

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martin Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Los Códigos Civiles y la exclusión del contrato de trabajo

Antonio OJEDA AVILÉS*

RESUMEN: Este trabajo hace un análisis de la introducción del contrato de arrendamiento de servicios en la formulación del código civil como la estructura básica desde donde vendría a forjarse todo el edificio del contrato de trabajo, partiendo de la tesis según la cual el contrato de trabajo es una especie perteneciente al género del arrendamiento de servicios civilista y a este a su vez de la *locatio conductio* romana, realizando una breve síntesis histórica, para concluir que si bien el contrato de trabajo tiene una cierta vinculación con el Derecho Romano, este no tiene relación con el arrendamiento de servicios del Código Civil, ni tampoco con la *locatio conductio* del Derecho Romano.

Palabras clave: Contrato de trabajo, Código Civil, Derecho Romano, *locatio conductio operarum*.

SUMARIO: 1. La tesis oficial del contrato de trabajo como derivación del arrendamiento de servicios civilista y de la *locatio conductio* romana. 2. La impronta de la codificación. 3. La *locatio conductio operarum* en el Derecho Romano. 4. Bibliografía.

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

1. La tesis oficial del contrato de trabajo como derivación del arrendamiento de servicios civilista y de la *locatio conductio romana*

En la averiguación de las relaciones que pueda haber entre la *locatio conductio romana* y el actual contrato de trabajo seguiremos un método retroactivo que tiene un punto de partida y punto de llegada. El punto de partida se sitúa en el momento presente y en la afirmación canónica de que el contrato de trabajo conserva sólidos lazos con el arrendamiento de servicios del Código Civil, y éste a su vez con la *locatio conductio*. Para ello presentaré el cuadro actual de doctrinas judiciales y académicas, con sus matizaciones desde luego, pero bastante monolíticas en torno al principio aludido, y comenzaremos un *excursus* hacia atrás para desentrañar las intermediaciones doctrinales que nos llevan al contrato originario. A partir de ahí, comenzaremos una deconstrucción por la vía de analizar materiales tenidos por indubitados pero que no lo son tanto y de proponer alternativas con nuevos materiales, regresando paulatinamente al momento presente. Alcanzaremos así el punto de llegada, que consistirá en lo siguiente: el contrato de trabajo no tiene relación con el arrendamiento de servicios del Código Civil, ni éste tampoco con la *locatio conductio* del Derecho Romano. No obstante lo cual, la vinculación con el Derecho Romano existe, y atraviesa limpiamente la Historia, aunque de modo discreto.

Comencemos por mirar alrededor. Resulta difícil disentir de la opinión común de que el contrato de trabajo es uno de los tipos del género arrendamiento de servicios, cuando vemos que nada menos que el Código Civil lo acoge implícitamente al aludir, dentro del capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios, al “servicio de criados y trabajadores asalariados”, en una sección casi testimonial de cinco artículos (1583 a 1587) que diríamos queda comprimida entre la generosa regulación del arrendamiento de predios rústicos y urbanos y la abundante del arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado. Sus reglas quedan reducidas a la mínima expresión, a saber, la de que el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo; que el despido sin justa causa obliga a indemnizar con quince días de salario; la famosa indicación de que el amo será creído salvo prueba en contrario sobre la cuantía del salario pactado y de lo que se hubiere ya pagado; y que los trabajadores pierden las herramientas y edificios que ocuparan por razón de su cargo.

Tan breves son las prescripciones, que el Código se ve obligado a remitir a lo que determinen las leyes y reglamentos especiales. La expresión “trabajadores asalariados” se cita dos veces, aunque también se habla de

“amo y criado” y de “amos y sirvientes”, probablemente no como reflejo de los conceptos expresados en el *Code Napoléon*¹, sino de las leyes británicas posteriores de “Master and Servant”². Habitualmente los editores del Código indican en nota a pie de página que a Sección carece de aplicabilidad jurídica a consecuencia de la legislación específica

¹ En la actualidad la sección del *Code* titulada *De louage de service* contiene un único art. 1780 absolutamente anodino en sus términos y contenidos, producto de sucesivas depuraciones por la comisión de codificación y más en concreto por la Ley de simplificación y clarificación del Derecho de 2007, pero igual sucedía en el texto originario de 1804, el cual dedicaba solo tres artículos al *louage d'ouvrage et d'industrie*: el de presentación, 1779, que distinguía tres clases de arrendamientos (de trabajadores, de transportistas y de contratistas de obras, siendo el primero definido como *le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*), y otros dos artículos que incardina en una sección titulada *De louage de Domestiques et Ouvriers*: el 1780, a cuyo tenor no se puede contratar sino a término o para obra determinada, y el 1781, según el cual el amo (*mâitre*) será creído sobre la cuantía y el pago de los salarios del año anterior y sobre el estado de cuentas del año en curso. Más bien la terminología usada por el *Code*, “*mâitre*”, remite a las corporaciones de oficios y los gremios del Antiguo Régimen. Los redactores del CC español no resultaron tan miméticos con el *Code Napoléon* como se suele afirmar, probablemente porque les separaba de él casi un siglo de distancia. Por ejemplo, obsérvese que la presunción de certeza de las afirmaciones del “amo” se admiten en el Código salvo prueba en contrario, a diferencia de lo establecido en el art. 1781 del *Code Napoléon*, que deja en silencio su calificación como *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En Derecho Común se sobreentiende que si la ley nada dice sobre el carácter de la presunción, ésta se considera *iuris tantum*, pero en la filosofía del siglo XIX pudo haber sido distinto y considerar la afirmación del empresario como definitiva. Una solución intermedia vemos en los casos sustanciados ante la jurisdicción ordinaria, como indica A. Cottreau: “La jurisdicción, con muy pocas excepciones, consideró aplicable este artículo [el 1781 *Code Civil*, sobre la presunción de veracidad de las indicaciones del amo respecto a la cuantía del salario] a los criados y jornaleros, pero no a los obreros” [“Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France”, en AA.VV. (Steinmetz, W., ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 219. El mismo autor da cuenta de la actitud muy distinta de los *prud'hommes*, al punto de que habla de un auténtico *renversement de la législation* con respecto artículo 1781, pues indica que “sobre más de cuatro mil causas examinadas [ante los *conseils de prud'hommes*] no he encontrado más de doce pronunciamientos por la afirmativa, es decir, por el juramento decisorio admitido en ausencia de prueba” [“Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homiales (1806-1848)”, *Le mouvement social*, n. 141, 1987, p. 57]. Sería inútil afirmar que al menos en esta parte del Código español la influencia del francés fue mínima. Sobre el tema continuaremos más adelante.

² Las *Master and Servant Acts* surgen a partir de 1823 y se suceden hasta su revocación por la Ley de 1875. Cfr. para el impacto internacional de la legislación británica de la época el interesante libro de Frank, C., *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Ashgate, Farnham, 2010.

reguladora de la relación laboral³.

Y sin embargo la idea de que esos breves preceptos sobre el arrendamiento en el Código forman la matriz de donde nace y desde donde evoluciona el contrato de trabajo hasta su configuración actual prevalece por todo el continente europeo, y especialmente en Francia, Italia y España. Tanto la doctrina como la jurisprudencia lo afirman con rotundidad. Incluso en Alemania, donde el Código Civil no siguió los dictados del *Code Napoléon* y por ello la doctrina no quedó influenciada por la terminología de un texto normativo central, los autores hablan del contrato de trabajo como de una escisión de la *locatio conductio*, así como de su pertenencia al Derecho Patrimonial, no al de Personas, lo que casi de suyo lleva a insistir sobre los orígenes romanos del contrato de trabajo, hallándolos en su regulación de las locaciones de servicios⁴. Hacia finales del siglo XIX y principios del XX, nos dice Lyon-Caen, los juristas “rebautizaron” el arrendamiento de servicios para llamarlo contrato de trabajo⁵: se trataría, pues, de una nueva etiqueta para el mismo contenido, si bien ahora con el elemento de la subordinación ascendido a elemento causal como factor de identificación frente a los demás arrendamientos de servicios. En toda Europa la imponente obra de Barassi consolida en 1901 la relación entre el contrato de trabajo y la *locatio conductio*, y mientras de la *operarum* afirma que se encuentra indisolublemente asociada a la idea de un ser palpitante de vida, fundamenta el contrato de trabajo en la idea de subordinación⁶.

³ Así, *Código Civil*, edición preparada por J. A. Pajares Jiménez para la editorial Civitas, Madrid 2002.

⁴ Vid. Gamillscheg, F., “Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des individual Arbeitsrecht”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, nn. 2-3, 1976, p. 206 ss.; Mayer-Maly, T., “Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts”, *Recht der Arbeit* nn. 8-9, 1967, pp. ss.

⁵ Lyon-Caen, G., *Le droit du travail. Une technique reversible*, París, 1955, p. 22; advierte Nogler, L., *The Concept of ‘Subordination’ in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento, 2009, p. 25, que el cambio no fue meramente una cuestión de terminología, pues el contrato de trabajo se fundaba en la subordinación.

