgrimidos a favor del contrato trino, tomando como portavoces más destacados del mismo a Lesio y Gibalino. En la *dissertatio* IV insiste abundantemente en los argumentos de los teólogos contra el triple pacto y en la refutación de los argumentos contrarios, para concluir, en definitiva, con la conocida deducción de

105. Ibid., 28-33.

106. Ibid., 45.

107. Ibid., 46-48.

108. Ibid., 48-53.

109. Ibid., 33-39

que se trata de un mutuo usurario condenado por las leyes divinas y humanas. Finalmente, la *dissertatio* V la dedica en toda su extensión a contradecir a los que, aun reconociendo que la usura está prohibida por derecho natural y divino, sostienen que puede ser lícita por las leyes de los príncipes y por la fuerza de la costumbre. Viene a resumir sus argumentos en la afirmación tradicional y rigorista de que la usura es inadmisibile en todo caso, con independencia de su cuantía, de su finalidad y de la condición de las personas afectadas. Con ello vuelve al principio básico y primera premisa de toda su exposición.

En cuanto a la doctrina castellana, los nuevos tiempos le imprimen una orientación claramente favorable al contrato trino. A ello contribuiría, no sólo la difusión de las doctrinas europeas del siglo xvii favorables a la tesis del doctor Navarro, sino las nuevas exigencias del tráfico mercantil y el clima aperturista creado por la Carta-Encíclica de Benedicto XIV, pese a la interpretación de Daniel Concina, y, sobre todo, por la taxativa disposición de Carlos III de 1764. La enérgica denuncia de Fray Antonio Garcés en 1763 no parece que fuera compartida por muchos teólogos y canonistas. Por el contrario, hubo bastantes que dictaminaron a favor de la licitud del contrato trino, entre ellos Fabián de la Vega, José de Toledo, Joaquín Navarro, Antonio Díaz Huerta y Agustín de Palacio. Esta casi unánime doctrina en pro de la licitud del contrato inclinaría a su favor el ánimo del legislador.

En el último cuarto del siglo xviii, un sacerdote, José María de Uría Nafarrondo, publica un libro titulado *Aumento del comercio con seguridad de la conciencia* (Madrid, 1785), dedicado al contrato trino y que constituye una decidida defensa del mismo. El libro puede considerarse una réplica al de Concina, y ambos vienen a representar la controversia sobre nuestro contrato en la nueva época. Con un estilo intencionadamente llano, y a veces, no obstante, un tanto recargado, alegórico y pintoresco, Uría Nafarrondo pasa revista a la polémica histórica acerca del contrato trino, refuta los argumentos contra el mismo y razona su licitud. Aunque su trabajo no está exento de erudición, procura huir del exceso de doctrina y de la terminología y los tecnicismos jurídicos que puedan oscurecer la obra a sus principales destinatarios: los comerciantes. En su exposición, Uría hace gala de algunos razonamientos originales e introduce en la polémica algún interesante concepto jurídico-mercantil. Nacido el autor en el seno de una familia de comerciantes, no obstante su condición eclesiástica, sus observaciones revelan un especial conocimiento de la realidad mercantil. Dedicó su obra «Al muy Ilustre Consulado de la noble y muy leal villa de Bilbao», y alude a la vinculación de su familia con el mismo ¹¹⁰.

110. «Mi padre —dice—, mis Abuelos, mis Tíos, mis Primos, y todos mis parientes han merecido ocupar varios puestos en ese Tribunal. En la actualidad el Prior tiene enlace muy estrecho conmigo; y uno de los Consules no dista muchas leguas de mi parentela» (*Aumento del comercio*, p. VII).

Según el propio Uría, su obra es en realidad la traducción de un pequeño tratado anónimo, escrito en francés, titulado *Traité de l'usure, et des interêts*, que cayó en sus manos. El lo leyó y le convenció plenamente, según cuenta. Luego, a instancia de un cura párroco —cuyo nombre no revela—, que le animó a que lo tradujera y divulgara, modificó el original y decidió publicarlo, tras haber recabado previamente la opinión de varios comerciantes de su confianza, que elogiaron su labor¹¹¹. Como manifiesta el propio título de la obra, Uría sostiene la importancia del contrato trino en el desarrollo del comercio y pretende tranquilizar las dudas y temores morales de los comerciantes y de los que les entregan su dinero con las consabidas cláusulas del contrato trino. A diferencia de los contradictores del contrato trino, que, como Concina, apoyan sus argumentos principalmente en la *Detestabilis*, Uría se basa en la Carta-Encíclica de Benedicto XIV, cuya sabiduría elogia, y sigue a la Carta en la exposición de su tratado.

