

DELIMITACION DEL OBJETO
DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO
DE OBRAS O SERVICIOS

Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Biblioteques



1500492127

Judith Solé Resina

Universidad Autónoma de Barcelona
Departamento de Derecho Privado
Area de Derecho Civil

**DELIMITACION DEL OBJETO DEL
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO
DE OBRAS O SERVICIOS**

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR JUDITH SOLE RESINA

DIRIGIDA POR LA PROFESORA
DRA. MARIA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
CATEDRATICA DE DERECHO CIVIL DE LA U.A.B.

BELLATERRA, 1.996

INDICE

CAPITULO I: ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y ARRENDAMIENTO DE OBRAS. REFERENCIAS HISTORICAS.

I) CUESTION PREVIA	2.-
II) DERECHO ROMANO	3.-
III) DERECHO VISIGODO	12.-
IV) DERECHO DEL ANTIGUO REGIMEN	14.-
1) El Derecho señorial	14.-
2) El Derecho municipal	17.-
3) El Derecho de Castilla	19.-
4) La recepción del Derecho romano	26.-
V) LAS OBRAS DE DOMAT Y POTHIER	32.-
VI) LA CODIFICACION EN FRANCIA Y ALEMANIA	38.-
1) El Código Civil francés	38.-
A) Arrendamiento de cosas y arrendamiento de trabajo y de industria	39.-
B) Arrendamiento de trabajadores y arrendamiento de obras a presupuesto o ajuste .	41.-
C) La denominación de las partes contratantes en los arrendamientos de trabajo y de industria	45.-
D) Arrendamiento de trabajo y de industria y venta de cosa futura	47.-
2) El Código Civil alemán	50.-
A) Arrendamiento de cosas y contratos de obra y de servicios	50.-
B) Contrato de obra y contrato de servicios	51.-
VII) LA CODIFICACION ESPAÑOLA: Los Proyectos de Código Civil Español	55.-
1) El Proyecto de 1.821	55.-
2) El Proyecto de 1.836	57.-
3) El Proyecto de 1.851	59.-
4) El Anteproyecto de 1.882 y el Proyecto de 1.888	60.-

CAPITULO II: ARRENDAMIENTO DE OBRAS O SERVICIOS EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

I)	CARACTERIZACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL	64.-
1)	Arrendamiento de cosas y arrendamiento de obras o servicios	65.-
2)	Contrato de ejecución de obra y contrato de servicios	78.-
II)	ENUMERACION DE LOS CRITERIOS QUE DISTINGUEN EL CONTRATO DE SERVICIOS DEL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA SEGUN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA..	83.-
1)	La forma de fijar la remuneración	89.-
2)	La subordinación o dependencia	97.-
3)	El contenido del trabajo	106.-
4)	La imputación de los riesgos	108.-
5)	El objeto de la obligación de hacer	117.-
III)	RECAPITULACION	124.-

CAPITULO III: EL CONCEPTO DE EJECUCION DE OBRA

I)	CUESTION PREVIA	132.-
II)	LA OBRA COMO COSA HECHA O PRODUCIDA POR UN AGENTE	133.-
1)	La obra en el derecho de accesión	133.-
2)	La obra en las propiedades especiales	136.-
3)	La obra en las relaciones de vecindad (medianería)	140.-
4)	La obra en el arrendamiento de cosas	140.-
III)	LA OBRA COMO ACTIVIDAD DE CREACION, MODIFICACION O ESPECIFICACION DE UNA COSA	142.-
1)	La obra en las propiedades especiales	142.-
2)	La obra en el usufructo	143.-
3)	La obra en las servidumbres	143.-
4)	La obra en la herencia	146.-
5)	La obra en los arrendamientos de cosas	147.-
6)	La obra en la propiedad horizontal	153.-
IV)	EL CONCEPTO DE EJECUCION DE OBRA EN EL CODIGO CIVIL	155.-
1)	La obra en el arrendamiento de obra o servicios	156.-
2)	La ejecución de una obra	158.-
3)	Distinción entre el contrato de ejecución de obra y la compraventa de cosa futura.....	160.-
4)	Objeto del contrato de ejecución de obra....	173.-

V)	AMBITO DE APLICACION DE LOS PRECEPTOS DEL CODIGO CIVIL RELATIVOS AL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA	176.-
1)	Contratos mercantiles de ejecución de obra	177.-
A)	El contrato de creación publicitaria	178.-
B)	El contrato de construcción de buques y aeronaves	180.-
C)	Los contratos de <i>engineering</i>	182.-
2)	El contrato laboral de ejecución de obras	185.-
3)	El contrato administrativo de obras	196.-

CAPITULO IV: EL CONCEPTO DE SERVICIOS (I)

I)	CUESTION PREVIA	209.-
II)	EL CONCEPTO DE SERVICIOS EN SENTIDO AMPLIO	210.-
III)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	215.-
1)	Derecho romano	215.-
2)	Derecho intermedio	217.-
3)	El Código Civil francés	217.-
4)	El Código Civil español	218.-
IV)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MANDATO	224.-
1)	Derecho romano	224.-
2)	Derecho intermedio	231.-
3)	El Código Civil francés	235.-
4)	El Código Civil español	243.-
V)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE MEDIACION	270.-
VI)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE DEPOSITO	276.-
1)	Derecho romano	277.-
2)	Derecho intermedio	278.-
3)	El Código Civil francés	280.-
4)	El Código Civil español	281.-
VII)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE HOSPEDAJE	287.-
VIII)	LOS SERVICIOS OBJETO DE LOS CONTRATOS DE EDICION, REPRESENTACION TEATRAL Y EJECUCION MUSICAL	290.-
1)	El contrato de edición	290.-
2)	El contrato de representación teatral y ejecución musical	299.-
IX)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE TRANSPORTE	302.-
X)	LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: remisión	308.-

CAPITULO V: EL CONCEPTO DE SERVICIOS (II)

I) CUESTION PREVIA	310.-
II) LOS ARTICULOS 1.583 A 1.587 DEL C.C.: AMBITO DE APLICACION Y VIGENCIA	312.-
III) EL CONCEPTO DE SERVICIOS EN SENTIDO ESTRICTO ...	325.-
IV) LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE NATURALEZA MERCANTIL	329.-
V) LOS CONTRATOS DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	339.-
VI) DISTINCION ENTRE EL CONTRATO DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO	346.-

CAPITULO VI: LA CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES EN OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

I) EL ORIGEN DE LA DISTINCION	356.-
II) PRECISIONES TERMINOLOGICAS	362.-
III) LOS CRITERIOS DE DISTINCION PROPUESTOS POR LA DOCTRINA Y UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA	367.-
1) Los criterios propuestos por la doctrina	367.-
2) Los criterios utilizados por la jurisprudencia	372.-
IV) VALORACION DE LA DISTINCION ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO	380.-
1) Utilidad de la distinción	382.-
2) Objeciones a la distinción. Consideraciones críticas	383.-
V) CONSECUENCIAS DE LA DISTINCION ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO	388.-
1) El cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones de medios y de resultado	388.-
2) La carga de la prueba del incumplimiento en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado	396.-
3) La imputabilidad del incumplimiento del deudor en las obligaciones de medios y de resultado	405.-
VI) LA APLICACION DE LA CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES EN OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO A LA DISTINCION DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE EJECUCION DE OBRAS	413.-
VII) RECAPITULACION	427.-

CAPITULO VII: LA REFORMA DE LA NORMATIVA RELATIVA AL CONTRATO DE SERVICIOS Y DE EJECUCION DE OBRAS

I) EL PROYECTO DE LEY 123/000043 POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACION DEL CODIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA 436.-

- 1) La necesidad de la reforma 436.-
- 2) La sistemática del Proyecto 438.-
- 3) Los conceptos de contrato de servicios y contrato de obra 439.-
- 4) La terminología propuesta 444.-
- 5) Las consecuencias de la adopción de la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado superpuesta al mantenimiento de algunos conceptos tradicionales . 447.-
- 6) La diversidad de los regímenes jurídicos de los contratos de servicios y obras propuestos por el Proyecto 449.-

II) RECAPITULACION 470.-

CONCLUSIONES 472.-

ANEXOS 490.-

I) EL PROYECTO DE LEY 123/000043 POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACION DEL CODIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA. 491.-

II) RELACION CRONOLOGICA DE SENTENCIAS CITADAS 498.-

III) BIBLIOGRAFIA 501.-

CAPITULO I

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y ARRENDAMIENTO DE OBRAS. REFERENCIAS HISTORICAS.

SUMARIO: I) CUESTION PREVIA; II) DERECHO ROMANO; III) DERECHO VISIGODO; IV) DERECHO DEL ANTIGUO REGIMEN: 1) El Derecho señorial; 2) El Derecho municipal; 3) El Derecho de Castilla; 4) La recepción del Derecho romano; V) LAS OBRAS DE DOMAT Y POTHIER; VI) LA CODIFICACION EN FRANCIA Y EN ALEMANIA: 1) El Código Civil francés: A) Arrendamiento de cosas y arrendamiento de trabajo y de industria; B) Arrendamiento de trabajadores y arrendamiento de obras a presupuesto o ajuste; C) La denominación de las partes contratantes en los arrendamientos de trabajo y de industria; D) Arrendamiento de trabajo y de industria y venta de cosa futura; 2) El Código Civil Alemán: A) Arrendamiento de cosas y contratos de obra y de servicios; B) Contrato de obra y contrato de servicios; VII) LA CODIFICACION ESPAÑOLA: Los Proyectos de Código Civil Español: 1) El Proyecto de 1.821; 2) El Proyecto de 1.836; 3) El Proyecto de 1.851; 4) El Anteproyecto de 1.882 y el Proyecto de 1.888.

I) CUESTION PREVIA

Iniciamos el estudio de la delimitación de los contratos de arrendamiento de obras y de arrendamiento de servicios realizando un análisis histórico de ambas instituciones jurídicas.

Lo que pretendemos con la exposición de las referencias que siguen es, no tanto el presentar una evolución histórica sin solución de continuidad, cuanto el apuntar todos aquellos datos históricos que entendemos que han podido influir en la regulación legal o en la doctrina jurisprudencial relativa al tema estudiado, y que pueden explicar, bien las soluciones que en la actualidad se brindan a los problemas que se plantean en la configuración de estos contratos, bien la existencia misma de estos problemas.

En este momento, nos centraremos en el análisis de las referencias históricas relacionadas con el tema de la clasificación y diferenciación de los diversos tipos de arrendamiento, y en concreto de la distinción del contrato de arrendamiento de servicios del contrato de arrendamiento de obras, sin perjuicio de que en próximos capítulos volvamos a introducir algunas reflexiones históricas relativas a otros contratos afines al arrendamiento de servicios, de los que también lo intentaremos delimitar.

II) DERECHO ROMANO

A mediados del siglo II a. C. la *locatio conductio* se configura en Roma, junto a la compraventa, la sociedad y el mandato, como un contrato consensual¹.

Las fuentes indican que de la *locatio conductio* nacían obligaciones para ambas partes contratantes en el sentido que "una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad"², y que un elemento esencial de la *locatio conductio* lo constituía la *merces* que una parte se obligaba a pagar a la otra a cambio del beneficio que el contrato le aportaba: "si no se ha fijado una renta cierta no se considera que se haya contraído arrendamiento"³.

No existe, sin embargo, en las fuentes romanas, una definición de la *locatio conductio*, y ello ha suscitado que la doctrina, en un intento de conceptualización, se haya planteado si éste era un contrato unitario o si, por el contrario, se trataba de una expresión que agrupaba distintos tipos contractuales.

Lo cierto es que el término *locatio conductio* se utilizaba para designar una serie de relaciones jurídicas que con posterioridad constituyeron contratos diferentes por completo entre sí -hoy, para nosotros, arrendamiento de cosas, arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios-. Así, se utilizaba para designar la cesión del uso de una cosa, la de un esclavo o trabajador libre o la del resultado de un trabajo,

¹ Instituciones de Gayo, 3, 135: "*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*"

² Instituciones de Gayo, 3, 137: "*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*"

³ Instituciones de Gayo, 3, 142: "*nisi enim merces certe statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*"

siempre a cambio de una contraprestación en dinero.

La pandectística del siglo XIX configuró la clasificación en tres tipos contractuales y la trasladó al derecho romano⁴. Así, distinguió en la *locatio conductio romana* tres variedades: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*, según que la obligación de uno de los contratantes, a cambio de una *merces*, consistiera en ceder el uso temporal de una cosa, en prestar servicios o en ejecutar una obra, respectivamente⁵.