⁶ Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano 1901; reedición facsímil por la Ed. Vita e Pensiero, Milano 2003. El denso y extenso libro fue reeditado en 1915 con importantes modificaciones de la que nos habla Mengoni L., “L’evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro”, en AA.VV., (Napoli M., coord.), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, Milano 2003, pp. 13 ss., ahora en Mengoni L., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, pp. 119 ss., donde indica que la importancia de la edición de 1901 para el nacimiento del moderno Derecho del Trabajo es más de orden negativo que positivo, pues apresura la superación de las tentativas heterodoxas dirigidas a ligar el contrato a un supuesto de hecho basada

Así encontramos recientes sentencias del Tribunal Supremo español donde puede leerse que las normas del Código Civil sobre arrendamientos de servicios no son incompatibles con las del contrato de trabajo “al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente”, siendo en el contrato de trabajo el esquema de la relación contractual una especie del género del arrendamiento de servicios⁷. Añade por ejemplo la sentencia de 12 de febrero de 2008 (R. 5018/2005) que “en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”. Y ello a pesar de que constantemente el mismo Tribunal debe delimitar el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo a causa de la habitual pretensión de eludir las normas laborales buscando la más inocua regulación del Código Civil⁸.

en la tipología del obrero industrial, imponiendo el límite de la compatibilidad con el sistema del Código Civil [de 1865, Código Pisanelli, influido al máximo por el *Code Napoléon*]. Pero el planteamiento no consigue alcanzar un sólido *ubi consistam* dogmático, continúa Mengoni, por una teoría que, sin abandonar la categoría económica del intercambio, separe la relación de trabajo del Derecho de Cosas. En 1913, cuando aparece el ensayo de Carnelutti, el concepto jurídico de contrato de trabajo era una cuestión todavía abierta (pp. 122-123). Una solución coherente vendrá con la segunda edición, indica Mengoni, cuando Barassi abandona la ubicación en el Derecho de Cosas (de Propiedad), e identifica el objeto de la obligación laboral en la promesa de trabajar: “è la promessa del lavoro che è termine di scambio” (p. 123). Tras la segunda edición Barassi no tiene más adversarios, excepto él mismo: para él la autonomía conceptual conquistada por el contrato de trabajo no basta para separarlo del esquema de la locación, e insiste en que el contrato de trabajo podría también llamarse “de locación de trabajo” (pág. 125).

⁷ Sentencias TS (Sala de lo Social) de 7 de junio de 1986, 19 de junio de 2007 (R. 4883/2005), 10 de julio de 2007 (R. 1412/2006), 7 de noviembre de 2007 (R. 2224/2006), 27 de noviembre de 2007 (R. 2211/2006), 12 de diciembre de 2007 (R. 2673/2006), 12 de febrero de 2008 (R. 5018/2005), y 18 de marzo de 2009 (R. 1709/2007), entre otras.

⁸ Así, las SS.TS. de 8 de octubre de 1992 (R. 2754/1991) y de 10 de julio de 2010 (R. 4121/1999), indican cómo la línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó “integración en el círculo rector y disciplinario del empresario”, concepto que en la legislación vigente se formula como ‘servicios... dentro del ámbito de

La postura del TS español va más allá incluso que la de su homólogo francés y de la doctrina científica gala: en Francia, la Corte de Casación comenzó desde principios del siglo XX con una doctrina clara de que “es obrero o empleado quien está vinculado por un arrendamiento de servicios”, pero más tarde, con la evolución doctrinal que llevó a la adopción del término “contrato de trabajo”, la rotundidad se desvanece, y Jeammaud indica que “parece hoy totalmente compartida la convicción de que, en el Derecho vigente en Francia, arrendamiento de servicios no es sino el nombre antiguo, tampoco presente en el mismo lenguaje del Código Civil, del contrato de trabajo”⁹. En España, en cambio, la pervivencia de la terminología usada inicialmente en el Código Civil permite hablar de un género y de una especie, con un parentesco mucho más cercano que el existente entre una figura actual y un antepasado lejano, “un nombre antiguo”.

En la doctrina científica la cuestión apenas encuentra discrepancias, y los manuales de Derecho del Trabajo más atentos a la historia dedican un capítulo al arrendamiento de servicios que es previo a otros capítulos históricos sobre la cuestión social y sobre el movimiento obrero¹⁰. Incluso expertos poco dados a mirar atrás como Romagnoli admiten que la densa tipología contractual del contrato de trabajo “deriva por gemación espontánea de la matriz de la *locatio operis*, de la cual reproduce el paradigma típico de cambio entre ejecución de un opus y una compensación”¹¹. Con naturalidad expresan Pélissier, Supiot y Jeammaud

organización y dirección de otra persona, física o jurídica’ (art. 1.1 ET), y que la doctrina científica denomina nota o criterio de ‘dependencia’. Si los servicios del perito tasador de seguros se prestan en régimen de dependencia nos encontraremos, al margen del *nomen iuris* elegido por las partes, ante un contrato de trabajo; si se realiza en régimen de autonomía, fuera del círculo rector o ámbito de dirección de la compañía aseguradora, nos encontraremos, al margen también de la calificación asignada por los contratantes, ante un contrato de arrendamiento de servicios.

⁹ Jeammaud A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico al contrato de trabajo*, p. 58.

¹⁰ Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, Madrid, 2006, capítulo 5, redactado por Arufe Varela.

¹¹ Romagnoli U., “Introduzione”, en AA.VV. (Pedrazzoli, M., coord.), *Lavoro subordinato e dintorni. Confrontazioni e prospettive*, Il Mulino, Bolonia, 1989, p. 17. Para Romagnoli, el resto de la disciplina unitaria de la *locatio operis* recibe en el Código Civil italiano de 1942 un rol residual y subsidiario, resultando *expressis verbis* inaplicable allí donde se está en presencia de un tipo o subtipo especializado de *locatio operis* (*ibidem*). Como se sabe, el CC italiano de 1942 abandona el seguidismo respecto del *Code* francés que había mostrado el Código Pisanelli en 1865 y establece una nítida separación entre el contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo, ahora en un Libro aparte, el V, Del Lavoro. Scognamiglio, R., en su libro *Diritto del Lavoro*, Jovene, Nápoles, 1992, afirma que de la inicial discusión sobre la

algo similar con referencia a la situación francesa: en el cuadro jurídico del Código Civil, las relaciones de trabajo pueden asumir dos de las tres especies principales del arrendamiento de obra e industria, y su fusión en el arrendamiento de servicios, rebautizado como contrato de trabajo, habría de realizarse a finales del siglo XIX¹².

La convicción en el parentesco lleva en ocasiones a incurrir en la simplificación habitual en tales casos, de calificar hacia atrás con los conceptos modernos por mor de la claridad en la exposición. Ejemplo relevante de ello lo encontramos en el por otra parte tan sugerente y rico estudio de Alonso Olea sobre la evolución desde la servidumbre al contrato de trabajo a través de los grandes tratadistas¹³. Si sabemos que el término de contrato de trabajo aparece por vez primera en 1885¹⁴, utilizar

adscripción del contrato de trabajo al contrato de arrendamiento o al contrato de compraventa, se pasa hoy a la neta prevalencia del recurso al de arrendamiento, que propone los términos de definición más comprensivos y elásticos del intercambio entre el goce de un bien y la respectiva compensación (pág. 9).

¹² Péllissier, J., Supiot A. y Jeammaud, A., *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2004, p. 10.

¹³ Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid 1987. Por ejemplo, en p. 109 alude a una distinción crucial en la obra de Kant al enfrentarse a los arrendamientos de servicios de la siguiente forma: “A un lado, el contrato de trabajo o arrendamiento de servicios propiamente dicho...” etc., etc. Así también Gibert Y Sánchez De La Vega, J., *El contrato de servicios en el Derecho Medieval español*, por ejemplo en p. 30, cuando dice que las fuentes anteriores a la recepción romanista, es decir, a las Partidas de Alfonso X, “nos muestran dos tipos de contrato de trabajo”.

¹⁴ En la década de 1880 comenzaron a utilizar el concepto los reglamentos de taller, y en 1885 se produce la primera mención conocida en la doctrina, según Cottureau A., *Industrial tribunals*, cit., p. 220. Probablemente quepa hallar autores que hubieran utilizado la denominación antes de la fecha en que la conocen los franceses, pues por ejemplo en Austria conocemos el libro de Schreiber, K., *Das Arbeitsvertrag nach heutigen österreichischen Privatrecht*, Viena, 1887. El último tercio del XIX desató una pasión desahogada por la naturaleza del contrato en todos los países europeos, ante la importancia y gravedad del fenómeno obrero, al punto de que en 1901 Barassi indicaba que “sobre este tema, que es uno de los predilectos, si no incluso el preferido de la literatura científica de estos últimos veinte años, se han vertido ya ríos de tinta” (*Il contratto di lavoro*, cit., p. VII). Otros autores mencionan como punto de arranque en la denominación el libro de Glasson E., *Le Code Civil et la question ouvrière*, Ed. F.Pichon, París, 1886, citado por Jeammaud A., *Desde el arrendamiento de servicios del Código Civil napoleónico hasta el contrato de trabajo*, p. 55, quien indica que probablemente Glasson la habría tomado de un abogado de Lille comprometido con la defensa de los intereses empresariales. En España la primera mención impresa al contrato de trabajo es, salvo error u omisión, las de Ruiz De Grijalba, A., *El contrato de trabajo ante la razón y el derecho*, Ed. Imprenta del Hospital de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1902. Con anterioridad a ella hay, no obstante, una tesis doctoral manuscrita de Callejo De La Cuesta E., titulada *El contrato de trabajo*, de fecha 1891-1898 (Archivo Histórico Nacional, sección Universidad Central, signatura UNIVERSIDADES, 3748, EXP.1).

el término para situaciones más o menos correspondientes al supuesto de hecho actual puede contaminar el análisis e impedir una visión más certera¹⁵.

En la *communis opinio* actual resulta clara la identificación del arrendamiento de servicios que es germen del contrato de trabajo con la *locatio conductio operarum* romana, en la trilogía “inmutable y perenne” de *locatio conductio rei*, *operis*, y *operarum*: acabamos de ver más arriba la opinión del gran Barassi, quien afirma sin ambages que la *locatio operarum* nos ha llegado del Derecho Romano, donde ha surgido separadamente de la *locatio operis*, y ambas cubren casi completamente el ámbito del contrato de trabajo, si bien hay otras formas intermedias no ignoradas por el Derecho Romano de las que no trata el Código Civil, pero que en cambio son importantes para el Código de Comercio¹⁶. En el siglo de los Códigos la conexión con la *operarum* incorporaba una forma sutil de liberación de la persona del trabajador merced a la identificación del objeto del contrato en su fuerza de trabajo, tras un intenso debate a escala continental en donde se unieron y enfrentaron al mismo tiempo las doctrinas de la venta y del arrendamiento para alejar el trabajo libre del trabajo esclavo, subsistente durante casi todo ese siglo en las colonias ultramarinas de los países europeos. Indica Veneziani que la definición de la relación laboral como *locatio conductio operarum* en los países de Derecho Civil implicó la despersonalización de la relación, pues el contenido del contrato no fue la persona, sino la fuerza laboral del trabajador¹⁷.