Para conectar con el contrato trino y su licitud, comienza Uría afirmando que no es cierto que siempre que se transmite una cosa consumible —por ejemplo, dinero— no se puede distinguir entre uso y propiedad. Tal afirmación es cierta cuando el dinero se emplea en alimentos o se pierde en el juego, pero no cuando con él se adquieren otras cosas —por ejemplo, una casa—, porque en tal caso lo que se hace es trocarlo, y su valor subsiste bajo otra materia, pues «oro es lo que oro vale». En el supuesto de la inversión de dinero en una negociación, no sólo no se consume el dinero, sino que aumenta su valor. En consecuencia, estima que puede ser lícito asegurar la propiedad del valor del dinero así invertido y percibir una parte de los beneficios, siempre bajo condiciones justas y razonables; y añade que no hay usura en ello, por la sencilla razón de que no hay préstamo, pues así lo expresa el mismo Santo Tomás¹¹² y se puede apreciar en la Carta-Encíclica de Benedicto XIV¹¹³. Y, a renglón seguido, Uría se detiene en exponer y analizar los motivos que suelen impulsar al capitalista y al mercader a celebrar el contrato trino¹¹⁴.

A partir de aquí, la exposición de Uría se puede dividir en dos partes: una, más breve, en la que plantea el problema del contrato trino y resume las pruebas de su legitimidad, y otra, más extensa y complementaria de la anterior, que dedica a refutar los argumentos principales contra el mismo. En la primera de estas partes resalta la contradicción entre la afirmación usual de que el contrato trino significa un agravio al comerciante y el hecho de que sean éstos, precisamente los más ricos, quienes buscan esta forma de contratación. Señala como otra contradicción que se permita que el «puesto»

111. Ibid., p. XXIV-XXVII.

112. Reproduce las siguientes palabras de Santo Tomás: *Ille qui committit pecuniam suam mercatori, vel artifici, per modum societatis cujusdam non transfert dominium pecuniae suae in illum, sed remanet eius* (2. 2., q. 78, art. 2 ad 5).

113. Ibid., p. 34-38.

114. Ibid., 38-45.

de un socio lo pueda asegurar un tercero y se prohíba que lo asegure el otro socio, con lo que recoge uno de los tradicionales argumentos de la doctrina. Y añade que en todos los contratos se pueden poner cuantas cláusulas sean justas y equitativas, e incluso otras inusuales que supongan entre las partes una desigualdad, siempre que ésta se compense. En este sentido, y al igual que otros autores anteriores, señala que es lícito el pacto por el que el comodatario o el depositario asumen el riesgo de la cosa, en contra del principio de que la cosa perece para su dueño¹¹⁵. Resume las opiniones tradicionales sobre el contrato trino, y considera que la condenatoria está totalmente superada.

Lo más original de esta primera parte es la introducción, junto a los conceptos de lucro cesante y daño emergente, del de «lucro adveniente», y propone sustituir la desprestigiada expresión de «contrato trino» por la de «sistema de lucro adveniente». Mientras el lucro cesante y el daño emergente tienen su raíz en el capitalista, concurren con el préstamo y autorizan al capitalista para pedir la correspondiente indemnización, el lucro adveniente halla su fundamentación en el comerciante, no puede concurrir con el préstamo, sino con otro contrato, y autoriza al capitalista para pedir los intereses por razón del empleo que hará de su dinero el comerciante. La cesión de este derecho por el comerciante le da justo título para exigir los intereses, que son el justiprecio de la cesión y del derecho¹¹⁶.

Pasa luego Uría, más extensamente, a refutar los argumentos contra el contrato trino, clasificándolos en argumentos de autoridad —de las Sagradas Escrituras, de los concilios y los Santos Padres, de los pontífices, de los teólogos y universidades y de las leyes civiles y la jurisprudencia— y argumentos que llama de razón.