Con base en esta traslación, la doctrina romanista contemporánea más tradicional ha procedido, en el estudio de la

⁴ En este sentido AMIRANTE [Voz: "Locazione: in generale (Diritto romano)", *Novissimo Digesto Italiano*, T.IX, Turín, 1963, pág. 992] dice que los pandectistas acordaron definir el arrendamiento como un contrato dirigido al cambio de uso por dinero. Al notar que podía darse uso de cosas o de energía de trabajo procedieron a realizar la bipartición *locatio rei* y *locatio operarum*, y observando después que el arrendamiento de servicios podía darse tanto dirigido a la obra como tal, cuanto al resultado que con la obra se conseguía, añadieron a la *locatio rei* y *operarum*, la *locatio operis*.

⁵ Así, WINDSCHEID [*Diritto delle Pandette*, Traducción de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENZA, V.II, Turín, 1930, pág. 539] explica que el arrendamiento que tiene por objeto el uso de una cosa, se llama arrendamiento de cosa (*locatio-conductio rei*) y el arrendamiento que tiene por objeto la energía de trabajo se llama arrendamiento de trabajo (*locatio-conductio operarum*). Un caso particular de arrendamiento de trabajo es, según este autor, aquel en el que el contrato se dirige a obtener no tanto el trabajo como tal, cuanto más bien el resultado que se debe conseguir del trabajo (*locatio-conductio operis*).

En sentido similar [GLÜCK, *Comentario alle Pandette*, Libro XIX, Milán, 1891, pág. 36 y ss, citado por LUCAS FERNANDEZ, Francisco, "Comentario al artículo 1.544", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Dirigidos por Manuel Albaladejo, T.XX, V.1º, Jaen, 1980, págs. 82 y 83] afirma que objeto de la *locatio-conductio* pueden ser: cosas, dando lugar a la *locatio-conductio rerum* y servicios dando lugar a la *locatio-conductio operarum*. Dentro de esta figura distingue según se trate : 1º de trabajos que un siervo o trabajador promete realizar contra una cierta merced sin que se obligue además a ulteriores gastos o atenciones: en este caso el contrato se llama *Dienstmieth* (arrendamiento de servicios) *Lohnvertrag* (contratación de salario), o bien 2º de trabajos que se realizan para ejecutar una obra determinada *locatio-conductio operis*.

locatio conductio, a explicar separadamente los tres tipos contractuales que en ella se agrupaban:

Así, la *locatio conductio rei* se define como un contrato por virtud del cual una parte (*locator*) entregaba a la otra (*conductor*), mediante remuneración, una cosa para que la usara o para que la usara y disfrutara. Al *conductor* le correspondía la *actio conducti* para obtener la entrega de la cosa arrendada y su uso o uso y disfrute, y el *locator* disponía de la *actio locati* para exigir la *merces*.

La *locatio conductio operarum* se conceptua como un contrato por virtud del cual una persona se obligaba a realizar frente a otra ciertos servicios, mediante remuneración. El patrono (*conductor*) disponía de una acción, la *actio conducti*, para exigir que el trabajo contratado se realizara cuidadosamente y según sus instrucciones. El obrero (*locator*) estaba obligado a ejecutar el trabajo, y le correspondía la *actio locati* para exigir la retribución convenida (*merces*) aunque no se hubiera hecho uso de sus servicios.

En la *locatio conductio operis*, en cambio, era el *locator* quien pagaba la merced por la obra. No se trataba de cantidades de trabajo, sino de una obra encargada, que el *conductor* debía entregar terminada, sobre una cosa que el *locator* había puesto en sus manos con este fin. La persona que encargaba la obra disponía de la *actio locati* y con ella podía exigir la entrega de la cosa concluida o reformada. El ejecutor de la obra tenía a su favor la *actio conducti* para exigir el precio convenido⁶.

Actualmente la mayoría de la doctrina romanista⁷ sustenta

⁶ En este sentido D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 5ª ed., Pamplona, 1983, págs. 568 y ss.

⁷ D'ORS, Alvaro, *Ob. Cit.*, pág. 563; KASER, Max, *Derecho romano privado*, Versión directa de la 5ª edición alemana por José SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1968, pág. 197; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6ª ed., Barcelona, 1972, pág. 426; VOLTERA, Eduardo, *Instituciones de*

la teoría de la unidad de la *locatio conductio* romana y critica la tripartición tradicional, con la que no parece que opere la Jurisprudencia clásica, con base, fundamentalmente, en dos argumentos:

En primer lugar, se dice, esta tripartición no aparece ni en los párrafos de las Instituciones de Gayo, relativas al contrato de locación⁸, ni en el título *locatio conductio* del Digesto⁹, por lo que existe una fundada sospecha de que en realidad fue desconocida por la jurisprudencia romana clásica y justiniana, que trataba conjuntamente los casos que la doctrina moderna clasifica según su pertenencia a cada uno de los tres tipos¹⁰. Reafirma esta sospecha un texto de ALFENO VARO (D, 19, 2, 31)¹¹, en el que dos casos que los autores modernos considerarían bajo el aspecto de dos *locationes operis* (la

derecho privado romano, Madrid, 1986, págs. 512 y 514; MIQUEL, Joan, *Lecciones de derecho romano*, Barcelona, 1984, pág. 291; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho romano*, 16ª ed., Madrid, 1981, pág. 622; FERNANDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, pág. 417; SCHUMDLIN, Bruno y CANNATA, Carlo Augusto, *Droit privé romain*, Génova, 1987, pág. 141; BIONDI, Biondo, *Instituzioni di diritto romano*, Milán, 1972, pág. 498; AMIRANTE, Ob. Cit., pág. 992; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Nápoles, 1978, pág. 246; JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang, *Derecho privado romano*, Traducido por L. PIETRO CASTRO, Barcelona, 1965, pág. 337; MASI, Antonio, "Locazione (storia)", *Enciclopedia del Diritto*, T.XXIV, Madrid, 1974, pág. 908; y SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, Traducción directa de la edición inglesa de la edición por José SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona, 1960, pág. 518., entre otros. En contra OURLIAC, Paul y MALAFOSSE, J. De; *Derecho romano y francés histórico*, T.I, *Derecho de Obligaciones*. Traducción al español y anotaciones de Manuel FAIREN, Barcelona, 1960, pág. 457.

⁸ Instituciones de Gayo, 3, 142-147.

⁹ D, 19, 2.

¹⁰ En este sentido ARANGIO-RUIZ, Ob. Cit., pág. 346.

¹¹ D, 19, 2, 31: "...Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annuli..."

entrega de una cosa al lavandero para que la lave y la entrega de plata pura al joyero para que fabrique unos vasos, o de oro para que haga anillos), son configurados como *locatio* de dos *res* distintas (*rerum locatarum duo genera esse*)¹².

En segundo lugar, se señala que la terminología *locator* y *conductor* usada en las fuentes romanas para designar a cada una de las partes contratantes, no puede traducirse, respectivamente por "arrendador" y "arrendatario", si con la segunda se indica al que ha de pagar el precio y con la primera al que se compromete a la correspondiente contraprestación, porque aquellos términos latinos no se refieren al precio ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces lo paga el *conductor* y otras el *locator*.

Para los romanos lo fundamental era la circunstancia de que en todos esos casos se alquilaba algo (se ponía a disposición -*locare*- de otra persona, durante cierto tiempo, y en virtud de este acto, el cesionario lo llevaba -*conducere*-, adquiriendo ciertas facultades en cuanto a su goce), bien fuera una cosa, la ejecución de una obra o el trabajo de una persona. Y a esta concepción se debe el hecho, para nosotros extraño, de que aparezca como *locator*, de una parte el que presta los servicios, pero, de otra parte, el que encarga la obra¹³.

Sorprende, no obstante, el hecho de que la mayoría de los autores que defienden la unidad de la *locatio conductio*¹⁴ sigan utilizando una distinción que entienden que fue completamente extraña a los romanos, para estudiar esta institución. En nuestra opinión, no pueden distinguirse en la normativa romana regulaciones diferentes (aunque existan algunas reglas casuísticas), según la variedad de *locatio conductio* a que se haga referencia, si en esta época no se conocían los distintos

¹² VOLTERA, *Ob.Cit.*, pág. 515.

¹³ En este sentido JÖRS y KUNKEL, *Ob. Cit.*, pág. 338.

¹⁴ Todos los citados en la nota 7 con excepción de SCHULZ.

tipos contractuales que hoy se agrupan en el arrendamiento.

En Roma, se reconducían a la *locatio conductio* una pluralidad de situaciones cuyo denominador común está constituido por los términos *locare* y *conducere*. *Locare* quiere decir "colocar", "poner algo a disposición de otra persona", *conducere* significa "llevar juntamente". Los romanos conocieron solamente una *locatio conductio*¹⁵, y, entendemos con SCHULZ¹⁶, que aplicaron las mismas reglas a todas las variedades de este contrato, ya que, como apunta este autor, los juristas romanos no se cuidaron de decidir en qué casos se estaba ante una *locatio conductio operarum* y en cuáles ante una *locatio conductio operis*, ni por tanto de designar quien era el *locator* y quien el *conductor* en cada caso. De forma que las diferencias terminológicas parece que respondieron a conveniencias lingüísticas y al uso sin que tuvieran mayor trascendencia¹⁷.

¹⁵ SCHULZ [*Ob. Cit.*, pág. 520] define la *locatio conductio* como "un contrato consensual, por el que una de las partes (*locator*) colocaba una cosa, un trabajo o servicio, a disposición de otra parte llamada *conductor* con una cierta finalidad y a cambio de una remuneración prometida por el *locator* o el *conductor*."

¹⁶ SCHULZ, *Ob. Cit.*, pág. 519.

¹⁷ En este sentido SCHULZ [*Ob. Cit.*, págs. 518 y ss.] pone los siguientes ejemplos: cuando una persona contrataba el trabajo de un jardinero por un año, y una suma fija de dinero con objeto de arreglar un jardín, éste podía constituirse tanto en un *hortum curandum conduxi* como en un *operas meas locavi in horto curando*. Cuando alguien arrendaba un esclavo, se decía de él que era *conductor*, esto es, persona que llevaba al esclavo consigo (*rem utendam conducere*). La persona que proporcionaba el esclavo era llamado *locator*, porque "colocaba" el esclavo a disposición del *conductor*. Si alguien recibía una cosa para transportarla a otro lugar, el que la recibía era llamado *conductor* porque llevaba consigo la cosa (*rem perferendam conduxit*). El que entregaba la cosa para su transporte era llamado *locator* porque "colocaba" la cosa en poder del porteador. En cuanto a los usos metafóricos de los términos *locare* y *conducere* explica: si alguien contrataba a un arquitecto para construir una casa, el arquitecto era llamado *conductor* porque asumía la tarea (*domum aedificandam conduxit*); la otra parte era llamada *locator* (*domum aedificandam locavit*) porque "colocaba" o encargaba esta tarea al arquitecto. Pero si alguien arrendaba obreros para construir una casa bajo su propia dirección, parecía más propio considerar a los obreros

Las principales reglas que regían el contrato de *locatio conductio* -únicas para todas las variedades- podrían resumirse del siguiente modo:

a) El arrendatario de cosa o la parte que tomaba en arriendo un obrero, debía prometer una remuneración (*merces*), pues en otro caso, el contrato habría sido de *commodatum* o de *mandatum*¹⁸. La *merces* consistía normalmente en una suma de dinero que, a falta de pactos especiales, debía ser pagada al final del contrato¹⁹.

b) La *locatio conductio* se distinguía de la compraventa en que en la primera el obrero suministraba sólo el trabajo, mientras que en la segunda éste suministraba también la materia²⁰.

c) De la *locatio conductio* derivaban dos acciones, la *actio locati* en favor del *locator* y la *actio conducti* en favor del *conductor*²¹.

d) Ambas partes eran responsables por dolo y por culpa, pero

como *locatores* (*locant operas suas in aedificio faciendo*), puesto que se colocaban ellos mismos a disposición de la otra parte.

¹⁸ Instituciones de Gayo 3, 142 : "*nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi*".

¹⁹ En este sentido SCHULZ, *Ob. Cit.*, pág. 522.

²⁰ D. 19, 2, 2: "*Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si mercede convenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videtur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia tercenta, utrum emtio et venditio sit, an locatio conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis etionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dederó mercede pro opera constituta, debium non est, quin locatio et conductio sit.*"

²¹ La *actio locati* y la *actio conducti* se regulan a lo largo del Título II, del Libro 19, del Digesto.

la parte contratante que recibía una cosa de la otra (tanto si era llamado *locator* como si era llamado *conductor*) respondía además por custodia²².

e) En relación al riesgo, el Derecho clásico establece una serie de reglas que lo atribuyen en ocasiones al *locator* y en ocasiones al *conductor*²³.