Sin duda que en la doctrina subsisten algunas opciones minoritarias, y a alguna de ellas vamos a dedicar nuestra atención. El nuevo contractualismo de que hacen gala los legisladores de nuestro tiempo para hacer frente a la crisis, así como los descubrimientos de significativas sentencias y contratos del siglo XIX han hecho tambalearse, empero, tan sólido edificio, y comienzan a expresarse matizaciones como la de Palomeque López, quien con su habitual acierto terminológico habla de tres fases en la construcción jurídica del contrato de trabajo, siendo la primera la del préstamo institucional, del que dice: “resultaba

¹⁵ Algo parecido ocurre en las bases de datos actuales respecto a documentos jurídicos del XIX o de siglos anteriores, cuando incluyen en un apartado de “contrato de trabajo” lo que el archivero entiende que puede ubicarse en tal lugar: así ocurre, por ejemplo, en los archivos reunidos en el Portal de Archivos Españoles del Ministerio de Cultura (PARES).

¹⁶ Barassi L., *Il contratto di lavoro*, p. 22. Se refiere el autor al Código Pisanelli de 1865, que había remitido la materia mercantil al Código de esa especialidad, igual que había hecho el *Code Napoléon* y que haría más tarde el Código civil español.

¹⁷ Veneziani, B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 57.

imprescindible el recurso al contrato de arrendamiento de servicios que, procedente de la vieja *locatio conductio operarum* romana, es recogido sin excepción en los códigos civiles del XIX, siguiendo la pionera y fecunda experiencia del *code français* de 1804. Se trataba, en fin de cuentas, de una operación forzada y de urgencia ante el vacío institucional circundante¹⁸.

2. La impronta de la codificación

Así pues, la opinión común doctrinal nos conduce derechamente al arrendamiento de servicios en la formulación del Código Civil como la estructura básica desde donde vendría a forjarse todo el edificio del contrato de trabajo. Seguir el rastro de la influencia francesa y el *Code Napoléon* de 1804 resulta muy sencillo por más que el español sea el último Código europeo en atenerse a la estructura arrendaticia, tan tarde como en 1889. En 1900 entra en vigor el Código Civil alemán, que distinguirá entre contrato de servicios (§§ 611 a 630, *Dienstvertrag*) y contrato de obra (§§ 631 a 651, *Werkvertrag*), bien distantes del arrendamiento de cosas (§§ 535 a 580, *Miete*) y del arrendamiento rústico (§§ 581 a 597, *Pacht*), aunque todos ellos dentro del Libro Segundo, Derecho de Obligaciones¹⁹. Y en 1942 se promulga el segundo Código Civil italiano, que como hemos visto se aleja también del arrendamiento.

Entre el *Code français* de 1804 y el Código español de 1889 los Códigos Civiles europeos obedecerán a la influencia francesa del arrendamiento, con la excepción del austríaco²⁰. A su vez queda clara también la enorme influencia ejercida sobre los redactores del *Code* por dos grandes juristas del Antiguo Régimen, Jean Domat (1625-1697) y Robert Pothier (1699-1772), sobre todo de este último²¹. En ellos se encuentra la explicación de

¹⁸ Palomeque López, C., “La construcción jurídica del contrato de trabajo”, en AA.VV. (Rojas Rivero, G., coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 35-36.

¹⁹ El BGB rompe la unidad conceptual de la *locatio* del Derecho Romano y crea categorías separadas, afirman Stolfi N., *Diritto Civile. I contratti speciali*, Turín, 1934, p. 268, y Veneziani B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 68.

²⁰ El ABGB austríaco de 1811 regula los contratos retributivos – Lohnverträge – en los §§ 1151 a 1154, con prescripciones sobre los contratos de obra y de servicio. En Italia no solo el Código del Reino de Italia de 1865 seguía las orientaciones del Código Civil francés, sino que en varios de los Estados italianos previos a la unificación se trasponía sin más su texto, como sucedía en los del Reino de las Dos Sicilias de 1819, de Parma, Piacenza y Guastalla de 1820, o del Piamonte de 1838. En cambio el Código Lombardo-Véneto de 1816 era la traducción italiana del código austríaco.

²¹ Por ejemplo, Batiza R., *Domat, Pothier and the Code Napoléon: some observations concerning the*

la insustancialidad del *Code* en materia de arrendamientos, esos tres artículos casi anodinos que apenas establecen una reserva de institución, un solar donde edificar prácticamente cualquier contenido que se ajuste a la breve estructura trazada en el suelo. En sí mismas la celebridad de ambos juristas de provincias – nacidos y ejercientes en Clermont Ferrand y Orleans, respectivamente – no hubiera bastado para ejercer tan grande influencia en un texto que en su época fue revolucionario porque encarnaba los anhelos de libertad de la burguesía triunfante y de la ilustración. La clave de ambos juristas radicaba en que vivían en ciudades pertenecientes al territorio francés donde imperaba el caos del Derecho consuetudinario, las costumbres de cada pueblo y ciudad, a pesar de que habían sido redactadas por escrito en 1509 y 1510 con el nombre de Costumbres de Orleans y Costumbres de París²², y ese conocimiento les había hecho incorporarse enérgicamente al movimiento que desde un siglo antes pugnaba por clarificar, sistematizar y unificar el Derecho aplicable. Todo el norte y centro de Francia se regían por una multitud de normas, muchas de ellas contradictorias, e impedían el vehemente deseo de Luis XIV de unificar y centralizar su gobierno y, aún más importante, de obtener los impuestos suficientes para sostener la agresiva política de Estado, exactamente igual que un siglo más tarde ocurriría a Napoleón Bonaparte en su determinación de redactar un Código unitario para todo el país²³.

actual sources of the french civil code, Mexico, 1973; Arnaud A. J., “Imperium et Dominium: Domat, Pothier et la codification”, *Droits*, n. 22, 1995, pp. 55-66; Gazzaniga J. L., “Domat et Pothier: le contrat à la fin de l’Ancien Régime”, *Droits*, 12, 1990, pp. 37-46.

²² Me refiero a las recopiladas por los magistrados del Parlamento francés bajo la presidencia del Thibaut Baillet por orden del rey Luis XII, no a las originarias costumbres de París. La mejor colección de las costumbres medievales francesas se encuentra en la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos con el título *The Coutumes of France in the Library of Congress*, Library of Congress, European Law Division, Jean Caswell, Ivan Sipkov, Washington 2006. A diferencia de los fueros municipales españoles, ofrecían una variedad enorme, aunque coincidían con los españoles en que de ordinario aparecían como otorgamientos – más bien reconocimiento de lo ya existente – por los reyes franceses. En la compilación de la Biblioteca del Congreso de EEUU se agrupan en los siguientes apartados: Condado y bailío de Auxerre, Provincia de Auvergne, Ducado y país de Bourbonnais, Villa de Bourges, Bailío y Ducado de Chartres, Bailío de Etampes, Departamento de Loire-et-Cher, Parroquia de Lorris, Condado y Bailío de Nantes, Provincia y Condado de Marche, Bailío de Meaux, Condado de Monfort-l’Amaury, Ducado y país de Nivernois, Ducado de Orléans, Prebostado y Vizcondado de París, Condado y Bailío de Perche, Bailío de Seulis, y Ducado y Bailío de Tours.

²³ La parte sur, en cambio, se regía por el Derecho Romano. Las relaciones entre el Derecho consuetudinario y el Derecho romano en el territorio dominado por el primero eran ambiguas, pues a las normas consuetudinarias se les consideraba como Derecho

Domat, el jurista más importante del Rey Sol²⁴, sobrio y preciso en su escritura, era partidario del movimiento racionalista, con cuyas herramientas aspiraba a unificar el Derecho francés huyendo del desorden de las leyes de la época. Se identificaba con las ideas a favor de la codificación de Dumoulin (1500-1566), y entendía que debería aplicarse la demostración geométrica al Derecho. Por su parte el prolífico Pothier (1699-1772) era un perfecto conocedor de las costumbres locales que aspiraba a sustituir por un único Derecho para Francia, hasta el punto de que uno de sus comentarios versaba justamente sobre las costumbres de Orleans²⁵. Su proyecto de vida consistió en lograr la unificación jurídica de su país por la vía de imbricar el Derecho Romano del sur con las costumbres del resto del país, para lo cual consideró necesario reorganizar las deslavazadas reglas del Digesto bajo el prisma de las estructuras racionalistas que defendía²⁶. A partir de ahí acometió una ingente obra en numerosos volúmenes dedicados a sistematizar el Derecho francés de Obligaciones y los contratos más importantes, entre ellos el de arrendamiento.

El racionalismo francés halló pues en ambos juristas sus mejores valedores en una época ansiosa por disponer de categorizaciones y estructuras abstractas como habían sido las romanas, aunque adaptadas a una economía en veloz desarrollo que precisaba romper con los enmohecidos corsés del Antiguo Régimen y en manos de unos gobernantes ávidos por centralizar y organizar un país perdido en los localismos jurídicos. Para resumirlo con Álvarez de la Rosa, Domat y Pothier dan rigor lógico a una larga tradición. Y lo dan por el orden metódico adoptado, y desemboca en un tratamiento claro y preciso de las

nacional, y el Derecho Romano cumplía una función de Derecho supletorio. *Vid.* Sagnac, P., *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, París, 1899, y Gómez Arboleya, E., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 60, 1951, pp. 33 ss.

²⁴ *Cfr.* Baudelot, B., *Un grand jurisconsulte du XVIIe siècle: Jean Domat*, París, 1938, tesis; Descotes, D., *Le Droit a ses époques, De Pascal à Domat*, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2003; Edelman, B., “Domat et la naissance du sujet du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, n. 39, 1995, pp. 389-419; Ghestin J., “Jean Domat et le Code civil français”, en AA.VV. (Cendon, P., coord.), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del 3e millennio*, Giuffrè, Milán, 1994, V. 2., T. I, pp. 533-557.