En cuanto a los argumentos extraídos de las Escrituras, insiste en que tanto el Deuteronomio como los Salmos, las profecías de Ezequiel y el Evangelio de San Lucas lo más que hacen es condenar la usura. Si, con una interpretación rigorista, se quiere ver en estos textos una condena del contrato trino, también hay que ver en ellos la de algo que, como el lucro cesante y el daño emergente, admitieron posteriormente los teólogos. No obstante, a su juicio la condena de la usura por el Deuteronomio no es absoluta, pues, basándose en las palabras *non foenerabis fratri tuo ad usuram... sed alieno*, estima que el judío podía prestar a usura a los gentiles: persas, romanos, tirios, sidonios, griegos... Y cree vislumbrar el contrato trino en una parábola del Evangelio de San Lucas, cuando el amo, al pedir cuentas a sus criados del destino de los talentos que repartió entre ellos, le dice al que le devolvió exactamente lo que le había entregado: *Oportuit ergo te committeret pecuniam tuam nummulariis, et ego veniens recepissem utique quod meum est, cum usura*¹¹⁷.

115. Ibid., 46-54.

116. Ibid., 57-60.

117. Ibid., 61-88.

Respecto a los argumentos tomados de los concilios y los Padres de la Iglesia, Uría subraya, junto a la unanimidad de la condena de la usura, el desconocimiento de los conceptos de lucro cesante, daño emergente y, mucho más, lucro adveniente, que luego admitirán todos los teólogos. Considera que tanto el concilio de Milán como la propia Bula de Sixto V, si condenaron el contrato trino, fue para salir al paso a la forma de celebrarlo en Italia, abusiva para los comerciantes. Era más fácil al legislador prohibir el contrato que detallar los requisitos necesarios para su licitud, los cuales, sobre todo en la época de San Carlos Borromeo, no se habían estudiado ¹¹⁸.

Al tratar de la normativa pontificia, se fija Uría en la *Detestabilis*; en el capítulo *Per Vestras* de Inocencio III y en la Carta-Encíclica de Benedicto XIV. Resalta que en la *Detestabilis*, que realmente sólo condena el contrato trino que oprime a los comerciantes y no les indemniza por asumir cargas tan pesadas, no se hace referencia a posibles indemnizaciones, se condena el contrato en un futuro y no deja de reconocerse su vigencia en todas partes, incluso en la misma Roma. Apartándose de Concina, y coincidiendo con otros autores anteriores, ve en el capítulo *Per vestras* un reconocimiento del contrato trino, y, sobre todo, considera que éste es amparado y reconocido por la Carta-Encíclica, cuando en la misma se dice que hay contratos distintos del préstamo por los que se puede llevar un interés legítimo ¹¹⁹.

En cuanto a los argumentos, más prolijos, de teólogos y universidades ¹²⁰, Uría comienza rebuscando en Santo Tomás. Resume que éste afirma que ni se transfiere el dominio ni se presta lo que se pone en compañía, y que si en su doctrina de la usura —tal como aparece en la *questio* 78 de la *Secunda Secundae*— se insiste en que la cosa perece para su dueño, luego, en un opúsculo último, que es el 73 y en su capítulo II, al preguntarse *quomodo in his qui committunt mercatoribus pecuniam, vel aliam rem, pro certa parte lucri, est vitium usurae*, dice que el que fía algo —dinero, por ejemplo— puede esperar una ganancia, que no la recibe por la moneda en sí, sino bajo justa commutación ¹²¹. Por último, de la afirmación de Santo Tomás de que en la sociedad de animales o *soccida* puede pactarse que al dueño del ganado le asegure éste el socio pastor, siempre que al mismo no se le obligue a tal aseguramiento y se le indemnice convenientemente por él, infiere que otro tanto hay que deducir tratándose de la *societas negotiationis*, en la que se entrega dinero en vez de ganado y en la que hay menos posibilidades de abusar del mercader que en la *soccida* del pastor.

Examina luego, a grandes rasgos, las posturas de las universidades sobre

118. Ibid., 88-96.

119. Ibid., 96-145.

120. Ibid., 145-185.

121. Se apoya en Santo Tomás, cuando dice: *Committens potest sperare lucrum sicut ex re sua, et sic non accidit sorti, nec possidetur siue justo titulo, quia sicut rei propriae partum recipit, non quidem partum numismatis ex numismate immediatè, sed partum ipsarum rerum, quae per numismata sua sunt acquisitae, juxta commutatione.*