La escasa atención que presta el derecho clásico al arrendamiento se debe a las condiciones sociales y económicas de Roma. En concreto, la importancia secundaria que merece en las fuentes romanas el contrato por el cual se prestaban servicios es debida, principalmente, a dos causas; de una parte, las condiciones sociales determinan que las clases elevadas, por las ideas dominantes en la época, no pueden prestar servicios sino gratuitamente, es decir bajo la figura contractual del mandato;

²² Instituciones de Gayo 3, 205: "*Item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.*"

Instituciones de Gayo 3, 206: "*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus, nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*"

²³ Todas ellas quedan recogidas en el D, 19, 2. Son las siguientes: Si A tomaba en arriendo una casa por un año y transcurridos seis meses, la casa era destruída por un incendio, el inquilino tenía que pagar solamente el alquiler de medio año. Si A tomaba en arriendo un obrero, también por un año, y moría éste a los seis meses, el heredero del obrero podía reclamar la mitad de la remuneración convenida por todo el año. Si A entregaba oro a un orfebre para que éste le hiciera una sortija y el oro era hurtado al orfebre, éste era responsable por custodia y no podía exigir remuneración alguna por su trabajo si hubiese comenzado el anillo y tampoco si lo hubiese ya acabado. Si un arquitecto asumía la tarea de dirigir la construcción de una casa y ésta, a medio construir, sufría los efectos de un incendio, no podía reclamar remuneración alguna y venía obligado a construir otra casa.

de otra parte, las condiciones económicas convierten el trabajo de los esclavos en uno de los pilares básicos de la economía romana²⁴.

²⁴ En este sentido, JÖRS y KUNKEL, *Ob. Cit.*, pág. 341.

III) DERECHO VISIGODO

La figura de la *locatio conductio* desaparecida en el derecho romano vulgar y sustituida, en lo que a la prestación de servicios se refiere, por una relación en cierto modo de vasallaje, no fue conservada por el derecho visigodo²⁵.

El derecho visigodo presta -al igual que el derecho romano- una escasísima atención al contrato de servicios. Ello es debido a la poca importancia del trabajo libre contratado en aquella época, la finalidad económica del cual era cumplida de un modo considerable por la existencia de personas que por su condición se veían obligadas a prestarlos. El *Liber iudiciorum* guarda un silencio casi absoluto acerca de este contrato. La figura jurídica más próxima a nuestro tema es el "*locare servus*" tratado en la *Lex. Vis.* XI, 3, 4²⁶, que fija en 3 *solidi* anuales el alquiler de los servicios de los mercenarios²⁷ (los servicios podrán ser materiales, de portadores o guías, pero también intelectuales, por ejemplo de contabilidad), con obligación de restituirlos en el plazo fijado en el *placitum*²⁸.

²⁵ En este sentido D'ORS, Alvaro, *Estudios Visigóticos*. T.II. *El código de Eurico*. Edición Polingenesia, Roma-Madrid, 1960, pág. 181.

²⁶ *Lex. Vis.*, 11, 3, 4: "*Si quis transmarinus negotiator mercennarium* (algunos manuscritos añaden: *servum sponte domini sui*) *de sedibus nostris pro vegetando conmercio susceperit, det pro beneficio eius solidus tres per annum unum, et nihilominus inpleto placito servum domino reformare cogatur.*"

²⁷ Según Alvaro D'ORS [*Ob. Cit.*, pág. 131] los *mercenarii* pueden ser siervos alquilados por sus amos, o libres que se alquilan a sí mismos. Esta indiferencia, dice, es típica de la época y está en relación con la desaparición de la figura de la *locatio conductio*.

²⁸ En este sentido GIBERT, Rafael, "El contrato de servicios en el derecho medieval español" en *Revista de Política Social*, nº111, 1974, págs. 10 y ss.

También la *Lex. Vis. 4, 4, 3*²⁹ constituiría, según D'ORS³⁰, una *locatio conductio* de no haber desaparecido en el derecho romano vulgar la configuración de las locaciones. Esta trata del contrato de educación de un niño: hasta cumplir los 10 años, el niño alimentado devenga 2 *solidi* por año y el *nutritor* dispone de un derecho de retención para cobrar esa merced. Después de los 10 años, se estiman compensados los gastos de alimentación con los servicios que puede prestar el alimentado.

²⁹ *Lex. Vis., 4, 4, 3*: "Si quis a parentibus acceperit infantulum nutriendum, usque ad decem annos per singulos annos singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum etatis excesserit, nihil postea mercedis addatur, quia ipse qui nutritus est mercedem suam suo potest compensare servitio. Quo si hanc summam qui repetit dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat."

³⁰ D'ORS, Alvaro, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 152.

IV) DERECHO DEL ANTIGUO REGIMEN

La principal característica del Derecho del Antiguo Régimen es la diversidad jurídica. Por una parte, durante la Alta Edad Media se consolida en la Península Ibérica el sistema feudal que subsiste hasta la Edad Moderna y que dará lugar al Derecho señorial. Por otra, ya en la Baja Edad Media, proliferan los municipios, que coexisten con los regímenes señoriales hasta la decadencia del Antiguo Régimen y dan lugar al Derecho municipal. Además, en la Baja Edad Media comienza el desarrollo del Derecho de Castilla y la recepción del Derecho romano.

Esta variedad de regímenes afecta directamente, como comprobaremos a continuación, a la concepción e incluso a la existencia del arrendamiento de servicios por lo que daremos cuenta de las referencias históricas de esta época diferenciando según éstas correspondan al Derecho señorial, al Derecho municipal, al Derecho de Castilla, o a la recepción del Derecho romano.

1) El Derecho señorial

En la Alta Edad Media el régimen generalizado de trabajo, especialmente el agrario, sigue basándose en las prestaciones de hombres desprovistos de plena libertad. De una parte, existe el régimen de servidumbre personal, por el que los siervos personales aparecen adscritos hereditariamente al servicio doméstico, al trabajo agrario y a los diversos oficios, en favor de las iglesias, monasterios y señores laicos. De otra, el régimen de trabajo servil en donde las prestaciones forzosas están constituidas por las *operas*, *sernas* o *facenderas* que los colonos medievales debían prestar al señor de la tierra y que resultaban necesarias para el cultivo de la tierra señorial. Como

contraprestación del trabajo se entregan alimentos y excepcionalmente una cantidad de dinero por cada jornada de trabajo³¹.

En este régimen, que como ya ha hemos apuntado, subsistirá hasta las revoluciones liberales, muy diversas modalidades de prestación de servicios constituían el objeto del que se ha venido a denominar contrato de servicio fiel, que se celebraba entre el señor y los hombres de su séquito, y que consistía "en la propia entrega a la prestación de un servicio sin sacrificio de la personalidad, sobre la base de una recíproca promesa de fidelidad que fundamentaría derechos y deberes para ambas partes"³².

GIERKE³³ encuentra precisamente en este contrato, el de servicio fiel, las raíces del contrato de servicios del Derecho alemán³⁴. El contrato de servicio fiel, dice, fue el cauce que introdujo un trabajo remunerado de base contractual y libre que progresivamente fue comprendiendo la prestación de servicios menos "honrosos", junto a la prestación de servicios de alta jerarquía a que inicialmente se limitaba, con el consiguiente acercamiento de los trabajos libres más bajos al trabajo remunerado. En el transcurso de la Edad Media, sigue afirmando este autor, el contrato de servicio fiel sufre una transformación; se produce un desgajamiento, yendo al derecho de cosas los enfeudamientos, en los que la cesión de tierras era lo dominante, y al derecho de personas el contrato de servicios,

³¹ En este sentido GIBERT, *Ob. Cit.*, págs. 14 y ss.

³² GIERKE, Otto Von, *Las raíces del contrato de servicios*. Traducción y comentario crítico de G. BARREIRO GONZALEZ, Madrid, 1982, pág. 15.

³³ GIERKE, *Ob. Cit.*, págs. 15 y ss.

³⁴ El parágrafo 611 del B.G.B. establece: "Por el arrendamiento de servicios, el que los promete se obliga a la prestación de aquellos, y la otra parte al pago del salario convenido. Podrán ser objeto de este contrato toda clase de servicios."

cuyo contenido primario fue la promesa de éstos contra una remuneración. Este contrato obligacional que conserva efectos jurídicos personales, supone para GIERKE el nacimiento del contrato de servicios en el Derecho alemán³⁵.

La tesis expuesta encierra una contradicción que ya ha sido puesta de relieve por ALONSO OLEA³⁶. Ciertamente, el modelo de la relación del servicio fiel implica que el trabajo es emanación inseparable de la personalidad, por lo que el trabajador con la oferta de la prestación de servicios entrega una parte de su personalidad. Este modelo no se corresponde con la afirmación del propio GIERKE en el sentido de que "el trabajo se nos presenta hoy como actividad de la persona libre". Situar el origen del contrato de servicios en el contrato de servicio fiel imprimiría en el primero el sello de la falta de libertad³⁷.

En realidad, las relaciones obligatorias que existían entre señor y vasallo no configuraban, pues, un contrato de servicios, aunque como afirma GIBERT³⁸ tampoco puede decirse que faltara en ellas toda idea de vínculo contractual. El tránsito al contrato de servicios se observará al término del sistema de prestaciones laborales forzosas que se presentará como exención de toda *facienda* o *labor*, otorgada como privilegio de población, al

³⁵ También PLANITZ [*Principios de Derecho privado germánico*, Traducción directa de la 3ª ed. alemana por Carlos MELON INFANTE, Barcelona, 1957, págs. 246-247] afirma que las reglas relativas al contrato de servicios alemán se hallan elaboradas sobre el deber recíproco de fidelidad. Según este autor, es en la Edad Media cuando surge el contrato por el cual el trabajador libre contrata sus energías de trabajo a cambio de una remuneración; el vasallo debe trabajo y sumisión fiel, el señor, remuneración y protección fiel.

³⁶ ALONSO OLEA, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1987, págs. 124 y ss.

³⁷ En este sentido afirma ALONSO OLEA [*Ob. Cit.*, pág. 124]: "Si el Derecho romano "cosifica" tanto el trabajo de la persona hasta olvidarse de la misma, el Derecho germánico "personaliza" tanto la actividad, que la persona, semiconfundándose con aquélla, acaba por "cosificarse".

³⁸ GIBERT, *Ob. Cit.*, pág. 20.

extenderse el régimen de los municipios, libres de la dependencia señorial o situados en el realengo³⁹.

2) El Derecho municipal

En el régimen del Derecho municipal se dan los presupuestos sociales y económicos favorables para la práctica de la contratación del trabajo. La libertad municipal rompe los lazos de la dependencia señorial y hace necesario que en adelante se establezcan vías de acuerdo entre las partes.

Se distinguen en los Fueros Municipales medievales dos tipos de contrato de trabajo⁴⁰. De una parte, los trabajos ejecutados por menestrales independientes, que están sólo obligados a entregar su obra. De otra, los trabajos domésticos y agrarios, en los que el trabajador se halla en continua dependencia respecto de quien le contrata⁴¹.

Así, estas fuentes precisan ya, de forma general o casuística, la distinción entre los que hoy denominamos contrato de servicios y contrato de ejecución de obra. La división tiene lugar, no tanto con base en el objeto de la prestación a realizar -ejecución de una obra, prestación de un trabajo de índole doméstico o agrario-, cuanto en función de la independencia o de la subordinación con la que se lleva a cabo el trabajo, ineludiblemente relacionada entonces, con la percepción de la

³⁹ En este sentido GIBERT, *Ob. Cit.*, pág. 21.

⁴⁰ Trata este punto GIBERT [*Ob. Cit.*, págs. 23 y ss.] que realiza un detallado estudio de distintas fuentes del Derecho municipal.

⁴¹ Los contratos de servicios se encuentran, básicamente, en las esferas familiar y agrícola, aunque también podían darse en la esfera del trabajo industrial; así, el menestral, a su vez, podía tener operarios en relación de servicios. En este sentido GIBERT, *Ob. Cit.*, pág. 31.

retribución a tanto alzado o por jornadas, respectivamente⁴².

No existe, sin embargo, un único contrato de servicios, sino más bien diversos tipos de ellos. En este sentido, explica GIBERT⁴³, se diferencian, en primer lugar, un contrato de servicios abstracto que regula las relaciones de carácter general entre un operario y su señor, y, en segundo lugar, una serie de contratos específicos dotados de una peculiar fisonomía en casi todos los elementos de la relación jurídica que comportan.