²⁵ Véanse por ejemplo Arnaud J. A., *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, París, 1969; AA.VV. (Monéger J., dir.), *Robert-Joseph Pothier, d’hier à aujourd’hui*, Ed. Economica, París, 2001; Sourieux J. L., “Pothier ou le sphinx d’Orléans”, *Droits*, 39, 2004, pp. 69-75; D. Gilles, D. y Gojoso, E., “Sur Pothier et le Code civil”, en AA.VV. (Vernier, O., coord.), *Étude d’histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Ed. La mémoire du droit, Niza, 2008, pp. 403-417.

²⁶ Con su obra *Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*, 1748-1752.

instituciones jurídicas²⁷.

Una vez examinado el entorno extraordinariamente favorable en que se movieron, podemos pasar al análisis de las aportaciones jurídicas de ambos pensadores.

Tanto Domat como Pothier distinguen entre el arrendamiento de cosas y de obra, si bien con clasificaciones en las que se advierte el mayor apego del primero a la tradición medieval y del segundo a la inspiración romanista²⁸, si bien hallamos dos diferencias importantes entre ellos.

Por una parte, mientras que Domat deja fuera del contrato de arrendamiento en general a los que no tienen capacidad y poder para negociar las condiciones del contrato, a saber, los criados, domésticos y jornaleros²⁹, Pothier deja fuera en cambio a los servicios de excelencia, por ejemplo de abogados y profesiones liberales, el valor de cuyo trabajo no se puede calcular, por lo que pasa a incluirlo dentro el mandato y el pago constituye simplemente el reconocimiento del servicio³⁰. Aunque nuestra comprensión vaya con Domat y su rechazo a que quien no tiene capacidad económica para negociar el precio de su trabajo se vea impelido a ello, hemos de convenir en que probablemente su actitud se deba a la no consideración como personas en plenitud de derechos, sino como capitidimuidos siervos – el autor escribe hacia 1690 –, de los domésticos y asimilados, que desde el Derecho Romano se incluían en la familia ampliada y caían bajo la *potestas del paterfamilias*. Todavía cuando escribe Pothier los tipos de trabajos más comunes eran el gremial y el servil, y detrás de ellos el esclavo, por lo que este último autor, principal inspirador del *Code* francés, concentra el arrendamiento de servicios en la franja marginal de los pobres, de los miserables, de donde emergerían jurídicamente dignificados al contratar como hombres “libres”³¹.

²⁷ Domat, J., *Las lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, tomo I. El resumen es de Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 52.

²⁸ Domat distingue entre arrendamiento simple, de fincas rústicas, y de trabajo o industria; Pothier, entre el arrendamiento de cosas y el de obra. Vid. Solé Resina J., *La delimitación del objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra 1996, tesis doctoral, pp. 332 ss.

²⁹ Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica*, p. 57.

³⁰ Pothier, R. J., *Traité du contrat de louage et Traité des cheptels selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Debure, París, 1764, Parte 7; traducción al español, *Tratado de locación conducción de Pothier*, Sociedad de Amigos Colaboradores, Barcelona, 1841.

³¹ Similarmente, Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica*, p. 60, quien añade que a ellos se añadiría la ambigüedad de los domésticos y sirvientes, situados entre el Derecho de Familia y el trabajo forzado, y los aprendices. Pothier dudaba de que el contrato de los domésticos pudiera ser calificado como contrato de arrendamiento de servicios, señala Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, p. 79.

Por otra parte, Domat no habla únicamente de arrendamiento de obra, sino de obra y de trabajo, distinguiendo – incipientemente, como señala Alonso Olea³² – entre quien asume una obra o un trabajo. Se trata de una distinción apenas esbozada, porque enseguida refiere casi todo su discurso al de obra. La única referencia posterior al de servicios consiste en algo ya previsto en el Digesto, de abonar la retribución a quien no pudo realizar su trabajo por no habérselo pedido el conductor aunque el trabajador o locator estuviera dispuesto, citando expresamente el caso de los abogados que no hubieran podido defender en juicio³³.

La de Pothier será la construcción seguida por el Code Napoléon, y la Escuela de la Exégesis reiterará que los trabajos de excelencia quedan fuera del arrendamiento, por si no quedara claro en el texto legal. Si acabo de expresar la aparente frialdad del autor orleandino al referir el arrendamiento a los pobres, la impresión parece reforzada al advertir que al arrendamiento de servicios viene incluido por él dentro del arrendamiento de cosas³⁴. La primera referencia se encuentra al clasificar las cosas que pueden ser arrendadas, pues al enunciar el segundo grupo, de cosas que pueden ser arrendadas pero no vendidas, da el ejemplo del hombre libre, no susceptible de contrato de venta, pero sí de arrendar él mismo sus servicios. Tras esa referencia, la prestación de servicios aparecerá esporádicamente, para aclarar algún supuesto, pero sin un tratamiento sistemático³⁵.

Una última característica, esta vez común, entre ambos autores la hallamos en el contexto que toman como referencia o, si se quiere, que les condiciona. A pesar de que Pothier pertenece por sus vivencias al Siglo de las Luces y nace poco después de morir Domat, las referencias al entorno agrícola y doméstico son incluso más acentuadas si cabe en aquél que en éste. Los ejemplos con que Pothier ilustra sus afirmaciones refieren habitualmente al campo, cuando no a su campo³⁶. Sin duda que conocía el

³² De la servidumbre, p. 31.

³³ *Les loix civiles*, I.IV.VII; Digesto 19.2.38; Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 31.

³⁴ Lo señala puntualmente Alonso Olea, M., *De la servidumbre al contrato*, p. 77, quien pone de relieve además que esa Parte 7 se refiere al arrendamiento de obra y contrasta en su reducida extensión con las seis Partes dedicadas al arrendamiento de cosas, donde se trata al de servicios.

³⁵ Alonso Olea, M., *cit.*, p. 188; Solé Resina, J., *La delimitación, del objeto*, pág. 36.

³⁶ “Por ejemplo, si al amanecer he contratado vendimiadoras para ir a vendimiar mis viñas a tanto la jornada, y ha comenzado a llover de forma que me haya visto obligado a despedirlas...”, dice en el *Traité du contrat de louage*, 4^a.II.1.3, §§165 ss. En §176 afirma: “Estos arrendamientos de servicios por tiempo determinado son corrientes en el campo respecto de labradores, viñadores, molineros, etc.”. O en §193: “Nuestra jurisprudencia, que hace responsables a los arrendatarios indistintamente de todas las faltas de los

trabajo de los operarios de las ciudades, pero en aquella época pocos obreros de fábrica había, por lo que su visión debía estar circunscrita a los agremiados y a los artesanos libres de la ciudad, los menestrales de nuestros fueros³⁷.

3. *La locatio conductio operarum* en el Derecho Romano

Comenzamos ahora el camino de vuelta, o si se quiere, la deconstrucción de los apriorismos recibidos desde hace tanto tiempo, con la esperanza de provocar alguna reflexión y plantear alternativas quizá más ajustadas a la realidad.

El primer nudo que hemos de deshacer radica en el intenso debate existente entre los romanistas sobre el hecho de que alguna vez el Derecho Romano hubiera conocido la *locatio conductio operarum* como categoría a se. En realidad la bipartición clásica distinguió entre la locación de cosas y la de obra, aunque dentro del primero comenzó a admitirse la de esclavos y, por derivación, la del trabajo de los libertos – especialmente de quienes habían mantenido un pacto de sumisión al antiguo *dominus*, quien los “alquilaba” a otros –, y después la de los hombres libres que alquilaban su propio trabajo, o “mercennarius”³⁸. D’Ors parece dudar en medio de su habitual rotundidad e indica al respecto que, “en todo caso, la locación de servicios no es un tipo contractual originario”, para admitir a renglón seguido que configura un tercer tipo, derivado del arrendamiento de cosas³⁹. Su posición final queda expuesta en una nota algo ambivalente, donde dice que “la clasificación tripartita (*l.c. rei, operis, operarum*) no

domésticos y de todas las personas que vivan en su casa, es mucho más simple y mejor [que la romana] en la práctica; obliga a velar con todo el cuidado posible sobre los domésticos”.

³⁷ La industria de aquella época no está en Francia, pues comienza a aparecer en Gran Bretaña hacia 1750 con la lanzadera textil, si bien Francia disponía desde antiguo de una potente actividad de manufactura de tejidos y fuertes gremios de tejedores, que sin embargo no estaban en Orleans.

³⁸ La evolución desde la prestación de energías del esclavo por parte de su dueño, en Martini, R., “Mercennarius”. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in Diritto romano”, *Studi Sienesi* nn. 5-6, 1956-1957, p. 220 ss.; De Robertis, F. M., *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milán, 1946; Macqueron, J., *Le travail des hommes libres dans l’antiquité romaine*, Aix-en-Provence 1958, pp. 12 ss.; Gómez-Iglesias Casal, A., *La influencia del Derecho Romano en las modernas relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 27 ss.

³⁹ D’ors, A., *Derecho Privado Romano*, 2ª ed. EUNSA, Pamplona, 2004, p. 591, en nota, y p. 592. La duda seguramente proviene de la importancia de la tripartición y de la escuela que la propugna, pues comenta en p. 592, nota 2, que prescindir de toda clasificación [parece que respecto a la *locatio operarum*] no parece la mejor solución, citando a Kaser.

pertenece a los juristas romanos”⁴⁰. Otros autores han estudiado monográficamente la cuestión y se han expresado con mayor firmeza, como Olivier Martin, para quien los textos romanos, ya sean clásicos o bizantinos (justinianeos), ignoran la existencia de una división tripartita del contrato de arrendamiento⁴¹.

Parece más clara la opinión de quienes aluden a un tratamiento unitario del arrendamiento en el Derecho Romano, que en cambio se subdividiría por la finalidad pretendida en una multitud de tipos, entre los cuales se hallaría el de servicios junto a los de horrea, superficies, enfiteusis, rústico, etc. con funciones como construir, fabricar, curar, reparar, instruir, hospedar, reparar, transportar, etc. Arangio Ruiz, Serrano Vicente y otros autores exponen esta tesis, basándose en que la acción para defender el derecho, la *actio locatio* – o *conductio* según los casos –, era la misma, aun admitiendo la distinción principal entre las dos clases de arrendamiento ya comentadas⁴².