el contrato trino: de un lado, la de la Sorbona, que si en el siglo XIV proscribió severamente la usura, en el siglo XVI, no sólo no se pronunció corporativamente sobre el contrato trino, sino que en su seno Juan Mayor fue un prestigioso defensor del mismo; de otro lado, y ya en el siglo XVIII, destaca el pronunciamiento favorable al contrato trino de las universidades europeas¹²². Luego, tras resaltar la práctica del contrato entre los comerciantes de toda Europa, relaciona los autores que, desde Santo Tomás, defendieron su licitud. Al llegar al siglo XVIII, parece que quiere dejar claro el carácter anacrónico de la controversia sobre nuestro contrato, citando como ejemplo de tal actitud trasnochada el *Traité des Prêts de commerce*, obra de muchos doctores, publicada en 1725. Advierte Uría que los autores de esta obra, horrorizados todavía del «coco del contrato trino», dieron en mil absurdos con sus pretendidas argumentaciones¹²³.

Al referirse, como último argumento, a las leyes civiles y a la jurisprudencia, Uría alude primeramente a disposiciones de derecho romano y extranjeras, casi todas francesas, para concluir que de su diversidad no es posible extraer ni una permisón ni una prohibición de la usura. Finalmente, cita la ley de Carlos III, que tan claramente declara la licitud del contrato trino, y afirma que deroga a la Pragmática de 1609, en el supuesto de que ésta condenara el contrato trino, ya que, según vimos en la glosa de Alfonso de Narbona, permitía en algunos casos llevar intereses¹²⁴.

Añade luego Uría los argumentos que llama de razón, que reduce a cinco:

1.º Contra la propiedad del dinero del capitalista al comerciante, insiste en que el dinero que se pone en compañía se trueca por algo fructífero, y el que lo pone no pierde la propiedad de su valor¹²⁵.

2.º Contra la ilicitud del aseguramiento del capital por el socio comerciante, afirma que no se desnaturaliza el contrato de compañía si el precio del seguro es proporcionado al riesgo del capital¹²⁶.

3.º Contra la prohibición de la venta de una ganancia incierta por un interés que, aunque moderado, sea cierto y seguro, responde que hay muchos pactos lícitos en relación con la compra de algunos productos cuya cuantía no se sabe de antemano (pescado, cosechas, etc.), siempre que no

122. Así, Alcalá y Salamanca en 17-5-1742, Ingolstad y Friburgo en 5-3-1744, Maguncia en 21-4-1744, Tréveris en 8-7-1744 o Colonia en 4-8-1744. Sus respuestas originales se depositaron en el Archivo de la ciudad de Lyon, pues en 1742 el Prior y los Cónsules del Consulado de esta ciudad habían consultado sobre el contrato trino a los más célebres doctores. Las copias auténticas, rubricadas por el Prior y los Cónsules en Actas de 29 de abril, 14 de mayo y 20 de diciembre de 1744, se imprimieron juntamente con un tratado teológico en defensa del contrato trino.

123. *Ibid.*, 178-181.

124. *Ibid.*, 185-210.

125. *Ibid.*, 216-32.

126. *Ibid.*, 233-44.

intervenga fraude. Hace hincapié en que lo que el capitalista pretende no es más que una justa ganancia por lo que produzca su capital y que no es cierto que de la compañía no se obtenga nunca una ganancia cierta, pues se obtiene cuando, por ejemplo, al socio industrial se le asigna una cantidad para su sostenimiento ¹²⁷.

4.º Contra la supuesta ilicitud de reunir las tres cláusulas, lícitas de por sí, en el mismo contrato, repite la tradicional argumentación de que es imposible que los tres pactos lícitos se vuelvan ilícitos por el mero hecho de que se junten ¹²⁸.

5.º Y contra la condena del contrato trino porque entraña riesgo de usura, sostiene que no debe llamarse malo a lo que es bueno, e insiste en que en los nuevos tiempos el interés es lo que determina las grandes operaciones mercantiles que desarrollan el comercio y contribuyen a la prosperidad de los países.

Para terminar, dirigiéndose al plano de la conciencia, deduce que si el contrato trino es lícito, no hay peligro para las almas en que se diga que lo es; y si es ilícito, todos se condenarán, pues todos lo practican. Y vuelve a insistir en la necesidad de la justicia de los pactos a la hora de concertar el contrato trino ¹²⁹.

La postura de Uría Nafarrondo parece la más generalizada en su tiempo y, sobre todo, en las décadas siguientes. Como sus propias palabras parecen revelar a veces, la polémica sobre el contrato trino ha amainado perceptiblemente. En los tiempos que siguen ya no se alude a la prohibición de los tres pactos por parte de las leyes. El contrato trino parece que ha dejado de preocupar a la mayoría de los teólogos y juristas, y sólo en algunas obras de cierta amplitud o en tratados sobre la usura se le menciona, pero de forma somera y refiriéndose a su controversia como algo perteneciente al pasado.