Entre estos últimos, destaca el citado autor, el contrato de yuguería, por el que un obrero realiza con cierta independencia la totalidad de las labores correspondientes a una empresa agraria en la tierra de su señor, percibiendo su remuneración con cargo a los rendimientos de la propia empresa, el contrato de hortelanía, que difiere por ser su objeto el cultivo de un huerto, los contratos que verifican diversas clases de pastores (de ovejas, cabras, etc.), en los que hay asimismo una gestión de la empresa y una participación en sus ganancias, y los contratos que realizan los servidores que trabajan en el molino y el horno, no en calidad de simples operarios, sino como delegados de los señores titulares de dichos establecimientos. Señala, además, que también se dedican preceptos especiales a los sirvientes domésticos y nodrizas, así como a los contratos de custodia de cultivos y ganados.

⁴² Así, explica GIBERT [*Ob. Cit.*, pág. 31]: "en el Ordenamiento castellano se incluyen en la prescripción de jornada a carpinteros, albañiles y tapiadores, junto a los labradores y peones; pero aquéllos, indudablemente no trabajan en este caso mediante el contrato de obra, sino mediante el de servicios, y la misma explicación debe darse cuando se indica que perciben jornal los maestros albañiles, que entonces no son artesanos, sino operarios."

⁴³ GIBERT, *Ob. Cit.*, págs. 32-33.

3) El Derecho de Castilla

El desarrollo del Derecho de Castilla se inicia con la elaboración del Fuero Real y Las Siete Partidas, y continúa con la de la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, todos estos, importantes instrumentos de unificación jurídica en la Península⁴⁴.

En el Fuero Real no aparece ninguna referencia expresa al arrendamiento de servicios. El Título XVII trata "de las cosas logadas" y en ninguna de sus leyes se mencionan los servicios; existe sólo un tipo de arrendamiento: el arrendamiento de cosas. En este sentido, ARIAS DE BALBOA, en sus glosas a la Ley I⁴⁵, habla de los servicios como uno de los diversos tipos de cosas que se pueden alogar. En concreto, al estudiar el riesgo de la pérdida de la cosa, afirma que cuando se arrienda un servicio, el arrendador deberá la merced aún cuando éste no haya tenido lugar por caso fortuito⁴⁶. También se refiere a los servicios cuando trata del aumento de valor de la cosa arrendada en poder

⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, págs. 142 y ss.

⁴⁵ La Ley I, Título XVII, del Fuero Real del Rey Don Alonso el Sabio establece: "*Todo ome que su bestia logare a otro, sil moriere o si se perdiere por culpa daquel que la tiene, peche otra tan buena a su dueño, e si se dannare, pechel el danno a bien vista de los alcalles; con el aloguer del tiempo que se servió de la bestia: et si mas lexos la levare, o mas tiempo la toviere de quanto puso con el dueño, sil moriere o si se le dannare, peche la bestia o el danno con el aloguer, asi como sobredicho es.*"

⁴⁶ CERDA RUIZ-FUNES [Las Glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla, Madrid, 1951 pág. 278]: "*Otra tal razón es, si algund ome alugó a otro ome que le fiziese alguna lavor, o alguna obra, o que le serviese un anno o más o menos, ca maguer el non cumpla de fazer aquella obra, o lavor, o aquel tiempo si por el non fincó de la cumpli, o de lo fazer todo el aluguer, deve pagar tambien como si lo oviese fecho e conplido, segun que fué puesto. Asi como si algun ome alugó el otro para ir a algund lugar cierto, e aquel ome yendo por el camino fuese preso, o doliente, o ovo algund embargo porque non pudo andar, ca todo el aluguer le deven pagar, ca non fincó por él.*"

del arrendador, y en este sentido afirma que el arrendatario podrá reclamar los gastos que hayan aumentado el valor de la cosa, del siervo o de la bestia, pero no aquellos que le ha ocasionado la manutención del siervo o de la bestia⁴⁷.

Las Partidas son una clara muestra de confusión entre los distintos tipos de arrendamiento y de falta de sistemática completa y precisa. El Título VIII de la Partida V distingue los *logueros* de los arrendamientos y precisa que "alogar e arrendar son dos maneras de pleytos que usan los omes de so uno". La palabra *loguero* (adulteración de *locatio*) significaba tanto el servicio que uno se compromete a prestar a otro con su persona o sus bestias como el uso de una cosa cualquiera que se transmite en cuanto a su uso al que paga un tanto por ella; la palabra *arrendamiento* (dar por cierto rédito) designa el uso de una heredad o de otra cosa durante cierto tiempo⁴⁸.

⁴⁷ CERDA RUIZ-FUNES [Ob. Cit., pág. 279]: "Otrosí, si algund ome alugó alguna cosa, de otro, e fizo en la cosa que alugó alguna costa, o otra costa, porque la cosa vale más, así como que la adobó, o fizo en ella otra lavor provechosa, bien puede demandar aquello que y metió. Esa misma razón es si el alugó un siervo, o una bestia, e fizo en ellas alguna cosa que es provechosa, pero si él fizo costa en darles de comer, o a beber, o vestir, o a calçar, non lo puede demandar salvo si le dió cosa, o fizo costa, conveniente que se non podrie escusar."

⁴⁸ La ley 1 del Título VIII de la Partida V dice: "Aloguero es propriamente, quando vn ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia; o otorgar vn ome a otro poder de vsar de su cosa, o de seruirse della, por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa rescibiesse, que non fuessen dineros contados, non seria loguero, mas seria contracto innominato: assi como diximos en la postrimera ley del Titulo de los Cambios. E arrendamiento, segun el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoxerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en latin apletamiento; que pertenesce tan solamente a los logueros de los nauios."

Comentan SANPONTS Y BARBA, Ignacio; MARTI DE EIXALA, Ramón; y FERRER Y SUBIRANA, José [Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX. Con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio LOPEZ, Vertida al castellano por estos mismos, Barcelona, 1843], en nota a la Ley 1ª del Título VIII, Partida V, la importancia de que el contrato sea innominado o que se llame de arrendamiento: "¿Y que nos importa, se dirá tal vez, que el contrato sea innominado ó que se llame de arrendamiento?"

La unidad con que se tratan los *logueros* (en donde aparecen ahora adscritas las prestaciones de servicios) debe matizarse a tenor de la letra de la Ley 5 del Título XX Partida II⁴⁹ que regula, como ya hicieron los Fueros municipales, dos tipos de

Mucho, atendida la legislación de las partidas, pero poco ó nada despues de la ley de Ordenamiento. En efecto, las Partidas solo atribuyen fuerza obligatoria de un modo absoluto á los contratos nominados: á los innominados no se la conceden á menos que se hallen revestidos de la estipulacion, ó que una de las partes haya cumplido con lo que prometió, ll. 3. y 5. tít. 6. y princ. y l.1. tít. 11 de esta Part. Empero, por la cit. ley del Ordenamiento todo pacto es obligatorio: de consiguiente, aunque no se diga contrato de arrendamiento cuando el precio no se estipuló en dinero, por eso no dejará de producir las mismas acciones, salvo la diferencia en el precio, pues que los contratos innominados, cuando se trata de su ejecucion, se juzgan á tenor de lo establecido para los contratos nominados con los cuales tienen mayor semejanza".

⁴⁹ Ley 5, Título XX, Partida II: "Lauor, e obra, como quier que sean fechas por maestria, departamento ha entre ellas, ca lauor es dicha, aquellas cosas que los omes fazen trabajando, en dos maneras. La vna por razon de la fechura. La otra, por razon del tiempo; assi como aquellos que labran por pan, e por vino, e guardan sus ganados, o que fazen otras cosas semejantes destas, en que resciben trabajo, e andan fuera por los montes, o por los campos, e han por fuerza a sofrir frio, e calentura, segund el tiempo que faze. E obras son las que los omes fazen, estando en casas, o en lugares encubiertos; assi como los que labran oro, e plata, e fazen monedas, e armas, e armaduras, e los otros menestrales, que son de muchas maneras, que obran desta guisa, maguer ellos trabajan por sus cuerpos, non se apodera tanto el tiempo dellos, para fazerles daño, como a los otros que andan de fuera. E por ende a estos llaman Menestrales, e a los otros Labradores. Pero porque estas cosas se han de fazer por maestria, e por arte, conuiene que los que las fizieren, deuen guardar tres cosas. La primera, que las fagan lealmente, de aquello que conuiene, non cambiando las cosas de que las fazen, nin las falsando. La segunda, que las fagan complidas, non escatimando, ni menguando en ellas. La tercera, que sean acuciosos en fazerlas, trabajando, e afanando, e faziendo y todo su poder, poque las fagan ayna, e bien; e sabiendose aprouechar de los tiempos, que les ayuden a fazerlas."

GREGORIO LOPEZ, en su glosa a esta Ley, afirma que "Se hace acertadamente distinción en esta ley entre trabajo y obra, pues aun cuando por ésta se entienda todo lo que uno hace a cuenta de otro..., comprendiéndose de consiguiente toda clase de trabajo; con todo este último en sentido propio y riguroso se toma por el que se emplea en el cultivo de los campos, y por esto los que se dedican a él se llaman labradores." *Vid.*, en SAMPONTS; MARTI DE EXIXALA; Y FERRER SUBIRANA, *Ob. Cit.*

contratos de prestación de trabajo. En este caso, la distinción se basa en el tipo de trabajo a realizar, es decir, en el objeto del contrato; es labor el trabajo que se realiza al aire libre (por los labradores) y obra el que se realiza en lugares cubiertos (por los menestrales). Parece, pues, que tal clasificación no se corresponde con la que observamos que existía en los Fueros Municipales que se basaba fundamentalmente en la independencia o subordinación con que se prestaba el trabajo.

La Nueva Recopilación no soluciona estos problemas de clasificación sino que, muy al contrario, utiliza la misma terminología que los textos anteriores referida ahora a otros tipos de trabajo. Así, en el Título XI del Libro 7º -De los oficiales, y jornaleros, y menestrales-, se distingue entre los menestrales y jornaleros que trabajaban por jornadas, y los obreros, jornaleros y menestrales que se alquilan⁵⁰. Estos términos no parecen diferenciar entre trabajo subordinado e independiente, ni entre trabajo en lugares cubiertos y descubiertos, ni tan sólo entre trabajos por un cierto tiempo y para una cierta obra.

⁵⁰ La Ley II del Título XI del Libro séptimo de la Nueva Recopilación establece: "*Porque es orden de justicia, que los mercenarios no fean defraudados de fu merced, ni aquellos que los alogan, y alquilan no fea defraudados del feruicio, ordenamos que todos los carpinteros, y aluañiles, y obreros, y jornaleros, y los otros hobres, y mugeres, y menestrales, que fe fuelen alogar y alquilar, que fe falgan a las plaças de cada vn lugar do eftuieren, do es acoftubrado de fe alquilar cada dia en quebrando el alua, con fus herramientas, en manera que falga del lugar en faliendo el Sol, para hazer las labores en que fuero alquilados, y labren todo el dia, en tal manera que falgan de las dichas labores en tiempo que lleguen a la villa, ò lugar donde fueron alquilados en poniendofe el Sol: y los que labraren dentro de la villa, ò lugar donde fueron alquilados, que labren dende el dicho tiempo que fale el Sol, y dexen la labor quando fe pufiese el Sol, fo pena que le no fea pagado el quarto del jornal que ganare.*"

La Ley III del mismo Título dice: "*Porque los menestrales, y los otros que andan à jornales a las labores, y otros oficios fon pueftos en grandes precios y fon muy dañosos para aquellos que los han de meneftar, tenemos por bien, que porque los Concejos, y hombres buenos cada vno en fu comarca fabran ordenar en razon de los precios de los hombres que andan à jornal, fegun que los precios de las viadas valieren...*"

La Novísima Recopilación, por su parte, no varía sustancialmente, en este tema, la regulación establecida en la Nueva Recopilación.

Lo cierto es que tanto Las Partidas⁵¹ como la Nueva Recopilación⁵² distinguen entre el arrendamiento de cosas y el trabajo⁵³. Este segundo tipo de arrendamiento reúne, por su parte, una gran variedad de contratos dispersos a lo largo de los distintos textos.

Tal variedad aparece detallada en los comentarios de SANCHEZ ROMAN⁵⁴. Este autor afirma que pueden distinguirse seis especies de arrendamiento de servicios -utiliza el término "servicios" en un sentido amplio-: 1) El arrendamiento de rentas y tributos públicos, 2) El arrendamiento de servicios domésticos o manuales por salario, 3) El arrendamiento de obras, 4) El arrendamiento de transportes, 5) El arrendamiento de hospedaje, y 6) El arrendamiento de servicios profesionales y artes liberales.