Desde la perspectiva de un laboralista, la respuesta al problema de si la *locatio conductio operarum* fue una categoría diferenciada del arrendamiento romano que se traspasó a los Códigos europeos del siglo XIX y, desde ellos, al contrato de trabajo, debe mirar más allá de la probable inexistencia de la categoría romana, y atender a la mera lógica: la compilación del siglo VI realizada en Bizancio por el emperador Justiniano contiene partes muy diferentes, sobre todo el Código, las Instituta y el Digesto, y este último, con toda su claridad e incluso su atractivo al exponer la regla y a continuación los ejemplos en una amplia gama de matices, es a fin de cuentas una recopilación de opiniones de los juristas romanos más conocidos, 9.000 fragmentos para ser más exactos, con una casuística difícil de sistematizar⁴³. La comisión compiladora y sus subcomisiones o “masas” recibieron instrucciones del emperador para reordenar e incluso modificar los textos, pese a lo cual subsiste una amplia

⁴⁰ *Derecho Privado Romano*, p. 592, nota 1.

⁴¹ Olivier Martin F., “Des divisions de louages en Droit Romain”, *Revue historique de Droit français et étranger*, n. 15, 1936, reimpresa en 1985, p. 419 ss. Sobre el debate y el tema, Fiori R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Nápoles, 1999; Impallomeni G., “Locazione nel diritto romano”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, UTET, Turín, 1994, p. 89 ss.; Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 77-78. En general, AA.VV (Buscardi, coord.), *Derecho romano de obligaciones. Libro homenaje al prof. J. L. Murga Gener*, Ed. Ramón Areces, Madrid 1994.

⁴² Cfr. al respecto Serrano Vicente, M., *La responsabilidad por custodia*, Ed. Tebas, Madrid 2007.

⁴³ Valga el ejemplo de D.2.9.1, que dedica sus cinco fragmentos a “De si se dijera que un cuadrúpedo había causado daño”, y los siguientes títulos a las acciones aquiliana y noxal.

heterogeneidad e incluso contradicciones en el resultado final.

Pero el filtro justiniano no fue el único que sufrió el *Corpus Iuris Civilis*: en una segunda fase, los maestros de la Universidad de Bolonia anotaron y sistematizaron aquella masa ingente de leyes y opiniones de jurisconsultos en una forma tan atractiva que el *mos italicus* de enseñar el Derecho Romano y de su forma metódica de exponerlo se transmitió a otros países y pudo contarse como uno de los motivos, si no el más importante, para la expansión fulminante de las Universidades⁴⁴.

En una tercera y última fase, los pandectistas germanos comenzaron una concienzuda labor de sistematización del Corpus Iuris con la idea de poder interpretarlo “como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos”⁴⁵. Entendían que sólo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un derecho romano coherente, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, o sea a la previsibilidad de opiniones judiciales. Para realizar esta meta, los pandectistas forzaron los textos antiguos a entrar en una estructura dogmática, llena de conceptos de su propia creación, ajenos al derecho justiniano. Sin embargo, tampoco debemos decir que estos conceptos abstractos hayan sido totalmente incompatibles con el texto del Corpus Iuris, donde estuvieron a menudo en una forma más bien intuitiva que elaborada. “Para responder a las necesidades de su época, los pandectistas con frecuencia interpretaban el derecho justiniano a la luz de un resultado a conseguir ya previsto”.

Si recordamos el enorme grado de abstracción y categorización que sus principales mentores, en especial Savigny, demuestran en las obras seminales, podremos hacernos una idea del grado de generalización sistemática y estructural que pudo darse a la hermosa pero disgregada casuística del Corpus⁴⁶. Es la pandectística alemana la que acoge a partir de

⁴⁴ Pronto desde Francia surgió el *mos gallicus* con un instrumental “extenso” de conocer e interpretar el Derecho Romano que empleaba textos externos al Corpus, como el *Codex Theodosianus* (438) o la *Lex Romana Visigotorum* (506).

⁴⁵ Lo que sigue en el párrafo está tomado de Margadant G. F., *La segunda vida del Derecho Romano*, Universidad Autónoma de México, México, 1986, p. 333 ss.; Castro Sáez, A., “Metodología y Ciencia jurídica: hacia un concepto del Derecho Romano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24, 2002, pp. 15 ss.; y Gramajo Castro J. P., *La técnica jurídica del Derecho Romano y su perenne actualidad*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala 2009, p. 109.

⁴⁶ Savigny, F. K., *Sistema del Derecho Romano actual*, 1840-1841, obra de madurez que culmina el arco iniciado con su otra gran aportación, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, 1814, a su vez respuesta a la conminación de Thibaut en su célebre opúsculo del mismo 1814, *De la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, el cual apostaba por “contribuir a la unidad de los dispersos Estados germanos en una sola y homogénea nación”: Monereo Pérez J. L., “Estudio preliminar. El pensamiento jurídico de Savigny”, en la reedición de la traducción española del *Sistema* por Editorial

1820 la tripartición realizada por el romanista holandés J. Voet⁴⁷, de modo que la *locatio conductio operarum* no aparece al mismo nivel que las dos clases de arrendamiento romano citadas por Gayo o el Digesto, sino a partir de bien entrado el siglo XIX, cuando se divulga la construcción doctrinal a través de los estudiosos germanos. Ni Domat ni Pothier la habían mencionado como categoría a se estante, ni tampoco el *Code* francés pudo recogerla en sus cuatro artículos. La tripartición solo existió a partir del siglo XIX, en el “Derecho Romano actual”, como decía Savigny, pues en el auténtico solo se conocía si acaso la bipartición entre el de cosas – con mucha variedad de especies, entre ellas la de servicios – y el de obra.

El segundo nudo a debatir en esa vía canónica que une la *locatio operarum* con el contrato de trabajo gira en torno a la afirmación de que tanto el *Code Napoléon* como el Código Civil español contemplan al contrato de trabajo en los artículos dedicados al “arrendamiento de obras y servicios”. Parece difícil rebatir la afirmación, pues, con independencia de que la *locatio operarum* constituyera una categoría propia en el Derecho Romano o hubiera surgido después del *Code*, podemos decir que prácticamente desde la Edad Media se conocía en toda Europa el arrendamiento de servicios, además de que la estructura que deparan los Códigos al contrato de arrendamiento es tan simple como para que cualquier cesión de uso por precio pudiera caber en ella, y por ende el contrato de trabajo.

El conocimiento de la *locatio operarum* en tiempos anteriores a la codificación ofrece dos niveles igualmente importantes, el práctico y el teórico, en los que la figura se encuentran firmemente asentada ya en los fueros y costumbres medievales y entra en un animado debate con el descubrimiento del Nuevo Mundo para rebatir la tesis aristotélica de la

Comares, Granada 2005, pág. IX.

⁴⁷ Voet, J., *Commentarius ad Pandectas*, Universidad de Leiden, 1698. Para Alvarez De La Rosa M., (*La construcción jurídica del contrato de trabajo*, p. 78, en nota) siguiendo a Olivier Martin, la tripartición del jurista holandés no sirve para entender el confuso arrendamiento romano, pues su utilidad nace con la Codificación, que precisa incluir y desarrollar el arrendamiento de trabajos. Cabría aducir que los pandectistas alemanes la incorporan a su repertorio sin un Código a la vista, pero aunque la realidad no les siguiera y el BGB alemán tardara en llegar, ellos siempre pretendieron la unidad de la nación a través de un texto unitario codificado de leyes. Opinión similar pero no idéntica sustenta Fernández De Buján, F., *Sistema contractual romano*, p. 291, cuando afirma que la tricotomía dogmática de los arrendamientos no es obra de la jurisprudencia romana, sino de la pandectística alemana sobre la base de formulaciones dogmáticas medievales. Que la tricotomía no es auténtica ya había sido advertida hace tiempo por de Arangio Ruiz, V., Brasiello, U., Mayer-Maly, T. y Amirante, L. y entre los laboristas españoles fue advertido por Montalvo Correa, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, p. 197, en nota, pese a lo cual aún es moneda corriente adjudicarla a Derecho Romano clásico.

desigualdad natural del hombre⁴⁸. A nivel práctico, las costumbres y fueros locales conocidas aluden a la distinción entre obra y labor para aludir por una parte a los trabajos ejecutados por menestrales independientes que están solo obligados a entregar la obra, y por otra a los trabajos de índole doméstica y agraria en los que el trabajador se halla en una dependencia del que lo contrata⁴⁹. Ya antes de la recepción romanista de las Siete Partidas (hacia 1260) se habla de “logar” en esos fueros⁵⁰, lo que parece provenir del término latino de *locatio*, si bien en los fueros posteriores la conexión se vuelve más explícita al hablar, como en los fueros de Soria y de Cuenca, de *operarius conducticius* y de logador y logado⁵¹. En esos fueros más antiguos el arrendamiento de hombres libres no impide el de los siervos, admitiéndose la *conductio ad laborandum* que realiza un amo sobre el esfuerzo del siervo, si bien esta clase de arrendamientos viene emparejada con la *conductio bestiarium*⁵². La Partida II.20.5 se dedica a la distinción entre labor y obra de manera muy expresiva: “labor es dicha aquellas cosas que los omes fazen trabajando de dos maneras. (...) Por razón 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 reciben trabajo, e andan fuera por los montes o por los campos e han por fuerça a sufrir frio e calentura segun 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 facerles daño, como a los otros que andan por fuera. E por ende a esos llaman menestrales e a los otros labradores”.

El debate teórico, por su parte, surge dentro de las distinciones entabladas entre el hombre libre y el esclavo y el siervo, muy relacionadas con el alma y la salvación divina, exacerbadas con el descubrimiento del Nuevo Mundo. Debemos a Bodino la separación nítida de los arrendamientos de

⁴⁸ Por ejemplo, De Soto D., *De Iustitia et Iure*, Salamanca, 1553-1554, pp. 288 ss. de la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968. El libro de Alonso Olea M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, recorre con maestría, aunque sin continuidad, los hitos doctrinales principales en este progresivo alejamiento del trabajo libre respecto del trabajo esclavo y semiesclavo.