En el famoso *Febrero* y en sus sucesivas ediciones reformadas, que tanto se utilizaron a fines del XVIII y en la centuria siguiente, hallamos breves menciones al contrato trino y veladas alusiones a su antigua controversia. El propio José Febrero sólo dedica al contrato el segundo párrafo del capítulo IX de su obra (el primero se refiere a las compañías). Tras describir sucintamente el contrato trino, nos revela que, aunque algunos dicen que es ilícito, los más sostienen su licitud y que no es usurario, siempre que se den tres condiciones: que la ganancia sea módica, considerando que lo es una cuarta, quinta o sexta parte de lo que se espera ganar; que se pacte expresamente, aunque enseguida admite que puede considerarse celebrado de forma tácita; y que la ganancia no sea segura ¹³⁰. A continuación,

127. *Ibid.*, 244-56.

128. *Ibid.*, 257-72.

129. *Ibid.*, 273 y ss.

130. José Febrero, *Librería de escribanos, e instrucción jurídica teórico-práctica de*

reproduce la parte dispositiva de una escritura de contrato trino, en la que se aprecian los tres pactos. Advierte que al principio de la escritura debe hacerse constar que el dinero no se entrega en concepto de préstamo, sino que se ha concertado compañía para traficar a pérdidas y ganancias, y que, ante la prolijidad de llevar las cuentas exactas, se adopta el sistema del contrato trino. La parte dispositiva de la escritura hace hincapié en que no hay préstamo, y se expresa con claridad el compromiso que adquiere el que entrega el dinero de no reclamar el principal entregado antes de la fecha pactada ni exigir cuentas de la compañía ni más ganancias que las estipuladas, pues de lo contrario el contrato trino se convierte en un préstamo y el capitalista no podrá recibir más que lo que ha dado, considerándose los abonos parciales de la ganancia estipulada como entregas a cuenta de la devolución del capital prestado ¹³¹.

También José Marcos Gutiérrez afirma que la mayoría de los autores defienden la licitud del contrato trino, y arguye para ello, en primer lugar, que en el contrato trino ni el capital ni su corto interés se aseguran con fincas ni otros bienes y que los dos pactos que se añaden al de sociedad son lícitos en sí. Y sostiene además, como en la redacción de José Febrero, la existencia tácita del contrato trino, aunque en su escritura de constitución

principiantes, Parte 1.ª, t. 3 (3.ª ed., Madrid, 1783), cap. IX, 6 II: *El contrato trino*, n. 16-17.

131. «Otorga, y confiesa el citado Juan haber recibido del enunciado Pedro tantos reales, que le entregó por fondo de esta Compañía para comerciar con ellos: y aunque su entrega (aquí se pondrá la renunciación de la excepción de la *non numerata pecunia*, y si la entrega es de presente, dará el Escribano fé de ella,) y en su consecuencia se obliga a devolverseles integramente dentro de tantos años, que cumplirán en tal día de tal mes del que vendrá de tantos, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza, a pagarle anualmente tanto por ciento de ellos, con tal que mientras no espiren, no le pida la suerte principal, ni cuenta de su inversión, y producto, ni más premio annuo, que el tanto por ciento, aunque le conste, e indague verídicamente que el negocio en que se empleó, produjo un treinta, o más por ciento, pues siuno, u otro intentare, mediante contravenir a lo pactado, y quedar obligado el otorgante bajo de estas condiciones a la solution del premio annual, y a la asecuración del capital, no ha de poder ser compelido a restituírle mas que el sobrante de éste, deducido lo que con título de premio hubiere percibido, y en este caso se ha de estimar y declarar este contrato por mutuo puro, y no de Compañía, que llaman trino con asecuración del capital, y lucro cierto por el incierto, respecto el riesgo de ganar, o perder a que se expone, y ser justo por esta razón que no le demande, ni a sus herederos otra cosa. Y el referido Pedro enterado de esta Escritura, dijo que la acepta, y se obliga a no pedir a su compañero los tantos reales hasta que pasen los tantos años estipulados, ni cuenta de su producto, ni del negocio en que los empleó, ni más cantidad, que el tanto por ciento que le ha ofrecido, antes bien le cede, y dona irrevocable, perpetua, y graciosamente el exceso en mucha, o poca suma con las establidades por derecho prescriptas, y si no lo hiciere, quiere que este contrato se estime por mutuo simple, y no de Compañía, como queda expuesto, y que se le apremie a admitir en cuenta de la suerte principal, todo lo que hubiere recibido con título de premio, a fin de que de esta suerte sea lícito, y justo en todas sus partes. Y ambos otorgantes se obligan a no pretender la disolución de esta sociedad durante el tiempo pactado, y a su cumplimiento con todos sus bienes».