1) SANCHEZ ROMAN no define el arrendamiento de rentas y tributos públicos. De este contrato de servicios se limita a señalar que se rige por las instrucciones y reglamentos administrativos extraños al derecho civil. Entendemos, sin embargo, que con esta institución hace referencia a los contratos

⁵¹ Ley III, Título 5, Partida V: "*Obras que ome faga, con fus manos, o beftias, o nauios, para traer mercadurias o para aprouecharfe del vfo dellas: e todas las otras cofas, que ome fuele alogar, pueden fer alogadas, o arrendadas...*"

⁵² El Título XI, Libro 7, reproducido parcialmente en nota 50 se refiere exclusivamente al arrendamiento de obras y trabajo.

⁵³ En este sentido JORDAN DE ASSO Y DEL RIO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Miguel, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 5ª ed., Madrid, 1792, Reproducción anastática, Valladolid, 1984, pág. 217; GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, T.IV, 2ª ed., Madrid, 1871, pág. 373; y SANCHEZ ROMAN, Felipe, *Derecho civil Español común y foral*, T.IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pág. 734.

⁵⁴ SANCHEZ ROMAN, *Ob. Cit.*, págs. 750 y ss.

por los que un particular se obliga a desarrollar una actividad - fundamentalmente la recaudación de impuestos- en favor de un ente público y a cambio de una remuneración⁵⁵.

2) El arrendamiento de servicios domésticos o manuales por salario, es aquel contrato por virtud del cual ciertas personas, en calidad de obreros o trabajadores, se obligan a prestar ciertos servicios, o trabajos domésticos o materiales, a cambio de una retribución o salario, cuyo tipo se determina con relación a una unidad de tiempo, como el día, la semana, el mes o el año y que se regula en la Ley 1ª, Tit. 26, Libro VIII de la Novísima Recopilación, en las Leyes 10, 12 y 15, Tit. 8º, Part. V y en la Ley 2ª, Tit. 23, Libro VIII de la Nueva Recopilación.

3) El arrendamiento de obras, regulado en las leyes 16 y 17 del Tít. 8º, Partida V, es el contrato de obras celebrado por un arquitecto o maestro de obras para la construcción de una casa u otro edificio, por cierta retribución o precio fijado a tanto alzado. Si la retribución es sólo del trabajo personal, por la dirección de la obra, se fija por unidades de tiempo, días, meses o años y, entonces, el trabajo es a sueldo y constituye un caso de arrendamiento de servicios profesionales.

Dentro del contrato de obras, explica SANCHEZ ROMAN, los escritores y las leyes distinguen los tres supuestos siguientes: 1º Que el arquitecto o maestro de obras no preste más que su trabajo, 2º que además de su dirección o trabajo facilite los materiales, 3º que además de su trabajo facilite el terreno. En la tercera hipótesis, o sea cuando el arquitecto o director de la construcción preste su trabajo y facilite el terreno, respecto de lo primero, el contrato será de arrendamiento de industria, y en cuanto a lo segundo, regirá la doctrina de las ventas

⁵⁵ GUTIERREZ FERNANDEZ [Ob. Cit., pág. 387] añade al arrendamiento de rentas y tributos públicos, el contrato por el que un particular se obliga a suministrar víveres al ejército o armada, y el contrato de obras públicas. Todos ellos configuran, según este autor, una misma especie del contrato de arrendamiento.

condicionales y de cosas futuras a que se refieren las leyes 11 y 26, Tit. 5º, Partida V, según las cuales el peligro de la pérdida de las cosas no es imputable al comprador y sí al vendedor, hasta que la cosa futura se convierte en real, o se cumple la condición.

4) El cuarto tipo de arrendamiento de servicios es, según el citado autor, el arrendamiento de transportes, que es una especie del arrendamiento de industria. Consiste en un contrato por el cual se adquiere por una parte la obligación de trasladar de un punto a otro personas o cosas, por agua o por tierra, mediante una retribución o porte, y se halla regulado en las leyes 8, 13 y 26 del Tít. 8º, Partida V.

5) El arrendamiento de servicios de hospedaje es otra variedad del arrendamiento de servicios, relativa al alojamiento de personas y cosas o equipajes que lleven en su compañía, en cualquier casa o establecimiento destinado a esta aplicación y se regula en las leyes 26 y 27 del Tit.8º, Partida V, y 6 y 7 del Tít.XI, Lib.7 de la Nueva Recopilación.

6) Por último, el arrendamiento de servicios profesionales y artes liberales se rige por la doctrina general del arrendamiento de servicios y por las reglas especiales del ejercicio de la técnica profesional de que se trate, siempre modificada aquella por un principio de mayor respeto y libertad de acción para el arrendador, profesor o artista, en armonía con la mayor elevación e índole superior de los trabajos que presten. Los contemplan las leyes 9 y 11, Tit. 8ª, Partida V.

Esta variedad de arrendamientos de trabajo comporta una multiplicidad de términos para referirse al propio contrato, a las partes contratantes, y a la contraprestación, que también ha puesto de relieve SANCHEZ ROMAN⁵⁶. Así, explica, "el arrendamiento de servicios, si son de índole doméstica, toma el

⁵⁶ SANCHEZ ROMAN, *Ob. Cit.*, pág. 736.

nombre de servicio; las partes contratantes, los de sirviente o criado y amo o señor; y la merced, el de salario o soldada. Si son de trabajo corporal, el nombre genérico de arrendamiento o el de ajuste; las partes contratantes, arrendador, obrero o jornalero, y algunas veces destajista, y entonces el contrato se llama destajo; el que paga el servicio arrendatario, y la merced, salario, jornal o destajo. Si el servicio es de cobranza de rentas, de construcción de obras o de cualquier empresa, en general, el contrato se denomina ajuste o contrato de obras, asiento o empresa; las partes contratantes, arrendador, asentista, constructor o empresario y arrendatario, y la merced renta o precio. Si son de conducción terrestre, se llama transporte; las partes, porteador y cargador, y la merced, porte. Si son de conducción marítima, fletamento, fletante, fletador y flete. Si son de hospedaje, toma este mismo nombre; las partes contratantes, posadero o fondista y huésped, y la merced, precio, pensión o hospedaje. Y si los servicios son de índole profesional o de artes liberales, locación de servicios, en general; las partes contratantes, abogado, patrono o médico, etc., y cliente, y la merced, retribución u honorarios".

4) La Recepción del Derecho romano.

No aparece en los comentarios de glosadores y postglosadores la tripartición de la *locatio conductio* en *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operum* que posteriormente introducen los pandectistas.

Estos comentarios se limitan a poner de relieve que el objeto de la *locatio conductio* puede consistir en la cesión del uso de una cosa o en la cesión de trabajo (obras o servicios)⁵⁷,

⁵⁷ Así, AZON, *Summa Codicis*, IV, 65, n.1, Basiliae, 1572, escribe: "*Est autem locatio, personae reive ad usum facta concessio, mercede im pecunia numeranda et conventa*".

y a observar que cuando el objeto lo constituye una prestación de hacer la denominación de las partes contratantes es la inversa que cuando el objeto lo constituye la prestación de dar en uso una cosa; en el primer caso quien presta el trabajo es el *conductor* y quien paga el dinero el *locator*, mientras que en el segundo caso, es *locator* quien da en uso la cosa y *conductor* quien paga el dinero⁵⁸.

No se explicita pues, en estos comentarios, una clasificación de la *locatio conductio* que permita distinguir el arrendamiento de servicios del arrendamiento de obra, sino que, por el contrario, utilizan el término obra como sinónimo de toda prestación de hacer a cuenta de otro⁵⁹.

Sin embargo, en tema de daños, se plantea ya un problema que se resuelve con argumentos similares a los que la mayoría de la doctrina actual esgrime para la distinción del arrendamiento de obras y servicios (obligación de resultado o de medios). Se trata de la posibilidad de retrasar el pago del salario bajo el pretexto del trabajo mal hecho. BALDO⁶⁰ afirma: si el operario se ha contratado por jornadas (*dietum*) el pago no puede ser ni suspendido ni retrasado porque el amo podía comprobar al finalizar cada jornada si el trabajo estaba bien hecho, y si no protestó durante la ejecución del trabajo y siguió sirviéndose del operario, significa que no tenía excepciones que promover. Si, por el contrario, el operario fue contratado a destajo (*ad mensuram*) es lícito el retraso y está permitida la suspensión,

⁵⁸ En este sentido BARTOLO DE SAXOFERRATO [*Opera Omnia, Venetiis, 1.590, ad. 1. 2, C. 4, 65,*] afirma: "*quod ille qui praestat operas dicitur conductor; ille qui dat pecuniam dicatur locator*".

⁵⁹ GREGORIO LOPEZ [*Ult. Ob. Cit.*] señala, en la glosa a la Ley 5ª, Partida 2ª, que es acertada la distinción que hace esta ley entre trabajo y obra, aun cuando por esta se entienda, según Baldo y Bártolo todo lo que uno hace a cuenta de otro, "comprendiéndose de consiguiente toda clase de trabajo".

⁶⁰ BALDO DE UBALDIS, *Commentaria in Digestum Novum, Venetiis, 1586, ad. 1. 2, C. 4, 65, N.7.*

porque en este caso el operario ha prometido un *opus* y responde por la culpa en que ha incurrido en la ejecución del *opus* mismo.

Los humanistas, al igual que hicieran los postglosadores, siguen tratando la *locatio conductio* como un contrato unitario por el que una parte se obliga a cambio del uso de una cosa ajena o actividad de cierta persona a prestar cierta merced⁶¹, o, a lo más, distinguiendo dentro de ésta entre el arrendamiento de cosa y el arrendamiento de trabajo⁶².

CUJACIO⁶³ señala las similitudes y las diferencias de la *locatio conductio* y la compraventa. Entre los caracteres comunes destaca: a) de ambos contratos derivan obligaciones recíprocas para las partes contratantes, b) ambos contratos se perfeccionan con el consentimiento, c) igual que el precio debe ser cierto en la compraventa, la merced debe ser cierta en la *locatio conductio*, y d) del mismo modo que no existe la compraventa sin precio, no habrá locación sin merced. En cuanto a las diferencias señala: a) sólo las cosas constituyen el objeto de la compraventa, en cambio, en la locación el objeto puede consistir también en una actividad, b) el contrato de venta es el título idóneo para transferir el dominio, en cambio, la locación transfiere sólo el uso, y c) en la venta el precio consiste en dinero numerable, en la locación la merced puede consistir también en cosas fungibles.

⁶¹ Así CUJACIO [*Praelectiones in Institutiones Justiniani*, 1824, pág. 328] dice: "*Locatio et conductio est contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, solo consensu perfectus, quo id agitur ut pro usu alicujus rei, aut operâ certae personae, certa merces praestetur*".

⁶² En este sentido DONELLO [*Commentarii de Iure Civili*, 6ª ed., Novimbergae, 1824, pág. 419] afirma: "*Alia enim rerum locatio est, alia factorum....Quae cum appareat una definitione non conineri, de his feparatim dicendum est*".

Una definición de la locación de trabajo se encuentra en la página 449 donde este autor afirma: "*Sed et haec uadem funt in operarum locatione, ut fi quis feriptor locet alicui ad cribendum operas, fi operii ad opus ruri faciendum, fabri ad infulam aedificandam*".

⁶³ CUJACIO, *Ob. Cit.*, págs. 329-330.

En cuanto a las acciones que derivan de la *locatio conductio*, señala CUJACIO que el *locator* dispone de la *actio locati* para reclamar al conductor la merced convenida y la restitución de la cosa al término del uso; el conductor, por su parte, dispone de la *actio conducti* para reclamar al *locator* el uso de la cosa durante el tiempo convenido⁶⁴.