⁴⁹ Gibert R., pp. 30 y 31, quien identifica a este último tipo con el arrendamiento de servicios.

⁵⁰ Gibert R., *cit.*, p. 35.

⁵¹ Martínez Díez, G., “El fuero de Soria: Génesis y fuentes”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVI, 2006, pp. 9 ss.

⁵² Gibert R., *cit.*, p. 44.

servicios, incluidos los domésticos, de las situaciones de servidumbre⁵³, aun cuando sus indicaciones preceden en un siglo a la madurez del debate, que acaece con Domat. Ya en Bodino comienzan las matizaciones sobre las diferentes formas de prestar trabajo libremente, pues distingue a los jornaleros o ganapanes, contratados por días, de los servidores domésticos, ya que frente a éstos tiene el amo de casa un mayor poder de corrección que enlaza con el derecho de familia, además de un mayor poder de dirección que no se sujeta a las habilidades de un oficio concreto⁵⁴. Una distinción que llega hasta Hobbes cuando distingue entre el servidor doméstico, obligado “por su condición” a hacer lo que se le mande, y otros trabajadores, obligados solo “por su contrato” y que no deben más servicios que a los que se han obligado. La plena incorporación del Derecho Romano al pensamiento filosófico se encuentra, en mi opinión, en Pufendorf, quien ofrece un tratamiento unitario de la *locatio* de servicios y de obras dentro de la más amplia figura del arrendamiento de cosas, merced a la definición abstracta de su sinalagma, el cambio de una merced por el uso de una cosa o de una obra⁵⁵.

Con tales antecedentes al *Code Napoléon* y, mucho más tarde, al Código español, no les hacían falta las distinciones tricotómicas o dicotómicas para saber distinguir entre obra y servicio, como de hecho observamos aún en este último. La doctrina ha explicado la casi total ausencia de normas sustantivas en el articulado de ambos, más allá de unas pocas líneas maestras, de manera convincente. El Código civil napoleónico no se había olvidado de la clase obrera, porque tal parquedad encubría una operación encubierta que hacía posible y legítima en un marco de la igualdad de las personas, “constituyendo el adecuado instrumento del desarrollo a gran escala de la explotación por el capital de la mano de obra libre o, mejor, liberada por el advenimiento de la libertad de trabajo”⁵⁶. Se

⁵³ Bodino, J., *Los seis libros de la República*, 1576. El comentario en el texto es de Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 30, a quien sigo en el análisis de las teorías filosóficas previas a la codificación.

⁵⁴ Quizá por influjo de Bodino, J., a partir de él el criado de familia se considera en general que tiene mayor sujeción a las órdenes del empleador, quien puede exigirle prestaciones laborales de casi todo tipo: Mayer-Maly, T., “Vorindustrielles Arbeitsrecht”, pp. 60-61. Solo Suárez, F., *De Legibus ac Deo legislatore*, 1612, defiende que el servidor doméstico o fámulo solo debe obediencia en lo que por su oficio están obligados a hacer.

⁵⁵ Pufendorf, S., *De iure naturae et gentium*, 1672, L. 5, C. VI, “De locatione conductione”, Pufendorf, 1632-1694, era ya contemporáneo de Domat.

⁵⁶ Jeammaud, A., “Les fonctions du droit du travail”, en AA.VV., *Le droit capitaliste du travail*, PUF, Grenoble 1980, p. 149 ss.; del mismo, “Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo”, p. 51; también, similarmente, Alvarez De La Rosa, M., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pp. 68 ss.

trataría por ende, nada menos que del título legitimador para la completa impunidad de la parte fuerte frente a la parte débil, que prestaba libremente su consentimiento y con él se atenía a las consecuencias, bien probadas por los informes de los inspectores de fábrica británicos o por los de las autoridades militares de Francia y Prusia respecto a la pésima salud de los reclutas de los distritos industriales.

Hay otra explicación menos dramática, de tono doctrinal, que encaja también con la época de la Ilustración y del Derecho Natural como quintaesencia del espíritu de los pueblos. En cierto sentido se halla en la línea de ese “préstamo institucional” ya mencionado en páginas anteriores, con el que, ante el vacío institucional circundante, se trataba de dar la cobertura jurídica necesaria al sistema de producción capitalista industrial⁵⁷. El ideal de la codificación perseguía dar claridad a la vorágine de normas, de modo que un único cuerpo de leyes diera cuenta de la voluntad del legislador, al menos en el ámbito civil. El axioma *quod nos est in codex non est in mundo*, procedente del Derecho Canónico y su *quod non est in actis non est in hoc mundo*, pretendía hacer en el mundo jurídico lo que en el de las ciencias naturales había ya realizado Linneo⁵⁸: compilar, recoger de manera sistemática y clasificar todas las categorías jurídicas existentes, acabando con el reino de las sombras normativas. Era un esfuerzo ingente el emprendido mucho antes del *Code* por los romanistas en la elaboración de un Derecho Civil Común, muy conectado con el Derecho Natural⁵⁹.

⁵⁷ Palomeque, C., *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, pp. 35 ss. En parecido sentido, Veneziani B., conjuga los ideales teóricos aportados por Domat y Pothier con las razones económicas de la flexibilidad estructural del arrendamiento, que permitía a la parte fuerte determinar a voluntad el uso de los servicios a prestar: “The Evolution of the Contract of Employment”, p. 57.

⁵⁸ En sus obras *Systema naturae*, 1735, y *Philosophia botánica*, 1751.

⁵⁹ El latín y el Digesto permitieron converger por toda Europa en el ideal de la unidad del Derecho. De este modo el holandés al que se atribuye la tripartición del arrendamiento que fue recogida por los pandectistas alemanes a partir de su traducción en 1820 escribía a fines del siglo XVII en latín (la ya citada obra de Voet, J., cuyo título completo es *Commentarius ad pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum et praecipuae fori quaestiones excutiuntur*, apud Johannes Verbessel, Lugduni Batavorum M.DC.XCVIII). Todavía hoy es motivo de asombro el *Traité des Obligations*, de Pothier, escrito en 1761, por la facilidad con que el autor maneja las obras de estudiosos italianos, franceses, alemanes u holandeses – y algún que otro británico – junto a las leyes históricas y vigentes en Francia. En su “Observación general sobre el Tratado precedente y los siguientes”, con que termina el libro, el autor expone la doctrina común sobre la falta o incumplimiento de la prestación en los contratos, e indica: “Tal ha sido hasta el presente la doctrina unánimemente sostenida por todos los intérpretes de las leyes romanas y por los autores de tratados de Derecho. Es la doctrina de Accursio, de Alciat, de Cujas, de Duaren, de d’Avezan, de Vinnius, de Heineccius...” (*Traité des Obligations*, p. 453). En tan breve espacio ha citado autores de cuatro países y muy

Que un negocio tan frecuente como el de contratar los servicios de un trabajador quedara fuera del Código parecía casi un desatino, máxime cuando existía toda una tradición de siglos que lo incluía en el arrendamiento de cosas. Todavía las dudas de Pothier sobre las grandes semejanzas de la *locatio operarum* con la compraventa de fuerza de trabajo⁶⁰ permitieron abrir un animado debate, que adquiriría tonos polémicos a fines del XIX, entre la calificación como venta o como arrendamiento de fuerza de trabajo, teniendo a Max como principal valedor de la primera (“alienación”), pero siempre con el Código Civil como fondo⁶¹.

Pues bien, en todo el recorrido del arrendamiento de servicios no se produce una distinción entre el libre y el subordinado, no hay la más mínima matización respecto a que la subordinación pueda servir como crisol para ahormar un tipo de contrato que no pueda hallar cobijo en el arrendamiento del Código, de los Códigos. A lo sumo en los fueros y costumbres medievales se distingue entre el trabajo doméstico y sus asimilados, en situación servil “a lo que ordene el amo”, y el trabajo de los menestrales y jornaleros de pan llevar, duro pero circunscrito a las tareas pactadas. En cuanto a los tratadistas, parten de la idea unitario del arrendamiento de servicios, que comprende en su generosa estructura tanto a la prestación libre como a la subordinada. Ya a comienzos del siglo XX lo justificaba Barassi, por si el dato necesitara alguna justificación, en que la situación económica de la parte débil no entraba en la estructura del contrato, por lo que no era óbice para que el contrato de trabajo continuara perteneciendo al arrendamiento de servicios⁶².

A pesar de las teorías y de los antecedentes, voces discrepantes surgieron ya con la promulgación de los Códigos. Los primeros comentarios del *Code Napoléon* explicaban que el art. 1781 solo se aplicaba a los jornaleros, asimilables a los domésticos⁶³, lo que significaba tanto como excluir, indica

diferentes épocas, mientras que con frecuencia cita a Pufendorf y a las Costumbres de Orleans. Pese a todo algunos críticos pusieron de relieve “sus debilidades teóricas”, aunque todos coinciden en destacar su “influencia innegable” sobre los redactores del *Code Napoléon* (Halpérin J. L., *Preface* a la edición del *Traité* por Ed. Dalloz, París, 2011, p. 10).

⁶⁰ Veneziani, B., *cit.*, p. 58.

⁶¹ Cfr. Salvioli, G., *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Universidad de Palermo 1891, después publicado como *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Ed. Reber, Palermo, 1906. Hay traducción al español con el título *El derecho civil y el proletariado*, Sevilla (Universidad), 1979.

⁶² Vid. *supra*, nota 6.

⁶³ Así, uno de los redactores del Code Civil, Maleville, J., *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'État*, 2ª ed., Ed. Garnery et Laporte, París 1807, p. 473.