no se hayan individualizado los tres pactos¹³². Análoga postura y parecidas razones pueden hallarse en el *Febrero Novísimo* de Eugenio Tapia, quien reproduce el modelo para extender la parte dispositiva del contrato trino¹³³, considera también innecesaria la individualización de los tres pactos en la escritura, «pues basta que aparezca ser éste el espíritu y objeto de la obligación que se contrae»¹³⁴ y pone asimismo de relieve cómo el aseguramiento del capital no se hace hipotecando fincas u otros bienes del socio asegurador, sino por un simple papel o escrito de aseguración, con lo que es mayor el riesgo de pérdida del capital si el socio asegurador resulta insolvente¹³⁵. En la edición del *Febrero* de Tapia contrasta, no obstante, la consideración del contrato trino como un mutuo con interés, lícito cuando éste es tan módico que no excede del tanto por ciento que la ley permite por el capital entregado y de cuyo uso se priva a su dueño —con lo que alude al lucro cesante—¹³⁶, con su insistencia, al igual que en las ediciones anteriores del *Febrero*, en que en la introducción de la escritura no se diga que el dinero se entrega en préstamo, sino en compañía¹³⁷.

En el siglo XIX, pues, el contrato trino apenas plantea más que problemas de terminología jurídica sobre su tipificación y su diferenciación del simple préstamo. En 1859 se publicó en Barcelona el *Tratado de la usura* de Marco Mastrofini (en traducción de Mariano José de Ibarguengoitia), cuya obra original había visto la luz una treintena de años antes. Su autor describe y resume la polémica histórica sobre el contrato trino y expone su postura. Para Mastrofini, el contrato trino es perfectamente lícito, aunque reconoce —como otros autores anteriores, contrarios al triple pacto— que no entraña un contrato de sociedad con adición de otros pactos, sino uno de préstamo, pero un préstamo sobre el uso del dinero, por lo que no transfiere el dominio de éste¹³⁸. Estima anticuado el contrato trino y su denominación y califica a su tradicional polémica de falaz y disparatada. Los argumentos —dice Mastrofini— en favor o en contra del contrato trino, constituyen una *ignoratio elenchi*, es decir un magnífico sofisma¹³⁹.

La obra de Mastrofini, antes de su publicación en España, debió acabar prácticamente con la escasa oposición al contrato trino de algunos teólogos. En la edición española que citamos, entre el prólogo del autor y el del traductor, se insertan sendas cartas de Vicente de Massa y Juan Tomás Turco —consultores del Santo Oficio en Roma—, ambas de 1830, en las que los

132. *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces reformada por D. José Marcos Gutiérrez* (1819), t. 2, cap. 23: *De las Compañías y del contrato trino*, p. 166.

133. Eugenio Tapia, *Febrero Novísimo* (Valencia, 1828), t. 2, 359-60.

134. *Ibid.*, 359.

135. *Ibid.*, 359.

136. *Ibid.*, 359.

137. *Ibid.*, 360.

138. *Tratado de la usura*, 319-21.

139. *Ibid.*, 187-88, 195-96, 245 y 321-22.

dos elogian la obra de Mastrofini y reconocen que les ha hecho cambiar de opinión en el tema de la usura. En cuanto a la Península, no deja de ser anecdótico y sintomático que la obra de Mastrofini se publique por la *Librería religiosa* y que en la primera página de la edición que citamos se haga constar que varios prelados de España «han concedido 2.400 días de indulgencia a todos los que leyeren u oyeren leer un capítulo o página de cualquiera de las publicaciones» de dicha editorial. Mucho habían evolucionado los tiempos y las circunstancias desde que, trescientos años antes, se enfrentaran aquellos dos colosales juristas y teólogos, Martín de Azpilcueta y Domingo de Soto, en cuyas doctrinas bebieron durante muchos años tantos doctores castellanos y extranjeros.