Los humanistas analizan con cierto detenimiento la denominación que reciben las partes contratantes en los distintos casos en que la prestación consista en dar una cosa para su uso o en una prestación de hacer; así, afirman que cuando se da en uso una cosa, aquel que da la merced es *conductor* y quien la recibe es *locator*, mientras que cuando la obligación es de hacer ambos contrayentes son simultáneamente *conductor* y *locator*, pues el que da trabajo a hacer (*locator*) también da el dinero (*conductor*) y quien presta el trabajo (*conductor*) también recibe la merced (*locator*)⁶⁵. Adoptan, además, distintas nomenclaturas,

⁶⁴ CUJACIO [Ob. Cit., pág. 330]: "*Ex contractu locationis et conductionis duplex oritur actio; nempe actio locati et actio conducti. Actio locati datur locatori adversus conductorem ad hoc ut conventam mercedem consequatur, et ut, finito usu, res locata restituatur. Actio conducti datur conductori adversus locatorem ad hoc, ut conductor habeat liberum rei usum ad tempus conventum, alioquin nisi praestetur, actio superest conductori adversus locatorem cujus facto impeditur.*"

⁶⁵ CUJACIO [Ob. Cit., pág. 330-331]: "*Locator est ille qui dat aliquid utendum vel faciendum sub mercede certae pecuniae; unde apparet conductorem non esse aestimandum aut definiendum ex datione pecuniae, aut acceptione rei utendae aut faciendae; unus ab altero distinguitur. Quoties enim aliqua res utenda datur, ille qui dat mercedem, est conductor; qui verò mercedem accipit, est locator.*"

Sed quoties datur res aliqua facienda, V.G., domus aedificanda, pecuniam accipit conductor, locator verò dat pecuniam. Illud est singulare in hoc contractu, quod uterque contrahens vario respectu conductor simul et locator dicitur; dominus etenim locat opifici aedificium faciendum, opifex verò illud conducit faciendum; opifex igitur est locator operarum, dominus verò est illarum conductor."

En sentido similar DONELLO [Ob. Cit., pág. 419]: "*Nam res privatis ufibus fubiectae, omnes locationem recipiunt et in harum ipfarum locatione femper una et certa perfona locatoris, una et certa conductoris. In factis utrumque contra. Nam neque omnia facta locari poffunt, et quae poffunt, variatur in his pro qualitate facti, locatoris et conductoris appellatio, ut alias*

dentro del término general de *conductor*, según el objeto de la locación sean predios, casas o trabajo, y así el *conductor* se denomina *colonus*, *inquilinus* y *redemptor*, respectivamente⁶⁶.

En tema de responsabilidad afirman estos autores que aquel que realiza el trabajo responde por custodia, por dolo, por culpa lata y por culpa leve, pero no por culpa levísima⁶⁷.

En cuanto a los riesgos DONELLO entiende que si el trabajo no se presta según lo convenido, el conductor no podrá exigir la merced *pro rata* al tiempo empleado. El locator no debe la merced si no ha intervenido impidiendo la actividad del conductor, mientras que si ha actuado en este sentido, el conductor podrá exigir la merced aún cuando el trabajo no se haya realizado según lo pactado⁶⁸.

dicatur locator, qui operam praebet, conductor, qui dat pecuniam, alias e converfo ille conductor, hic locator."

⁶⁶ CUJACIO [Ob. Cit., pág. 331] dice: "*Conductoris nomen generale est, attamen conductor praedii speciali nomine colonus appellatur; conductor verò aedium inquilinus dicitur; operarum verò redemptor appellatur."*

⁶⁷ CUJACIO [Ob. Cit., pág. 331] afirma: "*Conductor non tenetur tamen de casu fortuito in re conductâ, sed de dolo, culpâ latâ et levi, non verò levissimâ; quia locatio et conductio non solius conductoris gratiâ, sed ultriusque et locatoris et conductoris fit."*

Por su parte, DONELLO [Ob. Cit, pág. 450-451] explica los casos en que existe culpa del conductor: "*Cuiusmode culpaefunt: imperitia conductoris; huius inimicitiae; factum ab eo contra conventionem, tempeftiva denuntiatio interdum ab eo aut defenfio praetermiffa; inductio hofpitum aut cuftodum non idoneorum."*

⁶⁸ DONELLO [Ob. Cit, págs. 449-450]: "*Qui operas fuas locavit, eas praeftere debet, tanquam rem et corpus fruendum daret, quod locaffet. Si non praefteret, non tantum merces illi non debetur pro rata eius temporis, quo non edidit operas, fed etiam tenetur locatori in id, quod eius intereft, operam illi fuo tempore recte praeftitam fuiffe quae omnium faciendi obligationum lex eft communis, cum factum non eft, quod fieri debuit..."*

"Vicifim qui operas conduxit, mercedem debet pro opera. Et quidem femper fine haefitatione, fi opera praefcita fit fecundum legem conductionis. Quod fi praefcita non erit, et quaeretur,

En ningún caso aparece, en estos comentarios, una sistematización o distinción entre la ejecución de una obra y la prestación de un servicio. Las prestaciones que actualmente son objeto de dos tipos contractuales diferenciados -arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios- siguen siendo tratadas, por la doctrina humanista, de forma unitaria en el estudio del arrendamiento de las prestaciones de hacer.

utrum nihilominus merces debeat, nec ne? hic eadem distinctione utemur, qua in rebus locatis: ut interfit, casus factum fit, quominus locator praebet operam, an vero per conductorem fteterit, quominus ipse opera uteretur. Si casus obftitit, quamvis nulla fit culpa in locatore, merces ei non debetur; multoque minus si per eum ftetit, quominus operam praestaret..."

V) LAS OBRAS DE DOMAT Y POTHIER

Trataremos con mayor detenimiento las tesis expuestas por DOMAT y POTHIER. Estas opiniones nos merecen más atención porque, como tendremos ocasión de comprobar, tuvieron una gran influencia en la redacción del Código Civil francés, que a su vez es un claro precedente del Código Civil español.

DOMAT define el arrendamiento como un contrato por el cual una parte da el goce o el uso de una cosa o de su trabajo durante algún tiempo por un cierto precio⁶⁹.

Distingue, este autor, tres tipos de arrendamiento: el simple arrendamiento, el arrendamiento de fincas rústicas y los ajustes y otros arrendamientos de trabajo y de industria⁷⁰. La diferencia entre los dos primeros tipos de arrendamiento, señala, estriba en que el arrendamiento de fincas rústicas es un arrendamiento de bienes que producen frutos y por tanto el goce es incierto, mientras que en el simple arrendamiento el goce es cierto⁷¹.

⁶⁹ DOMAT [*Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*. París, 1777, pág. 47]: "Le louage en général; & y comprenant toutes les espèces de baux, est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail pendant quelque temps pour un certain prix."

⁷⁰ DOMAT, [*Ob. Cit*, pág. 47]: "on a cru devoir distinguer ce que nous appelons simplement louage comme d'une maison, d'un cheval ou autre chose, & les baux à ferme ou à labourage & les prix faits."

⁷¹ DOMAT [*Ob. Cit*, pág. 52]: "Le bail à ferme est distingué du bail à loyer d'une maison & autres bâtiments, en ce que le locataire a sa jouissance connue & réglée de l'habitation, ou autre usage d'un bâtiment qu'il prend à louage, & que le fermier ignore quels seront au juste les fruits & autres revenus qu'il prend à ferme, à cause de l'incertitude du plus ou du moins de leur quantité & de leur valeur, & du péril d'une stérilité & autres cas fortuits qui peuvent diminuer le revenu ou l'anéantir."

En cuanto a la distinción entre "el ajuste y otros arrendamientos de trabajo y de industria" -arrendamiento de trabajo-, y la compraventa, sostiene la solución que ya ofrecían las fuentes romanas y los humanistas: si el trabajador pone a la vez trabajo y materiales de modo que todo quede convenido por un precio determinado se tratará de una venta y no de un arrendamiento, pero si se le entrega el material, será un destajo o ajuste⁷².

También en la línea de los comentaristas predecesores, afirma DOMAT que la denominación de las partes varía según el arrendamiento sea de cosa o de trabajo. En el primer caso, el que entrega la cosa es arrendador y el que la recibe arrendatario, mientras que en el arrendamiento de trabajo el que recibe la cosa para hacer es simultáneamente arrendador y arrendatario⁷³.

En tema de responsabilidad afirma que quien realiza el trabajo responde por los daños ocasionados por su ignorancia y su negligencia. Responde asimismo por custodia⁷⁴.

⁷² DOMAT [Ob. Cit., pág. 48]: "D'où il arrive qu'en quelques marchés, il est douteux si ce font des louages ou des ventes. Comme quand on fait marché avec un Orfèvre qu'il fera quelque ouvrage, & qu'il fournira & l'argent & la façon. Ce qui paroît un louage, quoiqu'en effet ce soit une vente."

⁷³ DOMAT [Ob. Cit., pág. 47]: "Celui qui baille une chofe à jouir s'appelle le bailleur ou le locateur, & on donne ces mêmes noms à celui qui donne à faire quelque ouvrage ou quelque travail: celui qui prend une jouissance pour un louage ou une ferme, s'appelle le preneur ou le conducteur, de même que celui qui entreprend un travail ou un ouvrage, qu'on appelle auffi entrepreneur. Mais dans les louages ou prix faits du travail & de l'industrie, les ouvriers ou entrepreneurs tiennent auffi en un fens lieu de locateurs; car ils louent & baillent leur peine."

⁷⁴ DOMAT [Ob. Cit., pág. 55]: "ceux qui entreprennent quelque travail ou quelque ouvrage, doivent de plus répondre des défauts caufés par leur ignorance; car ils doivent favoir faire ce qu'ils entreprennent, & c'est leur faute s'ils ignorent leur profession".

"L'ouvrier ou artífan qui prend une chose en fa puiffance pour y travailler, & celui qui fe charge fimplement de garder quelque chofe moyennant un prix, comme celui qui prend du bétail

Los riesgos corresponden al empleador: cuando el empleado no ha podido realizar su trabajo por caso fortuito tendrá derecho a la contraprestación⁷⁵.

En ningún momento aprecia DOMAT la distinción entre el arrendamiento de obras y el de servicios, muy al contrario, ambos tipos de arrendamientos de trabajo aparecen tratados unitariamente en la Sección VII, Título IV de su obra titulada "*De la nature des prix faits, & autres louages, du travail & de l'industrie*".

POTHIER proclama que existen sólo dos especies de arrendamiento; el arrendamiento de cosas y el arrendamiento de obra⁷⁶. Su Tratado del contrato de locación se compone de siete partes de las cuales la primera se dedica al arrendamiento de

en garde, doivent conferrer ce qui leur est confié avec tout le foin possible aux plus vigilans. Et si, faute d'un tel foin, la chose périt, même par un cas fortuit, ils en feront tenus, comme si elle est dérobée, ou brûtée, ou endommagée, faute d'avoir été mise dans un lieu bien sûr, ou d'avoir été bien gardée. Et il en feroit de même si un ouvrier ayant des choses à plusieurs personnes, avoit donné à l'un ce qui étoit à un autre, quoique par mégarde."

⁷⁵ DOMAT [Ob. Cit., pág. 55]: "*Si on a donné quelque matière à un ouvrier pour faire un ouvrage à un certain prix de l'ouvrage entier, l'entrepreneur n'aura satisfait à son engagement & n'en fera déchargé qu'après que tout l'ouvrage étant vérifié, il se trouvera tel qu'il doit être reçu. Et si c'est un travail qui soit de plusieurs pièces, ou à la mesure, & à un certain prix pour chaque pièce ou chaque mesure, l'entrepreneur fera déchargé à proportion de ce qui sera compté ou mesuré & trouvé bien fait. Et il portera au contraire la perte de son ouvrage, & les dommages intérêts du maître, s'il y en a, pour ce qui se trouveroit n'être pas de la qualité dont il devoit être. Que si dans l'un & dans l'autre cas de ces deux marchés la chose périt par un cas fortuit, avant que l'ouvrage soit vérifié, le maître en portera la perte, & devra le prix de l'ouvrage, sur-tout s'il étoit en demeure de le vérifier, si ce n'est qu'il parût que l'ouvrage ne fût pas tel qu'il dût être reçu."*

⁷⁶ POTHIER [Ouvres de Pothier, V. III, Traité du contrat de louage, París, 1840, pág. 231] afirma: "*Il y a deux espèces de contrats de louage: le louage des choses, et le louage des ouvrages*".

cosas y la séptima al arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado.

El arrendamiento de cosas, dice este autor, es un contrato por el cual uno de los dos contratantes se obliga a dar el goce o el uso al otro de una cosa durante el tiempo convenido y a cambio de un cierto precio, que el otro por su parte, se obliga a pagar⁷⁷. El arrendamiento de obra, señala, es un contrato por el cual una de las partes contratantes da una cierta obra a hacer a la otra, que se obliga a realizarla por un precio convenido entre ellas, que aquella que ha dado la obra a hacer se obliga a pagar⁷⁸. El contrato de arrendamiento de obra, continúa, se distingue principalmente del arrendamiento de cosa en que en éste el objeto del contrato es el uso acordado de una cosa por un cierto tiempo, y en aquel es la obra dada a hacer. En uno *res utenda datur*, en el otro, *res facienda datur*⁷⁹.

En relación a la denominación de las partes, este autor sostiene que en el arrendamiento de cosas es el conductor quien se obliga a pagar el precio del arrendamiento al locator, en cambio, en el arrendamiento de obra es el locator quien se obliga

⁷⁷ POTHIER [Ob. Cit., & 1, pág. 232]: "On peut le définir, un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer".

⁷⁸ POTHIER [Ob. Cit., & 392, pág. 391]: "Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer".

⁷⁹ POTHIER [Ob. Cit., & 393, págs. 391-392]: "Le contrat de louage d'ouvrage diffère principalement du contrat de louage de chose, en ce que c'est l'usage d'une chose accordé pour un certain prix au conducteur qui fait la matière de celui-ci, et que c'est un ouvrage donné à faire qui fait la matière de celui-là. Dans l'un, *res utenda datur*; dans l'autre, *res facienda datur*."

a pagar el precio del arrendamiento al conductor⁸⁰.

La prestación de servicios aparece tratada dentro del arrendamiento de cosas, surgiendo la primera y más importante referencia al mismo al relacionar qué cosas pueden ser arrendadas, distribuyéndolas en cuatro grupos según que: a) puedan ser vendidas y arrendadas; b) no puedan ser vendidas y sí arrendadas; c) puedan ser vendidas y no arrendadas, y d) no puedan ser vendidas ni arrendadas. En el segundo grupo -cosas que no pueden ser vendidas y sí arrendadas- incluye POTHIER el siguiente ejemplo: "Un hombre libre no es susceptible de contrato de venta, pero él puede arrendar sus servicios"⁸¹.

Tras esta referencia, la prestación de servicios aparece en ocasiones⁸², siempre dentro del arrendamiento de cosas, para ilustrar algún punto en concreto pero sin un tratamiento sistemático⁸³.

En relación a la distinción entre el arrendamiento y el contrato de venta, POTHIER, siguiendo a la doctrina tradicional, afirma que en la venta es el obrero quien suministra la principal

⁸⁰ POTHIER [*Ob. Cit.*, & 393, pág. 392]: "*Dans le louage des choses, c'est le conducteur qui s'oblige de payer le prix du louage au locateur; contra, dans le louage d'ouvrage, c'est le locateur qui s'oblige de payer le prix du louage au conducteur*".

⁸¹ POTHIER [*Ob. Cit.*, & 10, pág. 235]: "*Un homme libre n'est pas susceptible du contrat de vente, mais il peut louer ses services*".

⁸² Así, al tratar el precio del arrendamiento; el salario es el acostumbrado para el oficio, trabajo y lugar, en defecto de pacto, *Sec.II*, & 40, pág. 248.

⁸³ En este sentido ALONSO OLEA [*Ob. Cit.*, pág. 188] afirma que lo más aproximado a un tratamiento sistemático del contrato de servicios que puede encontrarse en la obra de POTHIER es un largo párrafo que éste dedica a discutir cómo se aplican "al arrendamiento de los servicios de obreros y servidores" los principios generales que previamente ha formulado sobre cuándo el arrendatario puede dejar de pagar en todo o en parte el precio del arrendamiento (3ª parte, *Cap. I*, *sec. IV*, & 165 a 177, *Vol. 3º*).

materia de la que se compone la obra, mientras que en el arrendamiento la materia principal le es entregada por quien le encarga la obra⁸⁴.

⁸⁴ POTHIER [Ob. Cit., & 394]: "lorsque c'est l'ouvrier qui fournit la matière, c'est un contrat de vente; au contraire, lorsque c'est moi qui fournis à l'ouvrier la matière de l'ouvrage que je lui fais faire, le contrat est un contrat de louage... Observez que, pour qu'un contrat soit un contrat de louage, il suffit que je fournisse à l'ouvrier la principale matière qui doit entrer dans la composition de l'ouvrage; quoique l'ouvrier fournisse le surplus, le contrat n'en est pas moins un contrat de louage."

VI) LA CODIFICACION EN FRANCIA Y EN ALEMANIA

En lo que se refiere a la etapa codificadora centraremos nuestra atención en la Codificación en Francia y en Alemania. La primera, porque, como tendremos ocasión de comprobar, el Código Civil francés es un claro precedente del Código Civil español -y de algunos otros como el Código Civil italiano de 1865- en la materia que estudiamos. La segunda, porque aún cuando el B.G.B. no influya en la elaboración del Código Civil español, sí aporta una serie de soluciones que influirán en las decisiones jurisprudenciales adoptadas de nuestro país.

1) El Código Civil francés.

La regulación del contrato de arrendamiento se comprende en el Título VIII del Libro III del *Code*, dividida en 4 capítulos, de los artículos 1.708 a 1.831.

El capítulo I contiene las disposiciones generales de los dos tipos de arrendamiento, es decir, del de cosas y del de obra (art. 1.708); el capítulo II, del arrendamiento de cosas, se subdivide en tres secciones dedicadas respectivamente la primera a las disposiciones comunes al arrendamiento de casas (*baux des maisons*) y de bienes rústicos (*biens ruraux*), la segunda a las reglas particulares de los arrendamientos urbanos (*baux à loyer*) y la tercera al arrendamiento de fincas rústicas (*baux à ferme*); el capítulo III, del arrendamiento de obra y de industria (*louage d'ouvrage et d'industrie*), se divide a su vez en tres secciones: *du louage des domestiques et ouvriers, des voituriers par terre et par eau, des devis et des marchés*; finalmente, el capítulo IV trata de la aparcería (*du bail à chepel*), y se subdivide en cuatro secciones: *dispositions générales, du cheptel simple, du cheptel à moitié, du cheptel donné par le propriétaire à son*

fermier ou colon partiaire.

La sistemática del *Code* deriva esencialmente de aquella que POTHIER había establecido en su Tratado, y en menor medida recibe la influencia de la doctrina de DOMAT⁸⁵.

La pretensión de comprender cuál es el objeto del contrato de arrendamiento de servicios según el Código Civil francés nos lleva inevitablemente a plantearnos, en este momento, cuatro cuestiones que han sido tratadas por los más insignes comentaristas del *Code*: a) cuál es la diferencia que establece la normativa francesa entre el arrendamiento de cosas y el de obra; b) cuál la que establece entre el arrendamiento de trabajadores y arrendamiento de obras a presupuesto o ajuste; c) qué denominación se otorga a las partes contratantes en los arrendamientos de obra y de industria; y d) qué distingue el arrendamiento de obra y de industria de la venta de cosa futura.

A) Arrendamiento de cosas y arrendamiento de obra y de industria.

El artículo 1.708 del *Code* distingue dos tipos de arrendamiento: el de cosas y el de obra (*ouvrage*)⁸⁶. El artículo 1.709 define el arrendamiento de cosas como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a dar el goce de una cosa a la otra durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que ésta se obliga a pagar⁸⁷. Y, el artículo 1.710 define el

⁸⁵ En el mismo sentido TABET, Andrea; *La locatione-conductione*, en *Trattato di diritto civil e commerciale*, dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, T. XXV, Milán, 1972, pág. 22.

⁸⁶ El artículo 1.708 del Código Civil francés dice:
"Il y a deux sortes de contrats de louage:
Celui des choses.
Et celui d'ouvrage."

⁸⁷ El artículo 1.709 del Código Civil francés dice:
"Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain

arrendamiento de obra (*louage d'ouvrage*) como aquel contrato por el que una de las partes se obliga a hacer alguna cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas⁸⁸.

La bipartición de tipos de arrendamiento y la definición del arrendamiento de cosas son extraídos de la obra de POTHIER. Sin embargo, el Code regula ahora la prestación de servicios dentro del contrato de arrendamiento de obra y de industria, y no dentro del arrendamiento de cosas como lo hiciera este autor⁸⁹. Sigue así, en este punto, la sistemática propuesta por DOMAT⁹⁰ que distinguía el arrendamiento de cosas del arrendamiento de trabajo.

El arrendamiento de obra dispone, en el Code, de reglas particulares y de una fisonomía propia. Mientras que el arrendamiento de cosas tiene por objeto el uso de cosas materiales, el de obra se refiere a la industria humana. La diferencia entre ambos contratos ha sido expuesta por TROPLONG⁹¹ de la siguiente forma: "Hay entre estos dos tipos de arrendamiento toda la distancia que separa la materia inanimada de la actividad humana y de la inteligencia industriosa. El arrendamiento de cosas produce una acción de deliberación para obligar al arrendador a dar el uso al arrendatario. En el arrendamiento de obra y de industria la libertad humana no lo permite, en éste se obligan en cierta medida la personalidad, el

temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer."

⁸⁸ El artículo 1.710 del Código Civil francés dice: "*Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.*"

⁸⁹ *Vid.* pág. 36.

⁹⁰ *Vid.* pág. 32.

⁹¹ TROPLONG, M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code., V.II., L'échange et du louage. Commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code*, París, 1840, & 787.

trabajo, la inteligencia y la máxima *nemo potest cogi ad factum* apuesta en favor de la dignidad de quien ha contraído la obligación".

Esta misma solución será aplicable a la distinción que hará el Código Civil español entre el arrendamiento de cosas por una parte y el arrendamiento de obras o servicios por otra.

B) Arrendamiento de trabajadores y arrendamiento de obras a presupuesto o ajuste.

El arrendamiento de trabajadores y el de obras a presupuesto o ajuste conforman un único tipo contractual (art. 1.710) que el Code viene a denominar arrendamiento de trabajo o arrendamiento de obra e industria.

El artículo 1.779 -con el que se inicia el Capítulo III del Título VIII del Libro III del Code- establece tres especies principales de arrendamiento de obra y de industria: el arrendamiento de trabajadores (*gens de travail*) que se obligan al servicio de alguien; el de los transportistas por tierra o por agua, que se obligan al transporte de personas y mercancías; y el de los contratistas de obras a presupuesto o ajuste (la redacción original de este último supuesto fue modificada por Ley de nº67-3 de 3 de enero de 1967 por la que se estableció: "el de los arquitectos, contratistas y técnicos por estudios a presupuesto o ajuste").

A continuación el Capítulo III se divide en tres secciones: 1ª del arrendamiento de criados domésticos y de obreros, 2ª de los transportistas por tierra y por mar, y 3ª de los presupuestos o ajustes (*des devis et des marches*)⁹².

⁹² LAURENT [*Principes de droit civil français*, T.XXV, Paris-Bruxelles, 1878, & 1, págs. 5-6] advierte que aunque la ley emplea como sinónimas las expresiones *devis*, *marché* y *prix fait* (utilizada esta última en el artículo 1.711), tienen todas ellas significados distintos. Por el término *devis* (presupuesto), dice,

A tenor del título de la sección 1ª parece que puede afirmarse que cuando el artículo 1.779 habla de "trabajadores" (*gens de travail*) se refiere a criados domésticos, obreros, trabajadores y todos aquellos que comprometen sus servicios.

Los criados domésticos son aquellos que se encuentran ligados de una forma particular a la persona, menaje o casa del amo⁹³. Todos aquellos que no son domésticos entran en la categoría de obreros que establece la rúbrica de la sección 1ª⁹⁴. Pero los obreros pueden arrendar su trabajo por jornadas o a precio hecho (ajuste o presupuesto); en este segundo caso, los obreros realizarán un contrato de los regulados en la sección III de este mismo Capítulo⁹⁵. Así pues, parece claro que no es

debe entenderse el estado detallado de las obras a hacer y de los materiales a emplear, con indicación del precio de los materiales y de la mano de obra. El fin del *devis* es dar a las partes y sobre todo al amo, el conocimiento completo de todo aquello que le interesa saber sobre las obligaciones que va a contratar. El *marché* (ajuste), continúa, es el contrato de arrendamiento de obra intervenido entre el amo y el contratista. Por último señala que el *prix faite* es el precio por el cual se debe hacer la obra, también llamado *forfait* para indicar que es invariable.

⁹³ MARCADE [*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 1852, pág. 523] entiende que aunque antiguamente se consideraban domésticos todas las personas ligadas por el título que fuera a la casa de otro (preceptores, capellanes, etc.), las nuevas costumbres no aceptan este término en un sentido tan amplio y, por tanto, no deben considerarse domésticos en el lenguaje del Code más que aquellos que desempeñan cerca de una persona funciones "ínfimas", y aquellos a los que la gente atribuye tal calificación.

LAURENT [*Ob. Cit.*, & 487, pág. 540-541] se pronuncia en el mismo sentido y explica este cambio de costumbres: "En 1748, VOLTAIRE escribió a la reina de Francia: "*Daignez considérer madame, que je suis domestique du roi et, par conséquent le votre*". La revolución cambió profundamente estas costumbres; la domesticidad se transforma en un servicio regulado semejante al de los funcionarios, es una función que tiene sus leyes, ya no es un servicio indefinido a la sumisión del amo, es regulado y definido".

⁹⁴ En el mismo sentido TROPLONG, *Ob. Cit.*, & 843, págs. 75 y ss.

⁹⁵ MARCADE [*Ob. Cit.*, pág. 523] señala que el término "obreros" no se refiere aquí a todos aquellos que así se califican en el lenguaje habitual, sino solamente a aquellos que

el tipo de trabajo a realizar -manual o intelectual- el que diferencia ambos contratos⁹⁶. Por lo que cabe preguntarse ¿qué criterio o criterios establece el Code para distinguir ambos contratos?

TROPLONG⁹⁷ resuelve esta cuestión afirmando que la sección primera se dedica a los servicios, obras o trabajos, distribuidos según una cierta medida de tiempo y empleados como medios para obtener un resultado general para el amo, mientras que en la sección tercera el objeto del contrato es la ejecución de un resultado prefijado, definido, convenido, encargado desde un principio al obrero, y que éste ha prometido realizar con su trabajo, a cambio de un precio hecho, con independencia del tiempo que se emplee⁹⁸. Este autor baraja así dos criterios distintivos: en primer lugar el del objeto del contrato, que en

se someten a una mayor dependencia y se arriendan por días, semanas, meses o años. Los otros, es decir, todos aquellos que, aunque obreros (porque realizan trabajos manuales o artes mecánicas), que trabajan por piezas, es decir, a cambio de un precio hecho por cada obra, no entran en esta 1ª sección, sino en la 3ª, ya que el contrato que realizan no es un arrendamiento de servicios sino un arrendamiento de obra a presupuesto o ajuste.

⁹⁶ Esto se confirma en el artículo 1.799 del Code que establece: "Los albañiles, carpinteros, cerrajeros y otros obreros que hacen directamente contratos de obras a precio fijo o hecho, son obligados por las reglas prescritas en esta sección; son contratistas en la parte que tratan". Del que se deduce que los obreros que, sin contrato de obras a precio hecho, ejecutan por jornadas o a destajo, por ellos mismos o por los obreros que ellos empleen, trabajos de su materia dirigidos por un propietario, no son contratistas; cualquiera que sea la importancia de su trabajo están obligados por un contrato de servicios.

⁹⁷ TROPLONG, *Ob. Cit.*, & 959, págs. 183-184.

⁹⁸ En sentido similar LAURENT [*Ob. Cit.*, & 2, pág. 6] entiende que lo que caracteriza al "ajuste" es que en él el contratista se obliga a confeccionar una obra mediante un precio fijado en razón del valor de la obra; mientras que el arrendamiento de servicios tiene por objeto, no la obra, sino el trabajo; así el trabajador se obliga por un cierto tiempo o por una obra determinada y es retribuido en razón de su trabajo y no por el producto de su trabajo o la obra que hace.

el arrendamiento de criados domésticos y de obreros es el trabajo en sí mismo, y en el contrato de ajuste es la ejecución de un resultado; y en segundo lugar, el de la forma de remuneración, que en el primer caso depende del tiempo empleado para realizar el trabajo, y en el segundo es un precio fijo independiente de este tiempo.

A nuestro entender son precisamente estos dos criterios - objeto del contrato y forma de remuneración inexorablemente unidos en la regulación del *Code*- los que se establecen como distintivos de ambas modalidades del contrato de trabajo en sentido amplio -del contrato de trabajo en sentido estricto y del contrato de ajuste-.

Ciertamente no es ésta una regulación afortunada pues, como rápidamente advirtieron la doctrina y la jurisprudencia, la forma de remuneración no debería modificar la naturaleza de un contrato, sino que debería configurar un criterio accesorio a éste. Sin embargo, y a pesar de la continua confusión de ambas especies contractuales a la que conduce esta distinción, y de la falta de justificación de que la forma de remuneración produzca diferencias legales entre ellas, no creemos acertado forzar la letra del *Code* hasta el punto de interpretar que la forma de retribución que recoge el mismo título se la sección III no tiene importancia alguna en la configuración de estas especies contractuales. Aplicar otros criterios distintivos sólo conduce a una mayor cofusión⁹⁹. A nuestro entender la única solución posible a este error de regulación es una modificación legislativa.

Como tendremos ocasión de demostrar más adelante, en la

⁹⁹ PLANIOL y RIPERT [*Traité pratique de Droit Civil Français*, T.XI, 2ª ed., París, 1954, págs. 6 y ss.] critican el criterio de la forma de remuneración y en la búsqueda de un criterio válido llegan a afirmar que arrendamiento de servicios es sinónimo de contrato de trabajo, y a entender que el criterio de la subordinación del empleado al empleador, que aparece en el arrendamiento de servicios y no en el de obra, es el definitivo.

configuración del arrendamiento de obras o servicios, el Código Civil español sigue en esencia al Código Civil francés, aunque se distancia en aspectos formales o de sistemática.

De la distinción entre el arrendamiento de trabajo en sentido estricto y el ajuste, resulta una consecuencia importante en tema de riesgos que, a falta de pacto en contrario, recaen en un caso sobre el arrendador y en otro sobre el arrendatario: El Código Civil francés no se ocupa de los riesgos al tratar del arrendamiento de trabajadores (*gens de travail*), porque el obrero no los soporta nunca; si habla, en cambio, de los riesgos en el ajuste (*des devis et des marches*). El artículo 1.788 establece que si en el caso de que el obrero se obliga a poner la materia, la cosa perece antes de su entrega, la pérdida es para el obrero, a menos que el amo se encontrara en mora. De este modo los riesgos se atribuyen, en el ajuste, al contrario que en el contrato de trabajo en sentido estricto, a la parte que realiza la actividad¹⁰⁰.

C) La denominación de las partes contratantes en los arrendamientos de obra y de industria.

A pesar de la continua polémica que había suscitado en la doctrina la denominación de las partes en estos contratos, los redactores del *Code* debían decidir legislativamente qué parte era la arrendadora y cuál la arrendataria en los contratos de obra y de industria, en aras de fijar las reglas para determinar la naturaleza de la acción.

El artículo 1.710 del Código Civil francés establece: "El arrendamiento de obra es un contrato por el que una de las partes (arrendador) se obliga a hacer alguna cosa para la otra

¹⁰⁰ El artículo 1.788 del *Code* establece: "*Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose*".

(arrendatario), mediante un precio convenido entre ellas."¹⁰¹

Explica TROPLONG¹⁰² que el Consejo de Estado había definido el arrendamiento de obra y de industria como un contrato por el cual una de las partes da a la otra cierta cosa a hacer¹⁰³. Aquí, dice, es evidente que quien paga es el arrendador ya que es quien da la cosa a hacer, y el obrero es el arrendatario. El tribunato, sin embargo, propuso modificar esta redacción y esta proposición fue aceptada. En lugar de "dar alguna cosa a hacer" se establece "se obliga a hacer alguna cosa para la otra". De esta manera, sigue este autor, se invierten los papeles: el obrero deviene arrendador y el que paga arrendatario.

Según MARCADE¹⁰⁴, en cambio, los redactores del *Code* deciden, conscientemente, modificar el error que recogía el artículo 1.710 del proyecto al definir el arrendamiento de obra como "un contrato por el cual una de las partes da una cosa a hacer" (que presentaba a la parte que pagaba como aquella que suministraba la materia del contrato convirtiéndolo en un arrendador de obra) a petición del tribunato, para presentar como correlativo al precio la obligación de "hacer alguna cosa".

En cualquier caso, no existe duda alguna de que en el Código Civil francés aquel que realiza el trabajo es llamado arrendador y aquel que lo recibe y lo paga es denominado arrendatario.

¹⁰¹ Así es, según DUVERGIER [*Le droit civil français suivant l'ordre du code*, T.III, París, 1836, pág. 9] como debe verse invariablemente el arrendador en aquel que se obliga a dar el uso o goce de su cosa o de su trabajo, que por consecuencia recibe el precio; y el arrendatario en aquel que recibe o aprovecha la cosa o trabajo, a cambio del precio que paga.

¹⁰² TROPLONG, *Ob. Cit.*, & 64, págs. 235-236.

¹⁰³ Ciertamente, así aparece definido en FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T.XIV, 1827, pág. 217: "Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties donne quelque chose à faire à l'autre, moyennant un prix convenu entre elles".

¹⁰⁴ MARCADE, *Ob. Cit.*, pág. 421.

Esta misma solución será adoptada por el Código Civil español.

D) Arrendamiento de obra y de industria y venta de cosa futura.

En realidad, el problema de esta distinción se encuadra en el *Code* tan sólo en sede del arrendamiento de obra a presupuesto o ajuste frente a la venta de cosa futura (en ambos supuestos una de las partes se obliga a entregar a la otra, a cambio de un precio, una cosa que no existe en el momento en que se perfecciona el contrato) y no plantea, en cambio, problemas en sede del contrato de trabajo en sentido estricto (en donde lo que se remunera es el trabajo en sí mismo y en relación al tiempo empleado).

El artículo 1.711.6 del Código Civil francés establece; "Los ajustes, a presupuesto o a precio hecho, para la realización de una obra mediante un precio determinado, son también arrendamiento, cuando la materia sea suministrada por aquel para quien se realiza el trabajo". Por otra parte, el artículo 1.787 del mismo cuerpo legal establece: "Cuando se encarga a alguien hacer una obra, puede convenirse que éste pondrá solamente su trabajo o industria, o bien que suministrará también la materia."

Explica TROPLONG¹⁰⁵ que en la discusión del artículo 1.711 en el Consejo de Estado, M. REGNAUD DE SAINT-JEAN-D'ANGELY observó que los contratos a presupuesto o a ajuste son una convención que sale de los límites del arrendamiento ya que comprenden, independientemente de la mano de obra, el suministro de los materiales, y pidió que el artículo fuera redactado en base a esta distinción. La propuesta fue adoptada y se adjuntó al artículo primitivo "cuando la materia sea suministrada por

¹⁰⁵ TROPLONG, *Ob. Cit.*, & 965.

aquel para quien se realiza el trabajo"¹⁰⁶. Esta misma idea, continúa, presidió la redacción originaria del artículo 1.787 que se propuso al Consejo de Estado: "Cuando se encarga a alguien hacer una obra puede convenirse que éste pondrá solamente su trabajo o industria, o bien que suministrará también la materia. En el primer caso, es un arrendamiento. En el segundo, en una venta de cosa una vez hecha."¹⁰⁷

El tribunato propuso suprimir las dos últimas líneas "por ser pura doctrina y no tener carácter de disposición legislativa". Es a esta enmienda a la que se debe, según TROPLONG, el actual artículo 1.787. Así pues, afirma, no se pretendió alejar de las leyes romanas suprimiéndose las dos

¹⁰⁶ El primitivo artículo 1.711 que enumeraba las especies de arrendamiento decía en el punto 6: "*Devis, marché ou prix fait, l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé*".

FENET [Ob. Cit., pág. 235] recoge la discusión de este precepto como sigue: "*M. REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) observe que les bornes du louage, lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main-d'oeuvre, la fourniture de matériaux.*

In demande que l'article soit rédigé dans le sens de cette distinction. Il ajoute que, pour l'ordre des matières, la facilité de la discussion en ce moment, et la commodité des recherches après l'émission de la loi, il faudrait distinguer le simple louage d'ouvrages d'avec les entreprises sur devis et à forfait.

M. TROCHET demande que le mot gage soit ajouté au mot louage de travail, cette dernière expression ne présentant pas l'idée qu'on attache au mot gage.

L'article est adopté avec ces deux amendemens."

¹⁰⁷ Ciertamente, la redacción originaria del artículo 1.787 del Code queda recogida en la recopilación de FENET [Ob. Cit., pág. 233] como sigue: "*Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.*

Dans le premier cas, c'est un pur louage.

Dans le econd, c'est une vente d'une chose une fois faite."

En el mismo sentido LAURENT [Avant-project de révision du code civil, T.V, Bruxelles, 1885] constata que el artículo 1.858 del Anteproyecto de Código Civil belga -que en tema de arrendamientos es prácticamente una copia del Código Civil francés- establecía: "Cuando se encarga a alguien hacer un trabajo, se puede convenir que éste pondrá sólo su trabajo o industria, o bien que suministrará también la materia. El primer contrato es un arrendamiento, el segundo una venta."