Cottureau, al 80 o 90 por 100 de los obreros de la época⁶⁴. En España, Manresa y Navarro limitaba las normas del Código a los criados (domésticos), rechazando la ampliación a institutrices, secretarios y demás personal doméstico no manual⁶⁵. A principios del siglo XX, Grousseau se preguntaba por qué el contrato de trabajo se encontraba colocado en el arrendamiento al lado de las cosas y de los animales⁶⁶, y el gran laboralista Hinojosa Ferrer manifestaba su opinión contraria a atribuirle naturaleza arrendaticia, “a pesar de la aparente semejanza que con él establece el carácter temporal de uno y otro y la forma del pago del salario y del canon o merced”⁶⁷. Como ya se ha indicado, bastantes autores se pronunciaron a favor de la calificación como compraventa, y el sonoro debate protagonizado por Barassi y Carnelutti sobre la naturaleza del contrato de trabajo aún persistía en 1931, pues el segundo autor mantenía firmemente el carácter de compraventa⁶⁸.

Estaba claro que el *Code* de 1804 había realizado una opción fuertemente política, gestado como lo fue en el ambiente del Consulado. Los redactores del mismo eligieron el enfoque contractualista y arrendaticio porque de tal modo distanciaban al trabajo ordinario de la servidumbre y la esclavitud, tan vinculados al Antiguo Régimen y caracterizados por su forzosidad y su eficacia por toda la vida. Y trataron de aplicarlo a toda situación contractual, fuerte o débil, que conocieran, convencidos de la bondad de su talante omnicompreensivo.

Ahora bien: a mi juicio hay dos objeciones a la calificación civilista del contrato de trabajo como arrendamiento, una de fondo y otra de forma.

a) En cuanto al fondo, ¿estaban el *Code Napoléon* e incluso el Código Civil español, a la altura del tiempo en que se escribieron, en condiciones de saber de lo que nosotros discutimos? Los obreros industriales, caracterizados por su masificación y su elevada disciplina, asimilados a un ejército por los comentaristas por sus duras condiciones de obediencia a los capataces, no los vamos a encontrar en los Códigos del XIX. El artículo más característico de la regulación civil del arrendamiento de servicios, el de la presunción de certeza del pago y el quantum del salario, menciona en concreto al criado doméstico y al sirviente doméstico; en

⁶⁴ Cottureau, A., *Justice et injustice ordinaire*, p. 58.

⁶⁵ Manresa y Navarro J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Ed. Revista de Legislación, Madrid 1890. Cito por la edición de Ed. Reus, Madrid 1987, pp. 688-689.

⁶⁶ Grousseau, *Le contrat de travail et le Code Civil*, París 1908, pp. 50 ss.

⁶⁷ Hinojosa Ferrer, J., *El contrato de trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 10.

⁶⁸ Cfr. Vardaro G. y Veneziani B., “La Rivista di Diritto Commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini”, *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, p. 481.

otros dos artículos se habla confusamente de “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados por cierto término para cierta obra”, pero parece que en realidad se está refiriendo con distintos apelativos a los pequeños autónomos o artesanos⁶⁹ con contratos de obra o de servicio libres.

Típico y característico de los Códigos del XIX va a ser su preocupación por las situaciones agrícolas y familiares, por su mentalidad patriarcal, de la que es paradigma el bucólico y delicioso artículo 612 del CC español, que no me resisto a transcribir en su integridad:

“El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado”.

Las normas sobre el enjambre de abejas provienen del Derecho Romano – estas sí –, y pasan al *Code Napoléon*, y de ahí al Código italiano de 1865, al español de 1889 y a otros muchos Códigos europeos y latinoamericanos⁷⁰. Pese a todo, cabría aludir a actividades masificadas y disciplinadas como la minería, tan importante en Francia⁷¹, o las manufacturas multitudinarias

⁶⁹ Por menestral se entendía a los “oficios viles” del Ordenamiento de Menestrales de las Cortes de Valladolid de 1358 (repárese en la proximidad cronológica con los Statute of Labourers ingleses de 1349 y 1350, antecedentes del Statute of Artificers de 1563). El concepto proviene de *ministerium*, como se denominaba en el imperio carolingio a las asociaciones de oficios dependientes del fisco regio (Gibert, R., *El contrato de servicios en el Derecho Medieval Español*, p. 30, nota 82; el mismo autor, p. 31, habla de que los armeros, herreros, sastres, etc., son todos menestrales que cobran por obra hecha y no se someten personalmente a un señor).

⁷⁰ Es mérito de Ulrich Zachert haber ironizado sobre la huida del panal de abejas como espíritu del Código Civil para criticar la adscripción del contrato de trabajo a su articulado.

⁷¹ Las obras clásicas sobre la minería francesa son las de Trempé, R., *Les mineurs de Carmaux, 1848-1914*, Editions Ouvrières, París, 1971, y Mattéi, B., *Rebelle, rebelle!: Révoltes et mythes du mineur, 1830-1946*, Ed. Champ Vallon, 1987. En estas obras se indica que el salario de los mineros se pagaba por día, y que por ejemplo en la gran huelga de 1824 en la cuenca hullera del Norte-Paso de Calais quien enfrentaría a los mineros que se negaban a trabajar sería el ejército.

que ya existían en el país, por ejemplo en el sector textil, para admitir que no era la perspectiva objetiva, sino la visión subjetiva, lo que fallaba en el Código, o dicho en otros términos, que la Francia revolucionaria de fines del XVIII y principios del XIX sabía ya lo suficiente de obreros industriales, y si limitó cuidadosamente su espacio visual a domésticos, criados y pequeños autónomos sin duda se debió a una decisión perfectamente consciente de sus redactores.

Sin embargo la masificación no es el único rasgo distintivo de la fábrica, y de ahí que tanto Pothier como los legisladores del Consulado menospreciaran lo que para ellos era una simple diferencia cuantitativa. La diferencia de calidad que no advirtieron la había señalado con precisión de cirujano en 1776 Adam Smith en una obra de fuerte impacto en su época⁷²: la fábrica se caracteriza por lo mismo que el ejército, por una gran masa de personas actuando coordinadamente bajo el régimen de la división del trabajo y con el condicionante del ritmo de las máquinas. El trabajo colectivo, la labor simultánea e imbricada de unos con otros, falta en la manufactura, donde una cierta cantidad de personas trabaja al mismo tiempo en régimen artesanal, cada una elaborando una unidad completa de mercancía. En cuanto al Código Civil español de 1889, ya las Cortes habían recibido a comisiones de trabajadores para escucharlos sobre la cuestión social, y sabían de su existencia en las regiones industrializadas de País Vasco y Cataluña, las revoluciones de 1848 en Francia, Prusia, Austria, Hungría e Italia habían puesto de relieve el poder obrero..., pero tenían problemas más graves que atender y no quisieron separarse de su referente⁷³.

⁷² *La riqueza de las naciones*, 1776. Una traducción alemana aparece ya en 1794. Su impacto debió ser enorme en la época, pues Hegel insertó largas y continuas referencias a ella en sus apuntes de la época de Jena (1801-1807), como señala Alonso Olea, M., *cit.*, p. 83. “La división del trabajo está en la esencia misma de *La riqueza de las naciones* impregnando todas sus páginas desde la primera, terminológica y conceptualmente” (Alonso Olea, M., *De la servidumbre*, p. 100). Ni siquiera se menciona la tradicional distinción entre domésticos y jornaleros: toda la obra va dedicada al obrero de fábrica en un retablo de grandeza monumental. El trabajo de que habla Smith es el mercantil e industrial, y si hay alguna referencia al agrario es para tratar de los esclavos de las colonias, que aprovecha para hacer gala de otro tipo de abstracción muy distinta a la pandectista, la sociológica (Smith, A., *La riqueza de las naciones*, cap. I.VII, “Los efectos de la esclavitud sobre la población y sobre el empleo”).

⁷³ Recordemos simplemente que la Comisión de Reformas Sociales se funda en 1883. El movimiento obrero en aquellas fechas era fuerte y potente, y se remontaba en Reino Unido a 1667 con el sindicato de sombreros de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Journeymen Hatter’s Trade Union. Tan antiguo, que motivó la polémica, aún hoy residual, entre quienes consideraban al sindicato como continuación del gremio medieval, y quienes no veían ningún lazo de unión entre ambos, una polémica iniciada entre

Así pues, bajo tal enfoque la codificación francesa minusvaloró las diferencias cualitativas entre por una parte la artesanía y la manufactura, muy abundantes en ese momento, y por otra la industria fabril, que arrancaba con fuerza en Gran Bretaña y comenzaba a conocerse tímidamente en el continente.

b) La objeción que me parece más importante a la no inclusión del contrato de trabajo en los arrendamientos del Código Civil no es de fondo, sino de forma, o si se quiere, de metodología formal o de técnica exclusivamente jurídica. Parto de una afirmación aparentemente anodina, la de que el “mundo” que visualizaba el Código no comprendía a todo el Derecho, sino que solo abarcaba al Derecho Civil. Fuera de él quedaba una enorme e importantísima materia que ya había sido objeto del llamado *Code Savary* de 1673, u Ordenanza del Comercio, porque al margen del Derecho Romano y del Derecho Común se había desarrollado esa otra normativa consuetudinaria, forjada en las ferias comerciales y los puertos de mar por las decisiones de los cónsules de mar y de tierra⁷⁴ que pronto recibió el nombre de *Lex Mercatoria*.

De la importancia de este segmento jurídico da idea el que, a pesar de no ser objeto de estudio por los romanistas ni de enseñarse en las Universidades, recibió la codificación que menciono, completada por otro Código, la famosa Ordenanza de la Marina de 1681⁷⁵. Por tanto si el *Code Napoléon* obvió la regulación del comercio y de los comerciantes se debió a que tradicionalmente lo concerniente a este sector jurídico había sido dejado de lado por el Derecho Civil y confiado a los propios comerciantes, a sus cónsules y a sus costumbres, una rama jurídica que por efecto del comercio internacional había alcanzado un notable grado de uniformidad, conformando “otro Derecho Común”. Era cuestión de los comerciantes, como siempre había sido, y el legislador no debía inmiscuirse, como predicaba el liberalismo económico, sino a lo sumo recopilar lo establecido por ellos. A las Ordenanzas del XVII siguió el Código de Comercio de 1807, pocos años más tarde del *Code Civil* y en

Brentano, L. (*Die Arbeiter Gilden der Gegenwart*, dos vols., Leipzig 1871-1872) y los esposos Webb, S. y B. (*The History of Trade Unionism*, Longmans Green, Londres 1894, págs. 31 ss. de la edición en español, *Historia del Sindicalismo 1666-1920*, MTSS, Madrid 1990). A lo que parece, sindicatos y patronales nacen como reacción uno de la otra o viceversa. En el caso del sindicato de sombreros británico se debió a la creación de la patronal de fabricantes de fieltros (Felmakers' Company) ese mismo año, con unos estatutos concedidos por Carlos II, como indican los esposos WEBB, *cit.*, p. 45.

⁷⁴ Así se llamaban en España aún en el siglo XIX.

⁷⁵ Vid. Serna Vallejo, M., “La ordenanza francesa de la marina de 1681: unificación, refundición y fraccionamiento del derecho marítimo en Europa”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXVIII, 2009, pp. 233 ss.

línea con aquellas Ordenanzas. Por tanto, cabe razonablemente entender que la regulación de las industrias y de los industriales fue adjudicada al Derecho Mercantil, y el contrato de éstos con sus obreros quedó en una situación incierta. No fue esto lo que propugnaron los estudiosos de la Escuela de la Exégesis ni el Tribunal Supremo francés, en su afán omnicompreensivo, y en su favor cabría alegar que el propio *Code Civil* de 1804 regulaba a la persona jurídica y las sociedades, aunque solo a las civiles, no a las mercantiles, por acciones o en comandita⁷⁶.

En Italia, por su parte, el primer Código de Comercio unitario surge al mismo tiempo que el Código Civil de Pisanelli, en 1865, y aún habrá un segundo Código de Comercio, el de 1882, antes del Civil de 1942. En España la evolución es aún más extraña, pues dos Códigos de Comercio sucesivos anteceden al Código Civil, ya que se promulga en 1829 el primero, y en 1885 el actual, con precedencia al Civil de 1889⁷⁷.

En resumen, los Códigos Civiles del XIX regularon todo lo concerniente al cives, en línea con el ámbito marcado por el Derecho Romano, dejando fuera a la economía y a sus protagonistas, los comerciantes e industriales, que se ajustaban a normas y fueros distintos de los civiles. Y lo que el cives tenía en su ámbito de actividad era el servicio doméstico, el obrero agrícola y el pequeño artesano, un mundo exquisitamente minúsculo que permanecerá durante bastantes años excluido del contrato de trabajo y del Derecho Obrero.

El contrato de trabajo no pudo desarrollarse desde ahí, por mucho que lo defendiera Barassi, porque ni los Códigos civiles lo pretendían, ni el fenómeno del ejército industrial se ajustaba a las relaciones pausadas y *tête à tête* del Derecho Civil. Hablamos de cientos de obreros entrando a golpe de silbato o de sirena en la gran factoría, con unas dimensiones hoy casi desconocidas en Occidente⁷⁸, con unas normas draconianas transmitidas

⁷⁶ Sobre las universidades, corporaciones y colegios como personas jurídicas en el Digesto cfr. por ejemplo Savigny, F. K., *Sistema de Derecho Romano actual*, Cap. II.LXXXV, pp. 286 ss. Recuérdense también las *societates publicanorum* de tan opaca memoria en la Roma republicana: Ferrer Maestro, J. J., *La República participada: intereses privados y negocios públicos en Roma*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana 2005, passim. Aportaban, no obstante, la mayoría del personal [privado] para la gestión de las obras y servicios públicos contratados con el Estado romano: Varela Gil, C., *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho romano*, Dykinson, Madrid 2008, p. 71.

⁷⁷ Bien es cierto que hubo varios proyectos importantes de Código Civil que influyeron en el Código actualmente vigente, los de 1821 y de 1851, aunque sin lograr ser promulgados, bloqueados por la cuestión foral.

⁷⁸ “Esas inmensas construcciones llamadas fábricas”, como las ponderaba a fines del XIX, Manresa y Navarro J. M., *Comentarios al Código Civil español*, cit., pp. 672 ss. Los excesos de la gran industria, no solo en el tamaño, apuntan actualmente hacia dos

por los reglamentos de taller y con una tarea limitada a una o algunas fases del proceso productivo.

Ahora bien: no hallamos en ningún Código de Comercio referencia alguna al contrato de trabajo, ni tampoco algo que pudiera aproximarse a una regulación marco en donde insertarlo, del tipo del arrendamiento de servicios del Código Civil. Pero la objeción ni es sustantiva ni afecta a lo que venimos comentando, a saber, el ámbito objetivo de los Códigos Civiles. No es sustantiva porque los Códigos de Comercio solo pretendieron reunir el Derecho consuetudinario de los comerciantes e industriales contemplado durante siglos en leyes no escritas, y ese Derecho contenía los aspectos fragmentarios que al comerciante interesaban, la quiebra de la empresa, la responsabilidad del accionista, la pérdida o avería del barco, el seguro de las mercancías, el préstamo a la gruesa. La tradición mercantil no surgió del Derecho Romano que se transmitió por el Corpus Iuris justiniano ni se estudiaría con avidez por los romanistas medievales y modernos, sino de las consuetudines que paulatinamente las ciudades y los reyes pusieron por escrito: Ordenanzas de la Hansa, Libro del Consulado del Mar, Rollos de Oleron, y tantas otras recopilaciones normativas⁷⁹.

Los Códigos de Comercio recogieron ese otro mundo restringido que no pretendía ser armónico y absoluto, y se referirían a los trabajadores

grandes áreas, una geográfica, Asia, y otra sectorial, las TICs. De sus pautas pueden dar idea las trágicas noticias de stress laboral entre empleados de conocidas Telecoms o de las catástrofes industriales producidas por la masificación como las del Rana Plaza en Dacca (Bangladesh).

⁷⁹ Si bien el Derecho Romano conoció instituciones mercantiles importantes, al punto e que actualmente ha surgido una robusta línea de investigación sobre el Derecho Mercantil Romano: cfr., por ejemplo, Cerami, P., “Diritto commerciale romano: dalla prassi dello scambio all’*exercitio negotiationis*”, *Studi Sienesi*, n. 119, 2007, pp. 238 ss.; Cerami, P., Di Porto, A. y Petrucci, A., *Diritto Commerciale Romano. Profilo storico*, Giappichelli, Turín, 2004; Di Porto, A., “Il diritto commerciale romano. Una ‘zona d’ombre’ nell’*storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall’età romana alle esperienze moderne*, Jovene, Napoles, 1997, p. 413 ss.; Di Porto, A., *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica (II sec.a.C.-II sec.d.C.)*, Instituto di diritto romano e dei diritti dell’Oriente mediterraneo, Università di Roma, Roma, 1984; Solidoro, L., “Annotazione sullo studio storico del diritto commerciale”, *Teoria e storia del diritto privato*, II, 2009, p. 6 ss. He dedicado a este tema un mayor detalle en mi artículo “La levedad de la *locatio conductio* en el origen del moderno contrato de trabajo”, *Annaeus*. Anales de la Tradición Romanística, Número especial in honorem Giuliano Crifò, de próxima aparición. En otro orden de cosas, dejó al margen los estatutos de las corporaciones de oficios y de gremios existentes en cualquier ciudad medieval de cierta envergadura, por su distinto enfoque no contractual sino corporativo.

cuando hablaban de los empleados del comerciante o de la tripulación de los buques, pero no entrarían a contemplar a los obreros de las fábricas porque sobre ellos no había tradición ni, en ese momento, trascendencia. Aquellos Códigos mercantiles no quedaron sometidos a los análisis globales, a las categorías generales y a las clasificaciones exhaustivas tan caros al Derecho Civil desde las Instituciones de Gayo, por lo que dejaron fuera lo que les pareció menos importante. Una materia, como tantas voces dijeron en aquella época, muy politizada por controles salariales y de circulación y sometida a las normas de policía, pero en todo caso con normas de todo tipo que no merecieron la fortuna de ser codificadas. Pero cuando en los siglos XVIII y XIX las fábricas acogen a miles de obreros en una masificación que se dio en llamar ejército industrial, ninguna de las múltiples denominaciones que nos han llegado de los contratos laborales que se suscribían en ellas se denominó arrendamiento.

4. Bibliografía

- Alonso, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1987.
- Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901.
- Batiza, R., *Domat, Pothier and the Code Napoléon : some observations concerning the actual sources of the french civil code*, Mexico, 1973.
- Cottureau, A., *Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 219.
- Ferrer, H., *El contrato de trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 10.
- Frank, C., *Master and Servant Law: Chartists, Trade Unions, Radical Lawyers and the Magistracy in England, 1840-1865*, Ashgate, Farnham 2010.
- Gamillscheg, F., *Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des individual Arbeitsrecht*, Archiv für die zivilistische Praxis, nn. 2-3, 1976, 206 ss.
- Martínez Girón, J., Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M., *Derecho del Trabajo*, Netbiblo, Madrid 2006, capítulo 5, redactado por Arufe Varela.
- Gómez, A., “El racionalismo jurídico y los Códigos europeos”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 60, 1951, pp. 33 ss.
- Lyon-Caen, G., *Le droit du travail. Une technique reversible*, París, 1955, p. 22.

- López, G., La construcción jurídica del contrato de trabajo, en AA.VV. (Rojas Rivero G., coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 35-36.
- Mayer-Maly, T., “Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts”, *Recht der Arbeit*, nn. 8-9, 1967, pp. 281 ss.
- Nogler, L., *The Concept of ‘Subordination’ in European and Comparative Law*, University of Trento, Trento 2009, p. 25.
- Péllissier J., Supiot A. y Jeammaud A., *Droit du Travail*, Dalloz, París, 2004, p. 10.
- Romagnoli, U., “Introduzione”, en AA.VV. (Pedrazzoli, M., coord.), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 17.
- Stolfi, N., *Diritto Civile. I contratti speciali*, Turín, 1934.
- Vardaro, G. y Veneziani, B., “La Rivista di Diritto Commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini”, *Quaderni Fiorentini*, n. 16, 1987, p. 481.
- Veneziani, B., *The Evolution of the Contract of Employment*, p. 68.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo