



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso
Chile

Severin Fuster, Gonzalo

La recepción del modelo de la "locatio conductio" en la regulación del "arrendamiento de
obras y servicios" del Código civil español de 1889

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXVIII, 2016, pp. 201-231

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173847571009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA RECEPCIÓN DEL MODELO DE LA “LOCATIO CONDUCTIO” EN LA REGULACIÓN DEL “ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS” DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

[Reception of the “Locatio Conductio” Model in the Regulation on the “Lease
of Works and Services” of the Spanish Civil Code of 1889]

Gonzalo SEVERIN FUSTER*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto valorar la forma en que se produce la recepción del modelo romano de la *locatio conductio* en la estructura de regulación de los contratos de “arrendamiento de obras y servicios” en el Código civil español de 1889 (art. 1583 y ss.), a partir del análisis crítico de sus antecedentes inmediatos: el Derecho español vigente en el momento anterior a la codificación, con especial referencia a la regulación contenida en *Las Partidas*; el Código civil francés de 1804, y los distintos proyectos de códigos civiles que se sucedieron durante el siglo XIX.

PALABRAS CLAVE

Arrendamiento – Contratos de servicio
– Codificación – Derecho español - *Locatio
conductio*.

ABSTRACT

This work analyses the reception of the roman model of *locatio conductio* in the regulation of the so-called “lease of services” contained in the Spanish Civil Code of 1889. To this end, the paper studies the immediate sources of that regulation: the Spanish Law before codification, the French Civil code of 1804, and the projects of codification during the XIX century.

KEYWORDS

Lease – Service contracts – Codification – Spanish Law – *Locatio conductio*.

RECIBIDO el 4 de mayo y ACEPTADO el 9 de junio de 2016

* Profesor de Derecho civil, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: gonzalo.severin@ucv.cl. Este trabajo es una adaptación del segundo capítulo de la tesis doctoral inédita titulada: Los contratos de servicio: la construcción histórica de la categoría y el derecho del cliente al cumplimiento específico, defendida en la Universidad Autónoma de Madrid y realizada bajo la dirección de la prof. Nieves Fenoy Picón, a quien aprovecho de agradecer por los comentarios y sugerencias realizados en su oportunidad. Los errores son, desde luego, de mi exclusiva responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

El Código civil español (en adelante, CC) considera la contratación de servicios remunerados como una forma de arrendamiento [Libro IV, Título VI, Capítulo III, “*arrendamiento de obras y servicios*” (art. 1583 y ss.)]¹. La base fundamental de este modelo, que fue recogido también por otros códigos decimonónicos, se encuentra, como es sabido, en el modelo romano de la *locatio conductio*. Este trabajo tiene por objeto valorar la forma y el grado en que se produce la recepción de ese modelo romano en el Código civil español, en relación, principalmente, con la estructura de la regulación adoptada (esto es, la forma en que construye la categoría contractual “contratos de servicio”), a partir del análisis crítico de sus antecedentes inmediatos².

Dicho análisis exige, desde luego, considerar los dos principales y más directos antecedentes del Código civil en esta materia: por un lado, el Derecho español existente en el momento inmediatamente anterior a la codificación; por el otro, el *Code civil français* de 1804. El estudio de estos antecedentes permite comprender las principales características del modelo de regulación de los contratos de servicio adoptado por el Código civil español de 1889. Esas características son, básicamente, las tres siguientes: i) la contratación remunerada de “obras y servicios” es considerada una forma de arrendamiento (concepción unitaria); ii) se regula de forma separada el “arrendamiento de obras y servicios” de otras figuras contractuales en las que bien puede decirse que el deudor presta un servicio (delimitación externa del tipo); y iii) el “arrendamiento de obras y servicios” carece de un régimen común, optándose, en cambio, por regular unas determinadas actividades o “subtipos” (estructura o división interna del tipo). Como el Código civil español se apartó, en algunos aspectos, de las soluciones adoptadas en esos dos antecedentes, resulta interesante considerar también, como un tercer antecedente, la forma en la que las mentadas características del modelo legal fueron recogidas en los diferentes proyectos de codificación que se sucedieron durante el siglo XIX.

¹ Conviene apuntar que esta regulación no ha sido modificada desde su entrada en vigor, no, al menos, formalmente. La precisión está justificada, porque es posible sostener que ha operado una derogación tácita, al menos parcial, que afecta sobre todo a la Sección primera del Capítulo III del Título VI del Libro IV del CC (“*Servicios de domésticos y criados*”), por la legislación laboral. La existencia de una regulación especial en materia de edificación [la *Ley de Ordenación de la Edificación*; en adelante, LOE] incide también en la vigencia y en el ámbito de aplicación de algunas normas específicas que están en ese mismo Capítulo III, como ocurre particularmente con el art. 1591 CC, que se encuentra en la Sección Segunda (“*De las obras por ajuste o precio alzado*”). Por último, considérese que las normas relativas al “arrendamiento de transporte”, contenidas en la Sección Tercera del referido Capítulo III son, por disposición expresa en tal sentido, de aplicación subsidiaria frente a las normas especiales.

² Por tanto, el objeto de este estudio no es la descripción de ese modelo romano, si bien este estudio supone el conocimiento de esas bases. Sobre ello véase, por ejemplo, SEVERIN FUSTER, Gonzalo, *Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho romano. Algunos aspectos relevantes de la locatio conductio* en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22 (2015) 2, pp. 357-389.

Este trabajo se divide en tres partes, que corresponden a esos tres antecedentes.

II. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO “DE OBRAS” EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DEL CÓDIGO CIVIL

Es posible afirmar que, hasta la entrada en vigor del Código civil español, la regulación contenida en *Las Siete Partidas* constituye la principal fuente sustantiva en materia de contrato de arrendamiento³; pese a que dicho cuerpo legal ocupaba, como se recordará, el último lugar en la jerarquía normativa⁴. Ello puede explicarse por dos razones. Por una parte, por la casi inexistente regulación sobre la contratación de obras y de servicios en los diversos *fueros*⁵ (que, por los demás, desaparecen ya a fines del siglo XVI)⁶. Por

³ En este sentido, ALBARDONEDO FREIRE, Antonio - BETANCOURT SERNA, Fernando, *Régimen Jurídico de la construcción en las partidas de Alfonso X El sabio* en HUERTA, Santiago (coord.), *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Historia de la Construcción: Cádiz, 27-29 de enero de 2005* (Instituto Juan de Herrera, Madrid, 2005), pp. 17-18.

⁴ Como es ampliamente sabido, en la Alta Edad Media, España se encuentra inmersa en un estado de “dispersión normativa” [cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*⁸ (Barcelona, 1983), p. 135], como resultado, entre otros factores, del fraccionamiento político, las potestades legislativas de señorías, y el surgimiento de núcleos urbanos independientes [véase, sobre ello, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del derecho Español*⁸ (Madrid, 2001), pp. 113-154]. La necesidad de facilitar el conocimiento y uso de las normas permite comprender los sucesivos esfuerzos por recopilar y ordenar dichas fuentes; y entre estos esfuerzos destaca el orden de prelación que, de las fuentes existentes hasta entonces, realiza el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), en su *Título XXVIII, ley 1ª*. Esta ley establece que los asuntos deben resolverse primeramente por lo establecido en el propio *Ordenamiento de Alcalá*, en segundo lugar, por los diversos *fueros locales* siempre que estén en uso [incluidos el *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real*, en cuanto tienen esta calidad; cfr. PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro* (Madrid, 1862), pp. 35-37]; y en último lugar, por *Las Partidas*, a las que, por esta vía, se les reconoce por primera vez fuerza de ley. Este sistema de prelación fue recogido sucesivamente en las *Leyes de Toro* (en 1505), en la *Nueva Recopilación de las leyes de España* (en 1567) y en la *Novísima Recopilación* (en 1805), conservando siempre el principio de primacía de la ley posterior sobre la anterior.

⁵ En este sentido, por ejemplo, en ninguna de las nueve leyes contenidas en el Libro III, Título XVII del *Fuero Real del rey don Alfonso el Sabio* (“de las cosas logadas”) se hace referencia al arrendamiento de obras o de trabajos, limitándose la regulación al arrendamiento de cosas. Ello, sin perjuicio que, en otra parte de este texto, hay algunas leyes referidas al riesgo en el depósito remunerado y a ciertos aspectos de los tratamientos médicos. Tampoco existe una regulación importante en los *fueros locales*. En ellos puede, sin embargo, hallarse alguna referencia al arrendamiento de servicios o de obra. Por sólo poner un ejemplo, en el *Fuero viejo de Castilla* se trata de los *alógeros* e *los arrendamientos* (Libro IV, Título III), y al interior de esta regulación se considera la contratación de mancebos y mancebas, prescribiendo muy pocas reglas (básicamente, que si mueren en el transcurso de las obras siendo sanos o son despedidos antes del plazo, deberá pagarse la soldada doblada, y que en caso de duda sobre el hecho del pago deberá creerse al señor). Este tipo de contratación se refiere más bien a lo que hoy se denominaría “arrendamiento de servicios” (en sentido estricto) o derechamente se consideraría como una relación de carácter laboral. El contrato de obra, en sentido estricto, es aquel propio de los artesanos [cfr. GIBERT, R., “El contrato de servicios en el Derecho medieval español en *Revista de Política Social* 101 (1974), p. 133].

⁶ Cfr. ANTEQUERA, José María, *Historia de la Legislación española* (Madrid, 1849) p. 215.

otra parte, porque en las diversas recopilaciones posteriores, incluida la *Novísima Recopilación*, no se encuentra ninguna modificación sustancial de la regulación contenida en *Las Partidas*⁷. Ello permite entender que la doctrina civilista española del siglo XIX exponga y explique el contrato de arrendamiento siempre por referencia a *Las Siete Partidas*⁸.

1. La concepción unitaria del arrendamiento

Lo primero que interesa destacar de la regulación de *Las Partidas* es, que en este cuerpo normativo está presente la concepción unitaria del arrendamiento, siguiendo el modelo romano de la *locatio conductio*. En efecto, el contrato de “(a)loguero” (o “arrendamiento”) es un contrato que puede tener por objeto tanto la cesión de una cosa como la realización de alguna “obra” (P.5.8.1)⁹. Y, al igual que la *locatio conductio*, se trata de un contrato esencialmente oneroso¹⁰.

Debido a la influencia de *Las Partidas*, la concepción unitaria del arrendamiento está, por tanto, también presente en la doctrina española del siglo XIX¹¹. Para entonces, ya se había perdido la voz “(a)loguero” contenida en *Las Partidas*, imponiéndose la voz “arrendamiento” para designar al contrato¹². Es interesante

⁷ Cfr. SOLÉ RESINA, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997), pp. 43-44.

⁸ Por mencionar algunos: DE ASSO, Ignacio - DE MANUEL, Miguel, *Las instituciones del derecho civil de Castilla* (Madrid, 1792).p. 216 y ss.; SALA, Juan, *Ilustración del derecho real de España* (Valencia, 1803), I, p. 299 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro - MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España* (Madrid, s. l., 1865), t. 2, p. 267 y ss.; o DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España* (Valencia, Imprenta de José Mateo Garín, 1860), parte 2, tratado 3, p. 431 y ss.

⁹ Conviene destacar que en *Las Partidas* hay una diferencia entre “(a)loguero” y “arrendamiento”, siendo (a)loguero el término que describe las formas más comunes de arrendamiento de cosas y de obras: “Aloguero es propiamente, quando un ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia; o otorgar un ome a otro poder de usar de su cosa, o de servirse della, por cierto precio, que se ha de pagar en dineros contados [...] E arrendamiento, según el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoxerisadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en laton afletamiento; que pertenece tan solamente a los logueros de los navios”.

¹⁰ Y además, como en la *locatio conductio*, la contraprestación por la cesión del uso de la cosa o la obra ha de ser en dinero, pues, en caso contrario, se trataría de un contrato innominado. Se dice expresamente: “[c]a si otra cosa rescibiesse, que no fuesen dineros contados, non seria loguero, mas seria contrato innominato” (Part. 5,8,2). Ahora bien, es de destacar que el carácter monetario de la contraprestación, si bien es algo muy relevante bajo *Las Partidas*, es sin embargo un aspecto que carece de importancia una vez que se reconoció fuerza obligatoria a todo pacto. En este sentido, hay que recordar que en *Las Partidas* sólo se atribuye fuerza obligatoria absoluta a los contratos nominados y no se la concede a los innominados, a menos que éstos se encuentren revestidos de estipulación o que una de las partes haya cumplido su obligación. Como es sabido, el *Ordenamiento de Alcalá* introdujo una variación de este estado, al prescribir “que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos de cualquier manera que aparezca que alguno se quiso obligar por otro e facer contrato con él” (Título XVI, ley única).

¹¹ Así, en todos los autores citados *supra* nota 8.

¹² Como se ha dicho, en *Las Partidas* se distingue entre “(a)loguero” y “arrendamiento”.

apuntar que, pese a ello, el uso de las expresiones “arrendador” y “arrendatario” todavía no se terminan de definir claramente en el siglo XIX, y de hecho, en la doctrina, esos términos son utilizados para referirse indistintamente a ambas partes del contrato¹³, tal como ocurre en *Las Partidas*¹⁴.

No obstante, hay que tener presente que, tratándose del arrendamiento de obras, en las *leyes* de *Las Partidas* se encuentran denominaciones particulares para designar a las partes del contrato, tales como las de “menestrales” o “maestros”. Y, siguiendo ese ejemplo, la doctrina civilista del siglo XIX evitará, en general, utilizar los términos “arrendador” y “arrendatario”,

Pero en la doctrina del siglo XIX aparece abandonada esta distinción, utilizándose únicamente el término “arrendamiento” para referirse a este contrato [así, por ejemplo, DEL VISO, cit. (n. 8), p.433; y GÓMEZ DE LA SERNA – MONTALBÁN, cit. (n. 8), II, p. 267]. Ello puede explicarse básicamente por dos motivos. El primer motivo es que el mismo texto de *Las Partidas* se utilizan luego ambos conceptos como sinónimos, sin que se alcance a apreciar alguna diferencia. El segundo motivo es que las formas “(a)loguero” o “(a)logar” cayeron prontamente en desuso en lengua castellana (sobre el desuso de la voz “alogar”, véase SALA, cit. (n. 8), I, p. 300). Es interesante apuntar que, sin embargo, todavía hoy se puede hallar la voz “logar” en el diccionario de la RAE como sinónimo de “alquilar” (e incluso la voz “locación” todavía se recoge como una forma poco usada para referirse al arrendamiento “de obra”). La raíz latina del verbo se conserva, en cambio, en la lengua catalana (*llogar*).

¹³ En la doctrina civil del siglo XIX la distinción entre “arrendador” y “arrendatario” no es admitida con generalidad. Sala, por ejemplo, siguiendo con excesivo celo la denominación de *Las Partidas* [véase la nota siguiente], llama indistintamente “arrendador” y “arrendatario” a quien recibe la cosa en arrendamiento, mientras que llama “dueño o locador” al que la concede, castellanizando la voz latina *locator* [SALA, cit. (n. 8), I, pp. 300-301]. En cambio, otros autores, como De Asso y De Manuel (ya a fines del siglo XVIII) distinguen entre “arrendador” y “arrendatario”, en el sentido moderno de esos términos [DE ASSO - DE MANUEL, cit. (n. 8) p. 271].

¹⁴ En *Las Partidas*, los verbos “arrendar” y “(a)logar” identifican *indistintamente* la acción de quien “da en arrendamiento” y de “quien recibe en arrendamiento”, y en consecuencia, en *Las Partidas* se utilizan las voces “arrendador” y “(a)logador” en forma ambigua, y de hecho, más bien referidas a quien “toma en arriendo” (o sea, a la parte que hoy denominamos arrendatario). Por ejemplo, en la Part. 5,8,4 se lee: “pagar deben los arrendadores, è los alogadores, el precio de las cosas que arrendaren o alogaren”; o en la Part. V,8,21, en la última parte: “(s)i los arrendadores auian buena fè quando las arrendaron, cuydando que aquellos de quienes las recibieron, auian derecho de las arrendar, o de las logar”. No sería justo calificar esto como una imprecisión en el uso del lenguaje por parte de *Las Partidas*, pues únicamente se recoge la ambigüedad semántica que, en su época, tenían dichos términos. Esta ambigüedad semántica perdura hasta el día de hoy para las voces “arrendar” y “arrendamiento”. En lo que respecta al término “arrendador”, la ambigüedad sería superada sólo con el surgimiento de la voz “arrendatario” y, particularmente, por su expresa conceptualización en el Código civil. Un fenómeno similar ocurre con el verbo “alquilar”, que aparece en el siglo XIII con la misma “doble” función: es tanto ceder el uso por dinero como adquirir el uso por dinero y, de ahí, “alquilador”. La aparición de la forma “arrendatario” (siglos XIV y XV), construida con un sufijo culto “-ario” (que es una adaptación del antiguo “-arius”, que en Derecho romano designaba la parte pasiva de ciertos negocios, como en *mandatarius* o *legatarius*), aportaba una mayor claridad designativa, por lo que hizo perder la ambigüedad a “arrendador” y ayudó a establecer como términos jurídicos, preferentemente, los de “arrendamiento”, “arrendador”, y “arrendatario”, desplazando el de “alquiler”, y, sobre todo “alquilador”. Sobre esta interesante cuestión, que excede con mucho el objeto de nuestro estudio, véase GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Tres modelos de oposición por conversión en un diccionario histórico en Revista de Filología Española*, 87 (2007) 2, pp. 273-291.

prefiriendo otros, tales como los de “dueño”, “amo”, “propietario”, “sirviente”, “jornalero”, “oficial”, “empresario”, etc.¹⁵.

2. La delimitación externa del contrato de arrendamiento “de obras”

a) El arrendamiento “de obras” y el “condessijo” (depósito)

En *Las Partidas*, la onerosidad esencial del contrato de arrendamiento permite distinguir el arrendamiento “de obras” del contrato llamado *condessijo* o *depositum* (contrato de depósito). Este último se configura como un contrato esencialmente gratuito¹⁶. Sin embargo, hay que tener presente que en *Las Partidas* parece reproducirse la contradicción justiniana entre la naturaleza esencialmente gratuita del contrato de depósito y la posibilidad de un precio¹⁷. La Part. V,3,3, por ejemplo, contempla algunos supuestos en que la responsabilidad del depositario se agrava, y entre ellos “*quando rescibe prescio por guardar la cosa quel dan en condesijo*”. Frente a ello, para los autores del siglo XIX la distinción entre el arrendamiento “de obras” y el contrato de depósito sobre la base del carácter esencialmente oneroso o gratuito de estos contratos –tal y como parece desprenderse de la regulación de *Las Partidas*– no es algo tan evidente¹⁸.

b) El arrendamiento “de obras” y el mandato

El problema de delimitación entre los contratos de arrendamiento “de obras” y de mandato no parece plantearse en la doctrina española del siglo XIX. Probablemente ello se debe a la evolución que, desde la última etapa del Derecho romano, experimenta el contrato de mandato, el cual terminó por identificándose con la procuración¹⁹. De hecho, el mandato

¹⁵ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA – MONTALBÁN, cit. (n. 8), II, pp. 268-269; y DEL VISO, cit. (n. 8), pp. 435-436. Esos términos habían sido utilizadas por el *Code civil français* de 1804, y tomados por la doctrina española, fueron luego recogidos en el Código civil español.

¹⁶ El depósito está tratado con ocasión de los contratos que se hacen por gracia y amor. Dice la Part. 5,3,3: “*toma ome en condessijo las cosas, quando non recibe precio, nin gualardon, por guardarlas. Ca si lo recibiesse, o prometiesse de gelo dar, estonce non seria condessijo, mas seria loguero, pues algo señalado toma por la guarda*”.

¹⁷ Sobre esa contradicción, en el Derecho justiniano, véase, por ejemplo, METRO, Antonino, *El depósito retribuido desde el Derecho romano hasta los códigos modernos en Revista General de Derecho Romano*, 10 (2008) pp. 7-9

¹⁸ Se observa que el carácter esencialmente gratuito del depósito es puesto en tela de juicio. Así, Del Viso, por ejemplo, entiende que el depósito es un contrato gratuito en su esencia [DEL VISO, cit. (n. 8), p. 661.]. En cambio, Gómez de la Serna y Montalbán, por ejemplo, afirman que “aunque por regla general [el depósito] es gratuito para que no degeneren en arrendamiento, no debe dejarse de reputar como depósito aquel en que intervenga una corta remuneración en recompensa de los gastos y daños que ocasione [al depositario]” [GÓMEZ DE LA SERNA – MONTALBÁN, cit. (n. 8), II, pp. 456-457]. Y, en el mismo sentido, Sala admite que “está en uso llamarse también depósito la guarda que se hace por paga” [SALA, cit. (n. 8) p. 404.].

¹⁹ Cabe recordar que, en el Derecho Romano clásico, el *mandatum* se distinguía claramente de la *procuratio*, entre otros aspectos, porque sólo el primero era esencialmente gratuito, y porque

desaparece de las fuentes hasta *Las Partidas*²⁰. En el siglo XIX, la doctrina española explica y justifica la existencia del contrato de mandato en estrecha vinculación con su carácter representativo²¹, admitiendo, además, que el mandato puede ser remunerado²².

c) El arrendamiento “de obras” y la compraventa

En *Las Partidas*, la delimitación conceptual entre el arrendamiento “de obras” y el contrato de compraventa sigue la solución generalmente admitida entre los romanos: el aporte de materiales por parte del artífice convierte el contrato en una compraventa, aun cuando puede llegarse aparentemente a la solución contraria, si se identifica el arrendamiento de obras con la construcción inmueble²³. En la doctrina civil del siglo XIX no se aprecia un tratamiento explícito de este problema²⁴.

3. La división *interna* del contrato de arrendamiento

Como se ha apuntado, en *Las Partidas* el arrendamiento puede ser tanto “de cosas” como “de obras”. Pero, a semejanza del tratamiento que se dispensa en el *Digesto* a la *locatio conductio*, dichas “modalidades” no se tratan por

además no era representativo. Sin embargo, con el tiempo el mandato se va aproximando a la procuración y, en consecuencia, comienza a considerársele como una forma de representación que se manifiesta principalmente en el ámbito procesal, hasta el punto de abandonarse la posibilidad de un mandato con otro contenido, circunscribiéndose a las actividades en las que es posible actuar en representación de otro [sobre ello, véase ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa, Sobre el contrato de mandato en el Código civil y en el Fuero Nuevo en *Revista Jurídica de Navarra*, 22 (1996), pp. 62-65].

²⁰ Sobre la inexistente regulación del mandato en las fuentes anteriores, véase ARCOS, cit. (n. 19), pp. 61 y ss. La misma autora explica que en *Las Partidas*, sólo hay una referencia al mandato a propósito de la fianza (en Part. 5, 20,12, en la que se entiende que el mandato es una “*una manera de obligación semejante a la fiadura*”). Se ha propuesto que una razón de la inexistente regulación del mandato en las fuentes antiguas podría ser la existencia, en ese período histórico, de ciertos vínculos de dependencia que harían innecesaria esta figura [cfr. PACHECO-CABALLERO, Francisco, *La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas* en *Revista de Derecho Privado* (1990), pp. 655-670].

²¹ Así, por ejemplo, GÓMEZ DE LA SERNA - MONTALBÁN, cit. (n. 8), p. 439.

²² DEL VISO, cit. (n. 8) p. 423 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA - MONTALBÁN, cit. (n. 8), p. 440.

²³ En efecto, en tal caso el contrato sigue siendo arrendamiento de obras y no compraventa, porque el dueño –arrendador de la obra– aporta el suelo en el que se construye, que es considerado como la materia principal [en este sentido, ALBARDONEDO – BETANCOURT, cit. (n. 3), p. 13].

²⁴ Del Viso, por ejemplo, cuando aborda el problema de determinar quién soporta el riesgo de destrucción de la obra y de los materiales, se refiere a la posibilidad de que sea el arquitecto quien deba suministrar los materiales, pero en ningún momento dice que, de existir esa obligación de aportar los materiales, el contrato se desnaturalice. Aunque, da la impresión de que, para este autor, la obligación de suministrar los materiales hace que el contrato deba ser calificado como una clase de “venta”. En este punto, Del Viso sostiene: “[s]i [el que tomó a su cargo la obra] además se obligó a suministrar los materiales, deberá él sufrirla [la pérdida] en caso de destruirse la obra antes de ser entregada o reconocida [...] [a]sí se infiere de *Partida* 5.5.24, que establece esta misma doctrina con respecto a la venta de cosas a gustar, a cuya clase pertenece la obligación del arquitecto de suministrar el material” [DEL VISO, cit. (n. 8), pp. 484-485 (cursivas añadidas)].

separado, sino que únicamente se ilustran y regulan algunos supuestos específicos. Así, aun cuando es posible hallar en el interior de la regulación del contrato de arrendamiento de *Las Partidas* determinadas *leyes* referidas específicamente al arrendamiento “de obras”, una distinción entre arrendamiento “de obra” (en un sentido estricto) y un arrendamiento “de servicios” (en sentido estricto) no parece posible. Los ejemplos que se ofrecen en *Las Partidas* únicamente se identifican con lo que la doctrina romanista denominaría *locatio conductio operis*²⁵. Lo anterior permite comprender que la doctrina civilista del siglo XIX construya (con base en el concepto amplio de arrendamiento que contiene la Part. V, 8,1) una división bipartita del arrendamiento: por un lado, se encuentra el arrendamiento “de cosas”, y por el otro, el arrendamiento “de obras” en un sentido amplio (indistintamente llamado “arrendamiento de trabajos”, “arrendamiento de servicios”, “arrendamiento de obras y servicios” o “arrendamiento de industria”)²⁶.

²⁵ Una simple lectura de las *leyes* de *Las Partidas* permite observar con facilidad la recepción del Derecho romano justinianeo, recurriendo incluso a los mismos ejemplos contenidos en el Digesto. Por ejemplo, en lo que respecta a los riesgos y responsabilidad del *conductor* o artífice, la regla general en materia de arrendamiento (contenida en la parte final de Part. 5,8,8) es que el *conductor* responde de los daños y de la destrucción de la cosa que se deben a su culpa, y no responde por el caso fortuito, salvo que hubiere asumido el riesgo o que estuviere en mora de restituir. Hay luego, varias aplicaciones particulares de esta regla. En la primera parte de esta misma *ley* (P. 5,8,8) se aplica al caso del transporte de una cosa, como vino en odres o pilares de mármol (cfr. D. 19,2,25,7). En la Part. 5,8,12, la misma regla se aplica al caso de quien recibe unas telas para lavarlas o teñirlas, si luego entregadas a otro, o se perdiesen, empeorasen o “dañasen por ratones” (cfr. D. 19,2,13,6). Y en la Part. 5,8,10, que la aplica a quien recibe una piedra preciosa para engastarla en sortija (cfr. D. 19,2,13,5).

En todo caso, esa aproximación de *Las Partidas*, es comprensible. Al igual que en Roma, en la época de *Las Partidas* el lugar que corresponde a la prestación libre de servicios, a cambio de un precio, lo ocupa otro tipo de relaciones: las de carácter servil, impuestas hereditariamente o por la adscripción a la tierra [cfr. GIBERT, cit. (n. 5), pp. 132-133]. La referencia a las “obras y labores”, a propósito de *lo que lo que debe hacer el Pueblo* (P. 2,20,5), es muestra de ello. Ahora bien, es cierto que en esa *ley*, se distinguen las “labores” de las “obras”, según el lugar en donde se realiza la prestación: “obras”, a diferencia de las “labores”, “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 [...]*”; pero, ello difícilmente puede tomarse como base para una distinción entre un arrendamiento “de obra” y otro “de servicios. Según SOLÉ esta distinción se desprendía igualmente de algunos textos anteriores, como en el *Fuero Real*, y cita al efecto la glosa a este texto de Arias de Balboa. Pero, como se ha apuntado (*supra* nota 5) y como también admite SOLÉ, en el *Fuero Real* no existe ninguna referencia al arrendamiento de obras, ni mención alguna a las “obras” ni las “labores”, por lo que cabría preguntarse si Arias de Balboa no estaría influenciado por la doctrina contenida en *Las Partidas* [cfr. SOLÉ, cit. (n. 7), pp. 41-43]. Por todo lo dicho, me parece poco fundada la opinión de URUBURU COLSA, en cuanto entiende que en esta *ley* (P. 2,20,5) existirían dos criterios que permitirían distinguir entre “el contrato de obras” y el “contrato de servicios”: por un lado, “el hecho de que el tiempo en que la prestación se realiza constituya o no, elemento esencial del contrato” y por otro, “la sujeción o no del sirviente a la disciplina directa de aquel a que sirve” [cfr. URUBURU COLSA, Juan Manuel, *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media* (Dykinson, Madrid, 2006), p. 111].

²⁶ Cfr. DEL VISO, cit. (n. 8), pp. 434, 437 y 480; y GÓMEZ DE LA SERNA - MONTALBÁN, cit. (n. 8), p. 280. Al interior de esta última categoría -la de arrendamiento “de trabajos” o “de

III. LA CONFIGURACIÓN DEL *CONTRAT DE LOUAGE* EN EL *CODE CIVIL FRANÇAIS* DE 1804

Como es ampliamente sabido, el *Code civil français* influyó de forma importante en la redacción del Código civil español, lo que es particularmente cierto en relación con la regulación del contrato de arrendamiento de “*obras y servicios*” (art. 1583 y ss. CC). Ello no sólo justifica el estudio que sigue, sino que además delimita su objeto. El estudio del *Code civil français* interesa, en este lugar, en cuanto puede considerarse un antecedente del Código civil español²⁷.

obras y servicios”- se admiten diversas clases, entre las que se encuentra el “contrato de obra” en sentido estricto. Gómez de la Serna y Montalbán, llaman indistintamente “ajuste” o “contrato de obra” al “celebrado con un arquitecto o maestro de obras para la construcción de una casa o de un edificio cualquiera”, reservando la denominación “contrato de empresa” únicamente para referirse al que tiene por objeto la realización de una obra pública [*ibid.*, cit. (n. 8), pp. 281 y 268]. Del Viso, siguiendo al Proyecto de Código civil de 1851 –y admitiendo en consecuencia sólo tres clases de arrendamiento “de obras y servicios”– también reserva el nombre de “contrato de empresa” y de “empresario” a las obras públicas, y utiliza “contrato de obra” para referirse al “arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado” [DEL VISO, cit. (n. 8), p. 480 y ss.], pero llama “ajuste” a cualquier contrato que tenga por objeto el arrendamiento de servicios o trabajos, de cualquier especie [*ibid.*, pp. 436-437]. Y en este mismo sentido se había pronunciado, antes, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Instituciones de Derecho Civil* (Imprenta de Julián Pastor, Valladolid, 1840), p. 269.

²⁷ Valga, por tanto, la siguiente advertencia: las referencias que en esta parte del trabajo se hagan a determinados artículos del *Code civil*, deben entenderse hechas, salvo indicación expresa en contrario, a su texto original de 1804, y no a su texto actualmente en vigor. La regulación del *Code civil* en materia de *arrendamiento de obras y servicios* (*louage d'ouvrage*) ha sido objeto de varias reformas. Sin embargo, durante el siglo XIX sólo se hicieron dos modificaciones a esta regulación: la primera en el año 1868 y la segunda en 1890. Teniendo en cuenta que el Código civil español es de 1889, sólo interesa la primera de esas dos reformas. La segunda modificación, del año 1890, agregó cinco incisos al art. 1780 *Code civil*, aumentando considerablemente la regulación original del *Code civil* referida a los servicios de criados, domésticos y obreros). La primera reforma, del año 1868, tuvo por objeto la derogación del art. 1781 *Code civil* [*“Le maître est cru sur son affirmation: pour la quotité des gages; pour le paiement du salaire de l'année échue; et pour les à comptes donnés pour l'année courante”*]. Y es evidente que el hecho de que este artículo fuera derogado no incidió en la posterior regulación adoptada por el Código civil español, pues, tres décadas más tarde, recogió esa misma regla [art. 1584.II CC: “*El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico./ 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente*”]. En todo caso, no debe concluirse que el contenido del art. 1584.II CC tenga como única fuente el citado art. 1781 *Code civil*; como se ha dicho (*supra* nota 5) la regla que establece que ha de creerse al amo estaba contenida ya en el *Fuero viejo de Castilla*. Todas las otras modificaciones que han afectado al *louage d'ouvrage* han tenido lugar a partir de segunda mitad del siglo XX. Entre ellas cabe destacar la que hizo la *Loi*. 78-12, de 4 de enero de 1978 (en vigor desde el 1º de enero de 1979), que modificó de forma importante la regulación del *Code civil* en materia de responsabilidad en el ámbito de la construcción, agregando, a continuación del art. 1792 *Code civil*, seis nuevos artículos (los arts. 1792-1 a 1792-6, actualmente en vigor). El art. 1792 *Code civil* había sido modificado algunos años antes, por la *Loi* n. 67-3, de 3 de enero de 1967. Y otras varias modificaciones han tenido lugar desde entonces, pero no es este lugar para dar cuenta de ellas.

La forma en que se configura la regulación del *louage d'ouvrage* en el *Code civil français* de 1804 se explica, sin duda, por la importante influencia de la doctrina de J. Domat (1625-1696) y la doctrina de J. R. Pothier (1699-1762)²⁸. De ahí que sea conveniente considerar, en primer lugar, los postulados de esos dos autores. A fin de que tal estudio sirva para comprender la regulación adoptada por el *Code civil*, interesa, sobre todo: *i)* determinar si en la doctrina de esos autores está presente la concepción unitaria del arrendamiento; *ii)* saber cuáles son, para esos autores, los criterios que permiten distinguir el arrendamiento “de obras y servicios” de otros contratos cuya prestación característica es un hacer (depósito, mandato y compraventa, en el caso de que se encargue la confección de un bien); y *iii)* determinar si en la doctrina de esos dos autores es posible reconocer alguna clase de distinción o “subtipos” de arrendamiento. Como se verá de inmediato, los postulados de Domat y de Pothier, en relación con estos tres aspectos, son, en general, coincidentes, y por ello pueden ser tratados en forma conjunta. Cuando corresponda, se pondrán de relieve los puntos discordantes.

1. El *contrat de louage* en las doctrinas de Domat y de Pothier

a) La concepción unitaria del arrendamiento

Lo primero que hay que destacar es que ambos autores asumen la concepción romana unitaria del arrendamiento²⁹. En efecto, tanto en la obra de Domat como en la de Pothier, la contratación de “obras y servicios” (o de “trabajo” en sentido amplio) es considerada como objeto del contrato de arrendamiento (*louage*), configurando una categoría particular frente al arrendamiento “de cosas”³⁰.

²⁸ Sobre este punto, se dijo, por ejemplo, que, por la importancia del contrato de arrendamiento “es esencial reunir en un mismo cuadro, en un orden metódico, los principios relativos a este contrato: es en el Derecho romano que ellos deben ser y han sido extraídos; es en las obras de Domat y Pothier en las que se les encuentra recogidos y desarrollados” [palabras del tribuno Mourricault, recogidas en *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les diverse orateurs du Conseil D'Etat et du tribunal* (Paris, 1838), p. 629 y ss.]. Desde luego, y como es ampliamente sabido, la influencia de la doctrina de estos dos autores en la redacción del *Code Civil* no se limita al contrato de arrendamiento. Sobre la influencia de Domat en la codificación civil francesa, véase, por ejemplo, GILLES, David, *La doctrine comme source des codifications: Jean Domat en Studia Universitatis Babeş Bolyai-Jurisprudentia*, 4 (2009), pp. 61-110; sobre la influencia de Pothier, véase, por ejemplo, THÉZARD, Léopold, *De la influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne* (Paris, 1866).

²⁹ Cabe tener presente que, se ha afirmado, la concepción unitaria del arrendamiento del Derecho romano (esto es, la consideración de la contratación de las obras y servicios como una forma de arrendamiento) estuvo siempre presente en el Derecho francés, sin que fuera modificada sustancialmente ni por el Derecho canónico ni por el Derecho consuetudinario [cfr. GRENIER, Joseph, *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français: thèse pour le doctorat* (Faculté de Droit de Toulouse, Bergerac, 1874), p. 29].

³⁰ Domat define el arrendamiento como un contrato “por el cual una parte da a la otra el disfrute o el uso de una cosa, o de su trabajo, durante algún tiempo, por un determinado precio”

b) La delimitación externa del contrat de louage

Ambos autores consideran que el carácter remunerado o gratuito del contrato basta como criterio de distinción entre el contrato de arrendamiento (“de obras y servicios” o “de trabajo”) —esencialmente oneroso— y aquellos contratos que, siguiendo la tradición romanista, son considerados

[cfr. DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit Public et Legum Delectus* (Paris, 1705), Título IV, p. 29 (la primera parte fue originalmente publicada entre 1689 y 1694)].

También Pothier recoge la concepción romana unitaria del arrendamiento. Ello se observa con claridad en sus anotaciones y comentarios a D, 19,2, en su obra *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, de 1748: “En efecto, hay locación no solamente cuando se paga el precio para gozar de una cosa, sino además para hacer una cosa” (utilizo: POTHIER, Robert Joseph., *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, trad. al francés de M. de Bréard-Neuville (Paris, 1821), VII, p. 190 y ss.). Y explica luego Pothier que, caracterizada la locación como un contrato consensual, ella tiene, además del consentimiento, otros dos elementos esenciales: la cosa respecto de la cual se cede el goce o se “da a hacer” y el precio (*ibid.*, p. 193). Como se puede apreciar, para Pothier, en consecuencia, en el *louage d'ouvrage* es indispensable que exista un precio, que queda obligado a pagar quien ha encargado la obra. Este precio, además, ha de ser en dinero, pues si la contraprestación consiste en dar una cosa distinta de dinero, o en algo que debe hacerse, el contrato ya no sería arrendamiento sino un contrato innominado “*facio ut des, facio ut facias*” [cfr. POTHIER, Robert Joseph, *Traité du contrat de louage* (Paris/Orleans, 1764), pp. 356-357]. El que no se fije el precio en dinero, sin embargo, no altera sustancialmente el régimen aplicable al contrato, pues al final de su *Traité du contrat de louage* (en el “Apéndice”) Pothier trata esos casos de contratos innominados, y señala que, por su similitud, deben aplicarse las reglas del contrato de arrendamiento.

Conviene apuntar que la doctrina de Pothier se enmarca dentro de la concepción de su época. Como muestra del estado de la cuestión, considérese la definición que ofrece, para la entrada o voz “*louage*”, DE FERRIERE, Claude Joseph, *Dictionnaire de Droit et de pratique* (cuya tercera edición, que es la aquí utilizada, es de 1749): “un contrato por el cual dos o más acuerdan que uno entregará al otro una cosa mueble o inmueble para que la disfrute por cierto tiempo, a cambio de una suma que se paga al año o de otro modo, o un contrato por el cual uno entrega su trabajo por jornadas, por una cierta suma o recompensa”. A continuación de esta definición aparece la definición de la voz “*louage de temps et d'industrie*”: “contrato que se hace por los obreros, domésticos que se alquilan por un cierto tiempo, para hacer ciertas obras o para servir a aquellos que quieran tomarlos en servicio, con cargo de por ello recibir la recompensa en que las partes hayan estado de acuerdo” (*ibid.*, II, p. 247).

esencialmente gratuitos, como el mandato³¹ y el depósito³². Por otro lado, en lo que se refiere al problema de la calificación contractual que se presenta cuando el contrato celebrado por las partes tiene por objeto la confección de un objeto material (esto es, el problema de la posibilidad de calificarlo como arrendamiento “de obra” o como compraventa), tanto Domat como Pothier recogen los textos del Digesto, y adoptan la solución romana sobre la base de determinar cuál de las partes ha suministrado la materia principal (si la aporta el artifice, el contrato se califica de compraventa; si la aporta el que ha encargado la obra, el contrato se califica de arrendamiento)³³.

c) *La división interna del contrat de louage*

Aunque ambos autores utilizan, en su exposición, una división bipartita del *contrat de louage*, difieren en relación con el contenido de cada una de las categorías. Domat agrupa las obras y servicios en una categoría amplia, la

³¹ Domat afirma, a propósito de las reglas del mandato, que la función del mandatario debe ser gratuita, y que, si se ha convenido algún salario, sería una especie de contrato de arrendamiento, en el que, aquel que actúa por el otro, daría, a cambio de un precio, el uso de su industria o su trabajo [DOMAT, cit. (n. 30), p. 126]. La gratuidad basta, pues, para distinguir un arrendamiento de trabajo de un mandato. En contra, Solé entiende que en Domat, “la nota de la representatividad permite distinguir el mandato del arrendamiento de servicios” a la que se “añade” la gratuidad, y que Domat afirma que “si conviene un salario, *no* se convierte en una especie de arrendamiento donde quien se obliga por otro daría por precio el uso de trabajo” [SOLÉ, cit. (n. 7), p. 36 (cursivas añadidas)]. El texto original de Domat es: “*Si on convenoit de quelque salaire, ce seroit un espece de loüage, où celui qui agiroit pour un autre doneroit pour un prix l’usage de son industrie, & de son travail. Mais la recompense qui se donne sans convention, & par honneur pour reconnaître un bon office, est d’un autre genre, & ne change pas la nature de la procuration*”, de forma que para Domat, como se puede apreciar, si se conviene un salario, el contrato sí se desnaturaliza, y sería una especie de arrendamiento, si bien admite que, sin que haya mediado convención, se recompense al mandatario por honor y en reconocimiento de sus servicios, tal como ocurría en el Derecho romano. Pothier, en el mismo sentido, sostiene que en el *louage d’ouvrage* es indispensable que exista un precio y que, en otro caso, se trata de un mandato. También entiende que el contrato sería un mandato si, habiéndose fijado un precio, se indica, en el mismo contrato, que el *conductor* condona al *locator*; e igualmente sería mandato si el precio fijado no es de cierta consideración en relación con el valor de la obra. Así para Pothier, la única diferencia entre el mandato y el arrendamiento de obra es la existencia de un precio o remuneración [*Traité du contrat de louage*, cit. (n. 30), pp. 356-357].

³² Para Domat “*le dépôt doit être gratuit, car autrement ce seroit un loüage, où le depositaire loueroit son soin*” [cit. (n. 30), p. 77]. Por su parte, Pothier explica que “si al aceptar el mandato que me habéis dado, o el depósito de una cosa que me habéis confiado, os he exigido una cierta suma comola recompensa del cuidado que tendré por los objetos que me habéis confiado, o por la gestión de vuestros intereses, el contrato no será ni un contrato de depósito, ni de mandato, será igualmente un contrato de alquiler, por el cual os alquilo mis servicios por la gestión de vuestro negocio, o por la guarda de vuestro depósito” [cfr. POTHIER, *Traité des obligations* (Paris/Orleans), 1764, I, p. 14; el texto ha sido tomado de la versión en español: *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 15]. Pothier entendía que en Derecho romano la remuneración era también la única diferencia entre el depósito y el arrendamiento [cfr. POTHIER, *Pandectes*, cit. (n. 30), VII, pp. 199-201].

³³ DOMAT, cit. (n. 30), p. 187; POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit. (n. 30), pp. 352-353.

del “arrendamiento de trabajo”³⁴. Pothier, en cambio, considera –en sintonía con la visión peyorativa del Derecho romano sobre el trabajo remunerado³⁵– que los únicos servicios que pueden ser objeto de arrendamiento son los servicios “innobles y apreciables en dinero”, como los de domésticos y servidores, obreros o artesanos³⁶. Para Pothier, en consecuencia, el trabajo remunerado admite una distinción que no se basa en el objeto del contrato, *sino en el estado o condición de la persona que presta el servicio*. Así, una persona que realiza un trabajo para otro puede, o bien estar bajo la autoridad de quien se beneficia del trabajo, o bien puede exigírsele únicamente aquello por lo cual se le prometió la remuneración³⁷. Para Pothier, sólo el segundo caso constituye *louage d’ouvrage*. Los casos en los que una parte está bajo la autoridad de la otra son tratados por

³⁴ Domat, bajo una misma sección –llamada “de la naturaleza de los ajustes, y de otros arrendamiento de trabajo e industria”– trata el arrendamiento de “trabajo” en un sentido amplio, lo que obedece no sólo a una forma de exposición, sino que aparece presentado como un “tipo” de arrendamiento, definido como “aquel en que se da una obra, o un trabajo a realizar” y en el que “el arrendatario o contratista, es quien emprende el trabajo o la obra [DOMAT, cit. (n. 30), p. 60]. Debido a este tratamiento unitario, SOLÉ entiende que “[e]n ningún momento aprecia Domat la distinción entre el arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios” [Solé, cit. (n. 7), p. 35]. Estoy de acuerdo con la autora en este punto, porque aunque Domat señala, en el párrafo siguiente, que “a veces el arrendatario debe una obra (un grabador a quien se encarga grabar un sello), otras sólo debe trabajo (un chofer), y otras veces, la materia de una obra y su trabajo (un arquitecto que construye una casa)”, no parece que Domat sugiera propiamente una división, desde que no se desprende ninguna consecuencia normativa diversa [DOMAT, cit. (n. 30) p. 60]. Sin embargo, conviene apuntar que Domat sí propone unas reglas particulares aplicables a la obligación que consiste en realizar una obra material.

³⁵ Pothier, luego de definir el contrato de *louage*, aclara que no utiliza el término “cosa” en su acepción estricta, pues se puede arrendar tanto una cosa (en sentido estricto) como un trabajo. En efecto, agrega, “un hombre libre puede empeorar su estado, arrendando su propio trabajo por el día, o por la noche” [cfr. POTHIER, *Pandectes*, cit. (n. 30), VII, p.193].

³⁶ Cfr. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit. (n. 30), p. 10.

³⁷ En su *Traité des obligations*, a propósito de la admisión de la prueba testimonial de ciertas personas, señala que “Se llama servidores a la gente que nosotros tenemos a sueldo para que nos presten todos servicios que de ellos pedimos, aún estén sujetos principalmente a una cierta especie de servicio. Se puede ser también servidor sin ser criado o doméstico; tales son el jardinero o el guardabosque, que un hombre domiciliado en una ciudad, tiene en su casa de campo o en contornos. Estos en verdad no son domésticos suyos, puesto que no viven con él y no se sientan a su mesa; pero son servidores, puesto que los tiene a sueldo, y que puede mandarles cuando este en sus tierras que le hagan todos aquellos servicios que resultan de sus cargos”. Así, para Pothier, los *servidores* y los *domésticos* son aquellos que están bajo “nuestra autoridad”, de modo que existe un derecho a “ordenarles” o “mandarles” que realicen ciertos servicios. Es este elemento lo que permite distinguirlos de aquellas personas a las que se ha encargado la realización de una cierta obra a cambio de una suma de dinero, que no son propiamente servidores, y a quienes no se puede dar órdenes ni exigir sino la obra que se han obligado a realizar [cfr. POTHIER, *Traité des obligations*, cit. (n. 32), II, p. 407; texto tomado de: *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 32), p. 500].

Pothier a propósito del arrendamiento de cosas³⁸ y como se ha puesto de relieve por algún autor, sin un tratamiento sistemático³⁹.

2. El *contrat de louage* en el Code civil français de 1804

El *Code civil français* de 1804 reguló el contrato de arrendamiento en el Título VIII (*contrat de louage*) del Libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Este Título VIII está dividido en cuatro capítulos, el tercero de los cuales se titula *Du louage d'ouvrage et d'industrie* (art. 1779 y ss. *Code civil*). En las páginas que siguen, y tal como se ha hecho en las anteriores, daré cuenta, brevemente, de la aproximación del *Code civil* en relación con los siguientes tres aspectos: i) la recepción de la concepción unitaria del arrendamiento; ii) la delimitación externa del subtipo de arrendamiento *louage d'ouvrage*; y iii) la división interna del subtipo de arrendamiento *louage d'ouvrage*.

a) La concepción unitaria del arrendamiento

El *Code civil* de 1804 conservó la concepción romana unitaria del arrendamiento. En este sentido, el art. 1708 *Code civil* expresa con claridad: “*Il y a deux sortes de contrats de louage: / Celui des choses, / Et celui d'ouvrage*”⁴⁰. El *louage de choses* se define en el art. 1709 *Code civil* como “*un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer*”. Por su parte, el *louage d'ouvrage* se define en el art. 1710 *Code civil* como “*un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*”.

b) La delimitación externa del *contrat de louage*

En el *Code civil*, la onerosidad esencial del *contrat de louage* sigue siendo

³⁸ POTHIER, *Traité du contrat de louage*, cit. (n.), p. 1. Abre este tratado con la afirmación de que hay dos especies de contrato de arrendamiento, el arrendamiento de cosas (*louage des choses*) y el arrendamiento de obras (*louage des ouvrages*), al que dedica el séptimo capítulo. En éste, la primera cuestión que aborda es la naturaleza del contrato de obras, que se diferencia del arrendamiento de cosas en que la cosa acordada por un cierto precio debe hacerse por el conductor, y porque, en el contrato de arrendamiento de cosas quien paga es el conductor, mientras que en el contrato de obra, quien paga es el *locator* (p. 350 y ss.). Esta visión de Pothier no debe sorprender en demasía. En Roma, cabe recordar, los contratos por lo que se prestan “servicios” remunerados (calificables como *locatio conductio operarum*) tenían una importancia más bien marginal, debido a una marcada estratificación social, que caracterizó a la sociedad romana y que subsistirá en Europa, básicamente hasta el siglo XIX. Y ello determina, en consecuencia, la escasa importancia que, desde la vereda jurídica, se les presta a los contratos que tienen por objeto la realización de servicios (en sentido estricto) remunerados.

³⁹ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo en Revista de Política social*, 117 (1978), p. 188; y en idénticos términos, SOLÉ, cit. (n. 7), pp. 37-38.

⁴⁰ “Este comienzo es precisa y literalmente el del tratado de Pothier” [DUFOUR, Julien-Michel, *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées* (Paris, 1806), III, p. 200].

el criterio que permite distinguir el *louage d'ouvrage* del contrato de depósito (*dépôt*), pues este último es un contrato esencialmente gratuito (art. 1917 *Code civil*)⁴¹.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con el contrato de mandato (*mandat*), que deja de ser un contrato esencialmente gratuito para ser un contrato naturalmente gratuito (art. 1986 *Code*)⁴². El posible carácter remunerado del mandato y la limitada regulación del “*louage d'ouvrage*” (arts. 1779-1799 *Code civil*) generaron un debate doctrinal en relación con la naturaleza y el régimen aplicable a los servicios prestados por profesionales liberales. Si se observa la doctrina francesa del siglo XIX, pueden hallarse diversas posiciones sobre este punto. El estudio de esas diversas posiciones muestra que dicha discusión doctrinal, sobre la calificación de ciertos servicios como arrendamiento (*louage d'ouvrage*) o como mandato (*mandat*), no fue una cuestión meramente técnica, sino que, sobre todo, era una cuestión filosófica y moral. En efecto, algunos autores sostuvieron que la diferencia entre el *louage d'ouvrage* y el *mandat* debía hallarse en la distinta consideración que la ley tenía de las profesiones liberales respecto de la de los simples trabajos manuales⁴³. Otros autores, en cambio, entendieron que el *Code civil* implicó una ruptura con la tradición, en el sentido de que no es posible entender que el mandato en sí mismo tenga una mayor consideración social que el arrendamiento⁴⁴; y que el criterio de distinción entre el *louage d'ouvrage* y el *mandat* recogido en el *Code civil* es el de “la representación”, el cual aparece como un elemento de la esencia del mandato (art. 1984.I *Code civil*)⁴⁵. Y un sector minoritario de la doctrina

⁴¹ Art. 1917 *Code*: “*Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit*”.

⁴² Art. 1986 *Code*: “*Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire*”.

⁴³ Por ejemplo, Troplong entiende que el *Code civil* conserva la doctrina de los jurisconsultos romanos y franceses. La nota diferenciadora es la distinta naturaleza de los servicios realizados, y consecuentemente con ello, el que sea o no posible predicar de ellos el que tengan un “precio”. Para Troplong, es evidente que el legislador sólo ha considerado dentro del “*louage d'ouvrage*” los trabajos manuales, y que las artes liberales quedan dentro de la regulación del mandato, pues entre las diversas ocupaciones y profesiones hay una desigualdad de mérito y de honra, desigualdad que el derecho debe reconocer y consagrar [cfr. TROPLONG, Raymond Théodore, *Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code* (Bruxelles, 1841), pp. 225-232]. En este sentido, el autor expresa, por ejemplo, que el médico que salva una vida o el abogado que defiende a un cliente, no lo hace únicamente por el dinero, sino “por la gloria, por la patria, por la humanidad” (*ibid.*, p. 230). En el mismo sentido, MARCADÉ, Victor-Napoleon, *Explication théorique et pratique du Code civil* (Paris, 1875), VI, pp. 539-542.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, Duvergier, quien admite que por mucho tiempo las obras de la inteligencia tuvieron en la sociedad una mayor consideración social, pero que desde la revolución francesa –y también a consecuencia de los adelantos tecnológicos– ello ha cambiado [cfr. DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Continuation de Toullier*⁵ (Paris, 1838), t. 19, pp.317-319].

⁴⁵ Art. 1984.I *Code*: “*Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*”. En todo caso, la “representación” –considerada como elemento esencial del mandato– puede entenderse de dos maneras: que el mandatario actúe “en nombre” del mandante o que actúe por cuenta y riesgo de este último. Para que exista mandato se requiere, al menos, esto último, es decir, que aun cuando el mandatario no se presente frente a los terceros como un representante de otro, los

propuso que los servicios prestados por profesionales (como médicos o abogados) no constituyan ni arrendamiento ni mandato, sino que constituyan un contrato innominado *sui generis*⁴⁶.

Por último, en relación con el problema de la delimitación conceptual del *contrat de louage* frente al contrato de compraventa –problema que, recordemos, se presenta en el supuesto de que se encargue la confección de una obra, si la materia es aportada por el artífice– la solución del *Code civil* no es del todo clara, lo que dio lugar a otra discusión doctrinal. El problema reside en la dificultad que existe para interpretar sistemáticamente dos artículos del *Code civil*: el art. 1787 y el art. 1711, ambos ubicados dentro de la regulación del *contrat de louage*. El primero de ellos señala: “*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*”. Como se puede apreciar, de la sola lectura de este artículo no parece posible desprender ninguna consecuencia en relación con la calificación del contrato que se haya celebrado, es decir, *el aporte de material por parte del artífice no desnaturalizaría el contrato*, que sería, en todo caso, arrendamiento (*louage*) y no compraventa. Sin embargo, del art. 1711.VI *Code civil* parece desprenderse lo contrario (“*Les devis, marchés ou prix fait, pour l’entreprise d’un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l’ouvrage se fait*”)⁴⁷, y que el contrato que tiene por objeto la realización de una obra no es considerado como arrendamiento si es el propio artífice quien aporta la materia. Ello, como

actos celebrados con ellos lo sean, finalmente, por cuenta y riesgo del mandante, quien debe, en definitiva, soportar sus consecuencias. En parte, por ello es que Duvergier entiende que, mientras se acuerde un precio por algo que se debe hacer, poco importa que se trate de un trabajo mecánico o de una obra intelectual, pues en tal convención no se puede apreciar sino un arrendamiento, porque no se encuentran presentes las características del mandato [DUVERGIER, cit. (n. 44), XIX, p. 288 y ss.]. En el mismo sentido, por ejemplo, LAURENT, François, *Principes de droit civil français*, (Paris/Bruxelles, 1877), III, p. 597; y BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Précis de Droit civil* (Paris, 1884), t. 3, p. 526.

⁴⁶ Esta es la opinión de Grenier, quien dice seguir la posición de AUBRY y RAU [aunque no la plasmada por estos autores en sus primeras ediciones, sino en posteriores; *cf.* *Du louage d’ouvrage*, cit. (n. 29), pp. 169-170]. Al menos en la cuarta edición de su *Cours de Droit Civil Français*, AUBRY y RAU sostienen, a propósito del objeto del contrato, que “los actos de una profesión literaria, científica o artística no podrían, en sí mismos y directamente, formar el objeto del contrato, en el sentido que, quien los ha prometido, no puede ser civilmente constreñido a la ejecución de su promesa [...] pero nada impide que una cosa determinada a producir (*opus*) sea el objeto de una convención civilmente eficaz, sea que dicha producción deba ser el resultado de talentos artísticos o de facultades intelectuales del orden más elevado” [*cf.* AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Droit Civil Français*⁴ (Paris, 1869), III, p. 314]. AUBRY y RAU reiteran esta doctrina al tratar el arrendamiento, aunque admiten que, si tuvieran que elegir entre la tesis del mandato y la del arrendamiento, optarían sin duda por la del arrendamiento, porque la característica propia del mandato es el poder de representación conferido al mandatario, para obligar a los terceros con el mandante y para obligar a éste frente a aquéllos, lo que no se da en quien ejerce una profesión liberal (*ibid.*, p. 512).

⁴⁷ El art. 1711.I *Code* señala que “[c]es deux genres de louage [se refiere al *louage de choses* y al *d’ouvrage*] se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières”, de modo que “*Les devis, marchés ou prix fait*” se consideran una especie particular del género *louage d’ouvrage*.

se ha dicho, dividió a la doctrina francesa. Para algunos, el *Code civil* conserva la tradición romana y en consecuencia, si el artífice aporta el material, el contrato es una compraventa (con argumentos basados en la historia del establecimiento de la ley)⁴⁸. Para otros, el contrato que tiene por objeto la confección de una obra con aporte de la materia es en parte arrendamiento y en parte venta⁴⁹. Para otros, finalmente, el contrato que tiene por objeto la confección de una obra es siempre un arrendamiento, aunque el artífice aporte la materia⁵⁰. En todo caso, con independencia de la solución adoptada en relación con este problema, hay que tener presente que los autores admiten que, en el caso del contratista que construye en terreno del dueño de la obra (o sea, el contrato de confección de una obra inmueble, o de construcción), se trataría siempre de un arrendamiento de obra, aun cuando el contratista aporte todos los materiales⁵¹.

c) *La división interna del contrat de louage*

En relación con la división interna del tipo, lo primero que hay que

⁴⁸ Así, por ejemplo, Duranton, quien, como argumento, señala que en el proyecto primitivo del art. 1787 *Code civil* (art. 111) se agregaba, a continuación que “*Dans le premier cas, c’est un pur louage. Dans le second c’est la vente d’une chose une fois faite*”, y agrega, que si bien el Tribunal solicitó la supresión de estos dos párrafos, debido a que era “puramente doctrina y no tenían el carácter de una disposición legislativa”, nadie dijo que dicha redacción no expresara exactamente el pensamiento del legislador [DURANTON, Alexandre, *Cours de Droit Civil suivant le code français*⁴ (Bruxelles, 1841), IX, pp. 299-301; quien además agrega que esta misma doctrina es expresada por el tribuno Mourricault en su informe [lo que es efectivo, *cfr. Motifs et discours*, cit. (n. 28), p. 629 y ss.]]. En el mismo sentido, Baudry-Lacantinerie, cit. (n. 45) t. 3, p. 425; DELVINCOURT, Claude-Étienne, *Institutes de Droit Civil Français* (Paris, 1808), III, p. 187; LAURENT, cit. (n. 45), t. 26, pp. 7-8; MARCADÉ, cit. (n. 43), VI, pp. 557-558; y TROPLONG, cit. (n. 43), pp. 265-267.

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, AUBRY Y RAU, para quienes el contrato “*participe tout à la fois de la vente et du louage*” [cit. (n. 46), III, pp. 525). La justificación de esta solución, en opinión de estos autores, es que el sistema de Derecho francés, a su juicio, no exige, como el romano, la designación del contrato en virtud del cual la acción es intentada, de manera que no es necesario averiguar si la convención es más bien una venta que un arrendamiento. El contrato sería, mientras se desarrolla, un arrendamiento, y sería una compraventa al momento de la recepción. Al respecto, señalan: “*Nous serions assez disposés à dire que, jusqu’au moment de la réception de l’ouvrage, les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage, et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment*” (*ibid.*, pp. 525-526). En el mismo sentido, BERNARD, Fernard, *Cours sommaire de Droit Civil* (Paris, 1874), III, p. 212.

⁵⁰ Así, por ejemplo, Duvergier, para quien el art. 1787 *Code civil* modifica la doctrina del art. 1711 *Code civil* [DUVERGIER, cit. (n. 44), pp. 385-386]. Duranton, inicialmente partidario de esta posición —de que el contrato de confección de obra debe considerarse siempre como arrendamiento— señala como argumentos, además, los siguientes: *primero*, porque si se entiende que, cuando quien aporta el material es el dueño, debe considerarse el contrato como una compraventa, esta sección no debería tener ninguna regla relativa a los riesgos en este caso, y debería limitarse a reenviar a las reglas contenidas en el título de la venta, lo que no ocurre; *segundo*, la supresión del texto del proyecto que contenía expresamente la distinción en este caso impide una lectura restringida del art. 1787 *Code civil*; y *tercero*, porque el objeto del contrato es una cosa que el obrero se obliga a realizar, y los materiales son algo accesorio, el medio para realizar el trabajo [DURANTON, cit. (n. 47), IX, pp. 300-302].

⁵¹ DURANTON, cit. (n. 47), IX, pp. 302-303; MARCADÉ, cit. (n. 43), VI, p. 558.

destacar es que el *Code civil* reproduce formalmente la clasificación principal de Pothier y conserva su nomenclatura. En efecto, como ya se ha apuntado, el art. 1708 *Code civil* distingue *dos grandes clases* de arrendamiento: el “*louage des choses*” y el “*louage d’ouvrage*”. Ambas clases de arrendamiento son contratos consensuales, sinalagmáticos, onerosos y conmutativos. La principal diferencia que media entre ellos es, que en el *louage de choses* la obligación característica consiste en ceder el uso de una cosa (*res utenda datur*), mientras que en el *louage d’ouvrage* la obligación característica consiste en hacer algo (*res facienda*)⁵².

Sin embargo, el *Code civil* se aleja de la doctrina de Pothier en el contenido de estas dos clases de *louage*. En efecto, en el denominado “*louage d’ouvrage*” se incluyen todo tipo de servicios o trabajos, incluso los servicios domésticos, qué lógicamente, no pueden ser considerados como cosas que se arriendan⁵³.

Y es que, las ideas de libertad y de igualdad de todos los hombres (ideas revolucionarias, que también están en la base del movimiento codificador) y la superación de ciertas instituciones feudales (que subsistían todavía en la Francia pre revolucionaria) impiden, en la época de la codificación francesa, seguir considerando –al menos formalmente– que los trabajos de domésticos, criados y otros obreros puedan calificarse como oficios “innobles”, como en su día lo hizo Pothier⁵⁴. Debido a lo que se acaba de señalar, el “*louage d’ouvrage*” o “*louage d’ouvrage et d’industrie*” (como se le denomina en el epígrafe del Capítulo III del Título VIII del Libro III del *Code civil*) no ha de entenderse como equivalente a la *locatio conductio operis* romana (si se asume, al menos a efectos didácticos, la tripartición de la *locatio conductio*). Y ello porque, en el *Code civil*, el “*louage d’ouvrage*” designa un tipo gené-

⁵² BOILEUX, Jacques Marie, *Commentaire sur le Code de Napoleon*⁶ (Paris, 1859), VI, pp. 146-147. En el sistema francés, esto tiene importancia en relación con la ejecución de la obligación, porque, consecuentemente, en el “*louage d’ouvrage*” no es posible el cumplimiento forzado de la obligación, y el incumplimiento de la obligación se resuelve en daños y perjuicios, por aplicación del aforismo *nemo potest ad cogi factum* [cfr. MARCADÉ, cit. (n. 43), VI, pp. 538-539].

⁵³ Desde esta perspectiva se entiende, por ejemplo, la limitación temporal del art. 1780 *Code* (“*On ne peut engager ses services qu’à temps, ou pour une entreprise déterminée*”; regla que se corresponde con lo dispuesto en el art. 1583 CC). En la época de la codificación francesa se consideraba que “sería extraño que un doméstico, un obrero pudiera contratar sus servicios para toda la vida. La condición de hombre libre aborrece toda especie de esclavitud” (son las palabras de Gallay, recogidas en *Motifs et discours*, cit. (n. 28), p. 632). Cabe recordar que, a la entrada en vigor del *Code civil*, y hasta el año 1890, este art. 1780 sólo contenía esta regla (inciso único).

⁵⁴ De hecho, estas ideas eran anteriores a Pothier y por eso los hermanos Dalloz dicen que Pothier, así como otros jurisconsultos del siglo XVIII, “parecen haber vivido enclaustrados en medio de una sociedad en la que la moral se transformaba” [cita recogida en DE MONTMORENCY, James, *The Great Jurists of the World: Robert-Joseph Pothier and French Law* en *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 13 (1914), 2, pp. 277-278]. En todo caso, la consideración jurídica de igualdad y la libertad contractual en la prestación de servicios no implicaba –ni lo implica todavía– la igualdad económica, y esta regulación, de tono liberal, sería superada antes de terminar el siglo XIX, por la necesidad de proteger al trabajador (sobre las reformas al *Code civil* en esta materia, valga lo dicho *supra* nota 27).

rico, mucho más amplio que la *locatio conductio operis*. El “*louage d’ouvrage*” engloba “los encargos, los servicios, el trabajo y la industria”⁵⁵, lo cual resulta más cercano a la categoría de Domat de “contratos de trabajo”. Por esto, no debe traducirse la expresión “*louage d’ouvrage*” por la de “arrendamiento de obra” o por la de “contrato de obra”⁵⁶; siendo preferible traducir la expresión *louage d’ouvrage* por la de arrendamiento “de labores”, “de trabajo” o, si se quiere, “de obras y servicios”, para denotar que “*ouvrage*” (literalmente “obra”) se utiliza aquí en un sentido amplio⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. *Motifs et discours*, cit. (n. 28), p. 639. AUBRY y RAU señalan que “*le louage d’ouvrage (sensu lato) peut avoir pour objet, soit des services domestiques, industriels, ou commerciaux (locatio operarum), soit des oeuvres à produire au moyen d’un travail de quelque nature que ce soit, mécanique, artistique, scientifique, ou littéraire (locatio operis)*” [cit. (n. 46), III, p. 512; comillas simples añadidas]. En el mismo sentido, Boileux expresa que bajo la denominación “*louage d’ouvrage*” se agrupan todos los contratos en los que “se acuerda un salario por servicios, cuidados y trabajos cualesquiera” [cfr. BOILEUX, cit. (n. 52), VI, p. 146].

⁵⁶ La precisión es importante dado que las expresiones “arrendamiento de obra” y “contrato de obra” se utilizan en el Derecho español para designar el contrato que, en términos de la tradición romanista, y según lo entiende parte de la doctrina y la jurisprudencia, correspondería a la *locatio conductio operis*.

⁵⁷ En la doctrina francesa, Delvincourt, por ejemplo, utiliza la expresión “*Du louage d’ouvrages ou de services*” [DELVINCOURT, cit. (n. 47), III, p. 184], que no está en *Code civil*. Pío Laborda y Galindo, en su *Código civil francés, traducido y anotado*, traduce literalmente esta expresión, utilizando “locación de obra o de industria” [(Madrid, 1850), p. 526]. SOLÉ, en cambio, prefiere traducirla como “arrendamiento de trabajo” [cit. (n. 7), p. 51].

Otra precisión terminológica que resulta importante tener en cuenta (sobre todo si se quiere ponderar el influjo del modelo romano de la *locatio conductio* en la regulación del *Code civil*) es que el *Code civil* considera como *locator* (o sea, arrendador) a la parte del contrato del *louage d’ouvrage* que debe realizar el trabajo, siendo siempre *locataire* (o sea, arrendatario) la parte que paga por dicho trabajo. En la tradición romanista, en el caso particular de la *locatio conductio operis*, se entiende que el *locator* de la obra es quien la encarga y debe pagar por ella, no quien la realiza. En la tradición romanista se entiende que, el hecho de que la *locatio conductio* exija la “colocación” de una cosa determina que siempre sea *locator* quien “coloca” la cosa, y *conductor* quien la recibe. Así, en la *locatio conductio operis* el artífice es el *conductor*, pues es él quien recibe algo que debe transformar o modificar. No obstante, hay pasajes en las fuentes que califican al artífice indistintamente como *conductor* y *locator*. Esta forma de calificar a las partes en los supuestos de *locatio conductio operis* (tratar de “*locator*” y de “*conductor*” a la vez) fue admitida por Domat y por Pothier como una “posible inversión” de los roles. Sin embargo, en la codificación francesa –al menos a la vista de los trabajos preparatorios– se consideró que sólo era posible una forma de calificar a las partes del arrendamiento (“de obra”; “*louage d’ouvrage*”): “es el artesano, el guardián, el sirviente, el obrero o el empresario quien es verdaderamente el *locator*, y quien paga es el *conductor* [...] está mal que, a este respecto, en las leyes y obras de jurisconsultos estas calidades hayan sido invertidas” [cfr. *Motifs et discours*, cit. (n. 28), p. 639]. Se trata de un cambio de criterio respecto de la doctrina anterior, como lo demuestra la historia de este artículo. En efecto, mientras que en el Proyecto del Consejo de Estado se definía el *louage d’ouvrage* como un contrato en virtud del cual una persona “da una cosa a hacer a la otra” –por tanto, es *locator* el que encarga la obra–, el Tribunal modificó la redacción por “se obliga a hacer una cosa para otro”, de forma que la obligación dominante es la de hacer –y el que hace la obra deviene *locator*– [cfr. GRENIER, cit. (n. 29), pp. 41-44; en el mismo sentido, MARCADÉ, cit. (n. 43), VI, pp. 435-440; y TROP LONG, cit. (n. 43), pp. 54-55, quien, aun admitiendo que esta es la solución impuesta por el *Code civil*, continúa defendiendo la racionalidad de la denominación tradicional).

Aun cuando el *louage d'ouvrage* parece presentarse, formalmente, como un “subtipo” de arrendamiento –esto es lo que se desprende de la lectura de los arts. 1708 y 1710 *Code civil*– hay que tener presente que la expresión *louage d'ouvrage* simplemente es el nombre que recibe una categoría o grupo de contratos, y no puede considerarse propiamente como un tipo contractual. Me explico. Como ya se ha señalado, el *Code civil* de 1804, dentro de la regulación del *contrat de louage*, dedicó un capítulo a la regulación del *louage d'ouvrage* [Libro III, Título VIII, Capítulo III (“*Du louage d'ouvrage et d'industrie*”)]. Pero, el *Code civil* no contempla un régimen general para el *louage d'ouvrage*, sino que optó por regular algunos aspectos de tres particulares actividades, que son consideradas como las *principales* especies de *louage d'ouvrage*. Esto quedó reflejado en el art. 1779 *Code civil*: “*Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3° Celui d'entrepreneurs d'ouvrage par suite des devis ou marchés*”⁵⁸. Tras este artículo 1779 *Code civil*, el mentado Capítulo III contempla tres secciones, que se refieren, respectivamente, a dichas tres actividades: la *Section 1*, denominada “*Du louage des domestiques et ouvriers*”⁵⁹; la *Section 2*, denominada “*Des voituriers par terre et par eau*”; y la *Section 3*, denominada “*Des devis et des marchés*”. El *louage d'ouvrage* carece de un régimen propio (no existe un régimen común que sea aplicable a esas tres especies de “*louage d'ouvrage*” especialmente consideradas, o que pudiera ser aplicable a otras especies distintas). Como sostiene Grenier, la regulación que el *Code civil* ofrece sobre el *louage d'ouvrage* no es sistemática, sino más bien casuística: se trata de unas reglas que pretenden ser claras sobre los principales puntos o problemas, pero inconexas y con lagunas, lagunas que hay que rellenar recurriendo a la analogía y a las reglas y principios generales⁶⁰. Y es por esto que puede decirse que el llamado *louage d'ouvrage* no se configura propiamente como un tipo contractual, sino que es la denominación que el *Code civil* utiliza para referirse a una categoría de contratos.

Ahora bien, dentro de esta categoría genérica –“*louage d'ouvrages*”– se ubica el contrato de “*devis, marché ou prix fait*” (cfr. art. 1711.VI *Code civil*)

⁵⁸ El texto reproducido arriba es el texto original. El texto ha sido modificado en dos ocasiones. En el año 1967 se reemplazó la denominación de la tercera especie por “*Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés*” (que es el texto en vigor). Y, más recientemente, en el año 2009, se reemplazó la denominación de la primera de estas especies, que, desde entonces, se denomina “*le louage de service*”.

⁵⁹ Aunque reunidos en una misma categoría genérica –el de las *gens de travail gens qui s'engagent au service de quelqu'un*– los conceptos específicos *domestiques* y *ouvriers* no eran considerados como sinónimos. Los *domestiques*, como en Derecho romano, se refieren a los que forman parte de una casa, y están subordinados a la voluntad del dueño, son el “servicio doméstico”. Los *ouvriers* son todos aquellos que arriendan sus servicios sin ser domésticos. En consecuencia, el arrendamiento de los primeros siempre es *locatio conductio operarum*, mientras que el de los segundos puede ser *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis* y, respecto de ellos valen los criterios de distinción propuestos por la doctrina [cfr. GRENIER, cit. (n. 29), pp. 55-62; y LAURENT, cit. (n. 45), pp. 540-541].

⁶⁰ GRENIER, cit. (n. 29), p. 30.

o “*Des devis et des marchés*” (que es como se denomina la Sección 3 del Capítulo III, del Título VIII del Libro III del *Code civil*)⁶¹. Este contrato es el que podríamos denominar *contrato de obra en sentido estricto*, y que corresponde, si se quiere, a la *locatio conductio operis* del Derecho romano⁶². Para la doctrina francesa, esta especie particular de *contrat de louage* –el contrato “*de devis et marchés*”– se distingue del de las “*gens de travail qui s’engagent au service de quelqu’un*” –o sea, del contrato que podríamos llamar *arrendamiento de servicios en sentido estricto*– básicamente en la forma de retribución y en el objeto del contrato. En el contrato *des devis et des marchés*, el precio se debe por una obra determinada que el empresario se ha obligado a realizar, que es el objeto del contrato. En el contrato de las *gens de travail*, en cambio, la paga es en razón del tiempo que los trabajadores están a disposición de quien los empleó, sea cual sea el resultado de su trabajo, pues el objeto del contrato es el trabajo en sí mismo considerado⁶³. De lo dicho se desprende una consecuencia muy importante: la profesión u oficio de quien presta el trabajo no sirve como criterio para distinguir la naturaleza del contrato celebrado⁶⁴.

⁶¹ Como se puede observar, no es absolutamente clara la delimitación del supuesto que se regula en esta sección. El art. 1711 *Code* utiliza como sinónimos los conceptos “*devis*”, “*marchés*” y “*prix fait*”, conceptos que son distintos. En este sentido, Marcadé señala que, en este art. 1711 *Code civil*, la palabra “*marché*” no se utiliza en su sentido amplio o común (sinónimo de convención) sino que en un sentido estricto, como sinónimo de *prix fait* o *fortfait* (a tanto alzado), para contraponerlo al caso del arrendamiento de los servicios de un obrero por un cierto tiempo [MARCADÉ, cit. (n. 43), VI, p. 557]. En el mismo sentido, Baudry-Lacantinerie explica que “*devis*” y “*marché*” son dos conceptos distintos: el *devis* es un estado detallado de los trabajos que se van a realizar, el costo de los materiales y la mano de obra, y permite a quien encarga la obra considerar las bases del *marché*, esto es, la convención que se propone celebrar con el empresario o arquitecto. Luego el mismo autor agrega que, aunque la mayor parte de estos contratos son “por suma alzada”, se trata de una cuestión meramente accidental. El que el contrato no sea por un precio fijo (a suma alzada), no implica que quede fuere de la regulación de la *Section 3* [BAUDRY-LACANTINERIE, cit. (n. 45), VI, p. 424]. La estrecha relación que existe entre estos conceptos –“*devis*” y “*marchés*”– explicaría que, a veces, en la ley o en la doctrina se utilicen los términos como sinónimos [así, por ejemplo, DUFOUR, cit. (n. 40), III, p. 239]. Para Duranton todos esos conceptos indican que el precio ha sido fijado de una manera invariable; y que, en consecuencia, este supuesto difiere del “*marché par série de prix*”, en el cual el precio total no se indica, sino que únicamente se indica la serie de precios de las materias que se utilizarán en la confección de la obra, y en la cual será la cantidad de materias utilizadas lo que determinará la suma a pagar en definitiva [cfr. DURANTON, cit. (n. 47), IX, pp. 295-296].

⁶² En este sentido, AUBRY - RAU, cit. (n. 46), III, p. 525.

⁶³ BOILEUX, cit. (n. 52), t. 6, p. 176; DUVERGIER, cit. (n. 44), p. 383; GUILLOUARD, Louis Vincent, *Traité du contrat de louage*² (Paris, 1887), pp. 290-291.

⁶⁴ Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, cit. (n. 45), III, p. 242. En el mismo sentido, Guillaouard: “Por ejemplo, si se le paga a un obrero para que realice un trabajo bajo la forma de tanto por día (por eso llamado “jornalero”), se trata de un contrato de servicio; si, en cambio, se le paga un precio determinado por hacer un muro, es decir, por toda la obra, no es propiamente arrendamiento de servicios, sino *marché ou prix fait*, que tiene sus reglas particulares” [GUILLOUARD, cit. (n. 63), II, p. 281]. Como argumento de texto, considérese el art. 1799 *Code*: “*Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu’ils traitent*”.

IV. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Como en sus antecedentes, en el Código civil español se recoge la concepción unitaria del arrendamiento. Sin embargo, en relación con los aspectos de la delimitación externa del tipo (la distinción entre el “arrendamiento de obras y servicios” con otros contratos, en los que puede decirse que el deudor se obliga a realizar un servicio), y en relación con los aspectos de división interna del tipo (la posibilidad de distinguir unos “subtipos” de arrendamiento de “obras y servicios”) es posible notar algunas diferencias entre el texto finalmente adoptado por el Código civil español y sus antecedentes. Las siguientes páginas tienen por objeto dar cuenta, muy brevemente, de lo que se acaba de afirmar.

1. La concepción unitaria del arrendamiento

El Código civil español recogió la concepción romana unitaria del arrendamiento, conservando así la aproximación que, como ya se ha mostrado en los anteriores apartados, caracteriza a sus principales fuentes o antecedentes. Esto lo expresa con claridad el art. 1542 CC, que define el contrato de arrendamiento en estos términos: “*El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios*”. Por su parte, el art. 1544 CC define el arrendamiento de obras o servicios en estos términos: “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”.

La consideración de las “*obras o servicios*” como objeto del contrato de arrendamiento (esto es, la conservación de la concepción unitaria del arrendamiento) estuvo presente en todo el proceso de codificación civil español, desde el *Proyecto de Código civil de 1836*. El estudio realizado, de los sucesivos proyectos de Código civil que vieron la luz durante el siglo XIX⁶⁵, permite realizar esta afirmación con seguridad. En efecto, y como es sabido, del *Proyecto de Código civil de 1821* sólo se imprimió y publicó el Título Preliminar y los Libros I y II de la Primera Parte. En esa Primera Parte, se abordan algunos aspectos que podríamos entender relativos a la contratación de obras y servicios de carácter dependiente (se refiere a los servicios de los “jornaleros y criados domésticos”). Sin embargo, esta regulación está fuera de la regulación contractual. Estos aspectos están tratados en el Libro II (“*De los derechos y de las obligaciones individuales*”) Título IV (“*De la condición de superior y dependiente*”) arts. 455-476 PCC de 1821⁶⁶. Debido a su publicación parcial, no es posible

Como se puede apreciar, se desprende que estas personas (albañiles, carpinteros, cerrajeros y otros obreros) pueden contratar sus servicios en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios (*gens de travail*) o en el marco de un arrendamiento de obra (*devis et marchés*).

⁶⁵ Sobre este punto, y en adelante, utilizo los textos y comentarios recogidos por LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española IV: Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, v. 1 y 2 (Madrid, 1970).

⁶⁶ Véase LASSO, cit. (n 65), II, p. 21 ss. Estos supuestos –jornaleros y criados domésticos–

saber si en el *Proyecto de Código civil de 1821* se había considerado incluir una regulación particular de otros contratos de obras y servicios (por ejemplo, el contrato de obra por precio alzado, o la prestación de servicios independientes) a propósito de la regulación del contrato de arrendamiento⁶⁷. En el *Proyecto de Código civil de 1836*, se entiende, en cambio, que las relaciones de dependencia (entre amos y criados; propietarios y jornaleros) surgen de un convenio formal, y no del estado o condición privada de las partes. Y por tanto, se les trata a propósito del contrato de arrendamiento, junto con la “contrata de obras”⁶⁸. La concepción unitaria del arrendamiento es recogida en el *Proyecto de Código civil de 1851* (art. 1473)⁶⁹ y en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888* [(art. 1 del Título denominado “*Del contrato de arrendamiento*”, que forma parte del Libro IV (“*De las obligaciones*”), que carece de numeración correlativa)]⁷⁰.

2. La delimitación *externa* del contrato de arrendamiento “de obras y servicios”

a) El arrendamiento “de obras y servicios” y el depósito

El Código civil español regula de modo separado el arrendamiento “de obras y servicios” (art. 1583 y ss. CC) y el contrato de depósito (art. 1758 y ss. CC). Y los regula de modo separado a pesar de que la distinción entre estos dos contratos ya no puede justificarse sobre la base de la onerosidad o gratuidad del contrato. El Código civil español no considera al depósito como un contrato esencialmente gratuito, sino sólo naturalmente gratuito (art. 1760 CC)⁷¹, separándose, así, de la tradición romanista plasmada en

son relaciones que más bien identificaríamos con la *locatio conductio operarum* de los romanos. Cabe precisar que, en este mismo Título IV se incluye también la situación de dependencia que surge con ocasión de un convenio que se celebra entre un padre o tutor para la educación o aprendizaje de sus hijos o pupilos, lo que a veces en las fuentes romanas es considerada como ejemplo de *locatio conductio operis*. Sin embargo, hay que tener presente que, en este caso, la relación de dependencia no existe entre las partes del contrato (padre-maestro) sino entre el hijo o menor y el maestro, y se regula, sobre todo, el derecho a corregir al pupilo o aprendiz.

⁶⁷ Y no hay ninguna mención a esta cuestión (la adopción de la concepción unitaria del arrendamiento) en el *Título Preliminar*. Creo que es razonable, sin embargo, suponer que las obras y servicios, de ser reguladas, lo serían de esta forma (como arrendamiento), puesto que, sea que se hubiera conservado la aproximación del Derecho español vigente, sea que se siguiera el modelo de los códigos de Europa (que son, en definitiva, las fuentes del proyecto), el contrato de obra sería considerado como una forma de arrendamiento.

⁶⁸ En la *Exp. de motiv.* del PCC de 1836, se explica la consideración de las obras y servicios como una forma de arrendamiento, en estos términos: “un jornalero o criado [...] ¿qué hace sino alquilar [su] trabajo”; y también se dice que “la contrata de obras [...] es otra especie de arrendamiento” [cfr. LASSO, cit. (n. 65) II, p. 108].

⁶⁹ Art. 1473 PCC de 1851: “*El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce o uso de una cosa, o a prestarle un servicio personal, por precio determinado*”.

⁷⁰ El art. 1 del Título dedicado al arrendamiento, señala: “*Hay dos clases de arrendamiento, el de cosas y el de obras y servicios*” [cfr. LASSO, cit. (n. 65) II, p. 709 y ss.].

⁷¹ Art. 1760 CC: “*El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario*”. La misma solución estaba presente en el art. 1373 PCC de 1836, en el que el depósito se considera sólo naturalmente gratuito, permitiéndose pactar “*estipendio, remuneración o salario*”. El art. 1660

Las Partidas y en el *Code civil*. Así, en el *Código civil*, un depósito remunerado no degenera en arrendamiento de obras y servicios, sino que sigue siendo depósito⁷².

b) El arrendamiento “de obras y servicios” y el mandato

En el Código civil español, la distinción entre el arrendamiento “de obras y servicios” (art. 1583 y ss. CC) y el contrato de mandato (art. 1709 y ss.) no puede hacerse sobre la base del criterio de la onerosidad o la gratuidad del contrato, porque –tal como en el modelo del *Code civil*– el mandato deja de ser un contrato esencialmente gratuito, para serlo sólo naturalmente. Es más, en ciertos casos, el mandato es un contrato naturalmente oneroso (*cf.* art. 1711 CC)⁷³. Por esta razón, se busca justificar la existencia independiente de estos dos contratos sobre la base de su distinto objeto, del diferente contenido de su prestación característica. Pero, esta tarea no es fácil, debido a la amplitud de las definiciones que para estos dos contratos ofrece el Código civil. En el arrendamiento de obras y servicios, la obligación característica se describe como la de “*ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio*” (art. 1544 CC)⁷⁴. En el contrato de mandato, la obligación del mandatario se describe como la de “*prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*” (art. 1709 CC)⁷⁵.

PCC de 1851 volvió al criterio tradicional, estableciendo, tal y como se hace en el *Code civil*, la gratuidad como un elemento esencial del contrato de depósito. En el APCC de 1882-1888, el depósito volvió a ser un contrato sólo naturalmente gratuito [art. 3 del Título relativo al “depósito” (en esta parte, el referido *Anteproyecto* carece de numeración correlativa)].

⁷² Por todos, ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*¹³ (Madrid, 2004), II, p. 820, quien agrega, que lógicamente el pacto por el cual se acuerda una remuneración no requiere ser expreso; puede ser tácito. Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho en el cuerpo del texto, hay que tener presente que la regulación del Código civil gira claramente sobre la base de un contrato gratuito, celebrado en beneficio exclusivo del depositante. En efecto, la única obligación del depositante que el Código civil regula es la obligación, eventualmente sobrevenida, consistente en indemnizar al depositario los daños ocasionados por la cosa y los gastos de conservación en los que ha incurrido (art. 1779 CC). Además, establece que el depositante puede reclamar la cosa en cualquier momento, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución (art. 1775 CC) y permite al depositario, que tenga justos motivos para no conservar el depósito, restituirlo al depositante, incluso antes del término designado (art. 1776 CC), sin establecer ninguna consecuencia para conservar el equilibrio contractual en tales casos. Sobre todo ello, véase OZCÁRIZ MARCO, Florencio, *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda* (Barcelona, 1997), pp. 86-88.

⁷³ Art. 1711 CC: “*A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. / Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*”. Sobre este punto, Salvador expresa, tratando las diferencias entre el contrato de obra y el mandato, que “el criterio de la gratuidad resulta inutilizable” [SALVADOR CODERCH, Pablo, “Comentario del artículo 1588”, en PAZ-ARES, Cándido *et. al.* (dirs.), *Comentario del Código civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1993), p. 1182].

⁷⁴ En palabras de Castán, la definición del art. 1544 CC “tiene el inconveniente de no deslindar bien las diferencias que separan este contrato de otros afines, como el de mandato” [CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, común y foral*¹⁴ (Madrid, 1988), IV, p. 471].

⁷⁵ En la doctrina española, se ha afirmado que lo característico del contrato de mandato es que

c) *El arrendamiento “de obras y servicios” y la compraventa*

Por último, en relación con el problema de delimitación conceptual entre el arrendamiento “de obras y servicios” y el contrato de compraventa (que, recordemos, se presenta cuando una parte se obliga a confeccionar algo, para la otra, aportando además de su trabajo, la materia con la que se confeccionará la obra), el art. 1588 CC (que abre la Sección dedicada al arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado) señala: “*Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material*”. De esta forma, el Código civil español no parece seguir la solución tradicio-

éste es “un negocio de gestión de intereses ajenos [...] y [que] *su objeto es la realización de actos y negocios jurídicos por cuenta ajena*” [SALVADOR, cit. (n. 73), p. 1182, cursivas añadidas; a propósito de las diferencias –y la relación que existe– entre el contrato de mandato y el contrato de obra].

Por otro lado, y aunque en la definición de mandato del Código civil no hay referencia explícita a la idea de representación, algún autor entiende que la representación (el “obrar por otro”) es el elemento caracterizador del mandato. En este mismo sentido, Manresa; quien plantea, además, que existirían otras justificadas diferencias como, por ejemplo, la posibilidad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes en el mandato [MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil Español por D. José María Manresa y Navarro con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*⁶ (Madrid, 1969), X - 2, pp. 423-424, en el comentario del artículo 1544 CC]. En efecto, en ambos contratos, la persona a quien “se presta el servicio” puede desistir unilateralmente: el mandante puede *revocar* el mandato (art. 1732.1 CC) y el dueño de la obra puede *desistir* del contrato (art. 1594 CC); la diferencia que existe entre ambos contratos es que el mandatario se le reconoce la facultad de renunciar (art. 1732.2 CC) mientras que al contratista no se le reconoce ese derecho. Sin embargo, no parece que esa diferencia sea un elemento determinante a la hora de distinguir ambos contratos, sino que aparece como una consecuencia de la concepción del legislador sobre el mandato: la forma en que se regula el derecho del mandatario a renunciar da cuenta de que se está pensando en un contrato naturalmente gratuito (puede renunciar sin expresión de causa, y se le permite exonerarse de responsabilidad por daños si funda la renuncia “en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”, lo que no parece conforme con un mandato oneroso).

El Tribunal Supremo español ha señalado que la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios se debe realizar sobre la base del “criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación” [“*superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo pueden ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad*”; STS (Sala 1.ª) de 14 de Marzo de 1986 (1271/1986) Ponente Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez (FD 1º)]. En la doctrina moderna, se ha sugerido que es posible entender que los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, pese a su tratamiento separado en el Código civil, se encuentran en relación de género-especie [es la conclusión a la que llega Vaquero, tras un largo análisis de los diferentes criterios de caracterización del mandato [VAQUERO PINTO, Mª José, *Arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios* (Granada, 2005), análisis que la autora realiza en las pp. 183-256)].

nal, que determina una distinta calificación del contrato según qué parte contratante sea la que aporta la materia, y en cambio, parece entender que siempre hay arrendamiento de obra⁷⁶.

3. LA DIVISIÓN INTERNA DEL ARRENDAMIENTO

a) *Los proyectos de Código civil*

En relación con la división interna del contrato de arrendamiento, la historia del proceso de codificación civil aporta algunas bases para entender el modelo finalmente adoptado por el Código civil español⁷⁷.

En el *Proyecto de Código civil de 1836*⁷⁸ aparece perfilado un claro esquema de división del arrendamiento. “*La contrata de obras*” es, como se expresa en el *Discurso Preliminar*, una especie de arrendamiento, tal como lo es la “locación de servicio o trabajo personal”⁷⁹. En consecuencia, la expresión “contrata de obras” tiene aquí un sentido restringido, por oposición a “servicio o trabajo personal”. Y ambas figuras se tratan, junto al “arrendamiento” (voz, esta última, que se reserva para el arrendamiento “de cosas”) en el Libro III, Título IV, llamado, precisamente “*del contrato de arrendamiento, del ajuste de obras y del servicio personal*” (art. 1181 y ss.).

⁷⁶ Entre los autores españoles más antiguos, se suele reproducir la discusión doctrinal que se planteó en la doctrina francesa [entre estos autores, por ejemplo, SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil* (Madrid, 1893-1915), XXIV, p. 68 y ss.; y CASTÁN cit. (n. 74), IVº, p. 507 y ss.]. Esto se entiende si se considera que el art. 1588 CC reproduce el texto del art. 1787 *Code*. Como se ha visto, en el caso del Derecho francés el argumento más decisivo para calificar el contrato de confección de obra con aporte de material como contrato de compraventa es el texto art. 1711 *Code* (que señala que los contratos para realizar una obra por presupuesto y a tanto alzado son arrendamientos “cuando la materia es suministrada por aquel para quien se hace el trabajo”). Ahora bien, el texto del art. 1711 *Code* no tiene su correspondiente en el Código civil español, y de ahí que se entienda que, en el Código civil español, el aporte de material no es un factor determinante para calificar el contrato de una u otra forma. Por ejemplo, MANRESA señala “[p]or nuestra parte, apreciada la cuestión doctrinalmente, observamos en el caso de que se trata una cierta complejidad de relaciones que sin duda empuja a que el acto puede ser calificado lisa y llanamente de arrendamiento: tal vez no fuera difícil descubrir en él derechos y obligaciones para cuya regulación se haga necesario el imperio de otros preceptos distintos de los contenidos en el título 6 del libro 4 del código. Mas el artículo que comentamos está terminante al definir que, ya ponga el arrendador los materiales, bien no sea éstos de su cuenta, el concepto de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado subsiste” [MANRESA, cit. (n. 75), X - 2, p. 702].

⁷⁷ El problema de la división interna del contrato de arrendamiento y, en particular, la posible distinción entre un contrato “de servicios” (en sentido estricto) y otro “de obra” (en sentido estricto) —como lo entiende la doctrina y sobre todo, como lo aplica la jurisprudencia española moderna— es un punto más complejo, en cuanto supone una cierta superación del modelo legal que aquí se describe; y su análisis excede el objeto de estudio de este trabajo.

⁷⁸ Comienzo por el Proyecto de Código civil de 1836, puesto que, como ya se ha dicho, el Proyecto de Código civil de 1821 fue publicado sólo parcialmente, y dicha parte publicada no contempla la regulación de los diferentes contratos (y no hay, por tanto, regulación del contrato de arrendamiento).

⁷⁹ Cfr. LASSO, cit. (n. 65), II, p. 223 ss.

En el *Proyecto de Código civil de 1851*, esa división claramente “tripartita” se reemplaza por una división “bipartita”, siguiendo más de cerca al modelo del *Code Civil*. En este *Proyecto*, el arrendamiento se trata en el Libro III (“*De los modos de adquirir la propiedad*”; entre los que se considera “el contrato”), Título IX (“*Del contrato de arrendamiento*”). La influencia del *Code civil* se deja ver claramente en la forma en que se organiza el Capítulo V de este Título IX, llamado “*Del arrendamiento del trabajo y de la industria*”. Como el art. 1779 *Code civil*, el art. 1523 PCC de 1851 señalaba que: “*Hay tres especies principales de arrendamientos de trabajo y de industria: 1.ª Del servicio de los criados y trabajadores asalariados. 2.ª De obras, por ajuste o precio alzado. 3.ª De transporte por agua o tierra, tanto de personas como de cosas*”. A continuación, estas tres especies de arrendamiento “*de trabajo e industria*” son tratadas en forma separada en las tres secciones que conforman ese Capítulo V (art. 1524 y ss. PCC de 1851). Ese esquema “bipartito” del arrendamiento sigue presente en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*. El art. 3 del Título denominado “*Del contrato de arrendamiento*” (que, como ya se ha dicho, carece de numeración correlativa) señala: “*En el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto*”. Se trata de esta especie de arrendamiento en el Capítulo VI (“*Del arrendamiento de obras y servicios*”), comenzando por el art. 38, que señala que “*Las especies más comunes del arrendamiento de obras y servicios, son: 1.º Del servicio doméstico, de criados y trabajadores asalariados; 2.º De obras por ajuste a precio alzado; 3.º De transportes por tierra y agua, tanto de personas como de cosas*”⁸⁰.

b) El modelo adoptado por el Código civil

En relación con el problema de la división interna del tipo, ya en el Código civil, me parece que pueden afirmarse varias cosas. En primer lugar, que en el modelo del Código civil se distingue formalmente, tal como en sus fuentes,

⁸⁰ Solé, en cambio, sugiere que la división de este proyecto es en realidad “tripartita” (pudiendo distinguirse el arrendamiento de “cosas”, el de “obras”, y el de “servicios”), básicamente por la utilización de la conjunción “y” en la rúbrica del Capítulo VI. La autora estima que “lo que en un principio se califica como un solo tipo contractual —el arrendamiento de obras o servicios— pasa a convertirse en dos tipos contractuales diferenciados cuando la conjunción «o» se sustituye por «y» en el título del Capítulo VI. Ello da pie a que pueda interpretarse que en este anteproyecto existen, en verdad, tres tipos de contrato de arrendamiento: el de cosas, el de obras y el de servicios” [SOLÉ, cit. (n. 7), p. 79 ss.]. Dicha conclusión nos merece alguna duda, por varias razones: *primero*, porque el art. 3 define un subtipo dentro del tipo genérico “arrendamiento”, como consecuencia de la división principal que hace del art. 1. Por ello, si este Anteproyecto es, como sugiere SOLÉ RESINA, una copia del *Code civil*, la expresión “obras y servicios” se corresponde con “*louage d’ouvrage*”, donde “*ouvrage*” puede traducirse como “obra” sólo en un sentido amplio, como sinónimo de “labores” o “trabajo” (valga lo dicho *supra* [49]); *en segundo lugar*, porque luego el Capítulo VI, a pesar de la conjunción “y”, utiliza la expresión “obras y servicios” como el nombre genérico de este subtipo, dentro del que señala, existen diversas especies, entre las cuales está el servicio “doméstico” (aquí se “especifica” la noción de “servicio”) y las obras “por ajuste o precio alzado” (y aquí se “especifica” la noción de “obra”); y, *por último*, separar únicamente “obras” y “servicios”, implica simplemente omitir que el capítulo se estructura sobre la base de tres secciones, no dos (también está regulado el transporte).

sólo dos clases de arrendamiento: el “de cosas”, por un lado, y el de “obras o servicios”, por otro. En ambas clases de arrendamiento se considera “arrendador” a la parte del contrato que cede el uso de la cosa, o que realiza la obra o el servicio, y “arrendatario” a la parte que paga por el uso de la cosa, o por la obra o servicio (art. 1546 CC)⁸¹. En segundo lugar, puede decirse que el arrendamiento de “obras y servicios” aparece, en una primera mirada, como un “subtipo” genérico del contrato de arrendamiento. Como tal, es concebido como un contrato esencialmente oneroso, excluyendo por tanto, todos los servicios que se presten en forma gratuita⁸². Y por último, que si bien el Código civil dedica, dentro del Título que regula el contrato de arrendamiento (Libro IV, Título VI) un capítulo a este “subtipo” de arrendamiento [Capítulo III (*Del arrendamiento de obras y servicios*)], *no dispone aquí una regulación general del arrendamiento “de obras y servicios”, sino que únicamente ordena una regulación particular de tres relaciones contractuales relativamente delimitadas, cada una regulada en su sección: Sección primera: Del servicio de criados y trabajadores asalariados* (arts. 1583-1587 CC); *Sección segunda: De las obras por ajuste o precio alzado* (arts. 1588-1600 CC); *Sección tercera: De los transportes por agua y tierra tanto de personas como de cosas* (arts. 1601-1603 CC)⁸³. Conviene destacar, que en esta regulación del Código civil no hay referencia alguna a los servicios inmateriales o intelectuales, como los que prestan los profesionales liberales (médicos, abogados, etc.).

V. CONCLUSIONES

1. La recepción de la concepción romana unitaria del arrendamiento en el Código civil español de 1889 se debe a un doble influjo. Es indiscutible que el Código civil español tomó como modelo al *Code civil français* de 1804, que asume tal concepción unitaria. No obstante, ello no supone una ruptura con la tradición del Derecho español, pues tal aproximación estaba también presente en *Las Partidas*, texto que, al menos en relación con el arrendamiento de obras y servicios, era la fuente jurídica más importante en el momento inmediatamente anterior al Código civil.

2. Aunque es posible afirmar que el Código civil conserva, a grandes rasgos, el modelo romano a la hora de regular los contratos que tienen por objeto la prestación de “obras y servicios”, la delimitación externa de esta figura (enmarcada en el contrato de arrendamiento) en relación con otros contratos en los que se debe realizar una “actividad”, resulta más difícil de justificar en el Código civil que en el

⁸¹ Art. 1546 CC: “Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar”.

⁸² Sobre el punto, véase VAQUERO, cit. (n. 75), p. 316 ss.

⁸³ Como se puede apreciar, en la regulación del arrendamiento “de obras y servicios” el Código civil español sigue muy cerca el esquema de la regulación del texto original del *Code civil* de 1804. Las diferencias en este punto, son básicamente dos. La primera, únicamente formal, es que se invierte el orden de las secciones segunda y tercera. La segunda, es que el Código civil español no contempla una norma similar al art. 1779 *Code*, que, recordemos, dice que las tres especies de arrendamiento de “obras y servicios” que regula, son las “principales”.

Derecho romano clásico. En efecto, como la línea de delimitación entre el depósito y la *locatio conductio* se había vuelto borrosa ya en el Derecho justiniano (al admitirse la posibilidad de un depósito remunerado), no es de extrañar que, para la doctrina española del siglo XIX, no sea del todo claro que esta circunstancia (la existencia de una remuneración) desnaturalice al contrato de depósito. Ahora bien, el Código civil tomó partido, y admitió sin más el depósito remunerado (art. 1760 CC). Algo similar ocurre con el contrato de mandato. La principal distinción entre el contrato de mandato y el de arrendamiento de obras y servicios era, en el Derecho romano, la gratuidad esencial del primero, y por tanto, una vez admitido el mandato remunerado, la distinción entre ambos contratos se vuelve menos clara. En el Código civil, el mandato puede ser remunerado, sin desnaturalizarse por ello; es más, el mandato es un contrato naturalmente oneroso en ciertos casos (art. 1711 CC). Por lo que se acaba de decir, y aun cuando pueda ser razonable intentar justificar que tanto el contrato de depósito como el contrato mandato tienen por objeto la prestación de un “servicio”, no es posible sostener que se trate de casos especiales de arrendamiento “de obras o servicios”. En el modelo del Código civil, tanto el contrato de depósito como el contrato de mandato son tratados como tipos diferentes, con reglas separadas. Y, además, como se ha destacado, tanto el depósito como el mandato son contratos que pueden ser gratuitos, lo que es incompatible con el arrendamiento de obras y servicios, que es, en todo caso, un contrato oneroso. Por último, en el Código civil, la confección de obra con aporte de material no es calificada ni expresa, ni implícitamente, como contrato de compraventa (art. 1588 CC); separándose de la solución tradicional romana y de la seguida en sus antecedentes.

3. Finalmente, el estudio del que se ha dado cuenta en este trabajo permite concluir que una posible distinción entre un arrendamiento “de servicios” y otro “de obra” es difícil de justificar si se atiende al modelo del Código civil. La regulación del Código civil español parece más preocupada por ofrecer unas reglas básicas para unas específicas actividades, que por establecer “subtipos” de “arrendamiento de obras y servicios”. En este aspecto no hay originalidad: el Código civil español simplemente reproduce –casi sin modificaciones– el modelo del *Code civil* de 1804.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*¹³ (Madrid, 2004).
- ALBARDONEDO FREIRE, Antonio - BETANCOURT SERNA, Fernando, *Régimen Jurídico de la construcción en las partidas de Alfonso X El sabio*, en HUERTA, Santiago (coord.), *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Historia de la Construcción: Cádiz, 27-29 de enero de 2005* (Madrid, Instituto Juan de Herrera, 2005), pp. 11-20.
- ALONSO OLEA, Manuel, *Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo*, en *Revista de Política social*, 117 (1978), pp. 753-195.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Instituciones de Derecho Civil* (Valladolid, 1840).
- ANTEQUERA, José María, *Historia de la Legislación española* (Madrid, 1849).

- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa, *Sobre el contrato de mandato en el Código civil y en el Fuero Nuevo*, en *Revista Jurídica de Navarra*, 22 (1996), pp. 61-86.
- AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de Droit Civil Français*⁴ (Paris, 1869).
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Précis de Droit civil* (Paris, 1884).
- BERNARD, Fernard, *Cours sommaire de Droit Civil* (Paris, 1874).
- BOILEUX, Jacques Marie, *Commentaire sur le Code de Napoleon*⁶ (Paris, 1859).
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, común y foral*⁴ (Madrid, 1988).
- DE ASSO, Ignacio - DE MANUEL, Miguel, *Las instituciones del derecho civil de Castilla*⁵ (Madrid, 1792).
- DE FERRIERE, Claude Joseph, *Dictionnaire de Droit et de pratique*³ (Paris, 1749).
- DELVINCOURT, Claude-Étienne, *Institutes de Droit Civil Français* (Paris, 1808).
- DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España* (Valencia, Imprenta de José Mateo Garín, 1860).
- DE MONTMORENCY, James, *The Great Jurists of the World: Robert-Joseph Pothier and French Law*, en *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 13 (1914), 2, pp. 256-288.
- DOMAT, Jean, *Les lois civils dans leur ordre naturel, le Droit Public et Legum Delectus* (Paris, 1705).
- DUFOUR, Julien-Michel, *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées* (Paris, 1806).
- DURANTON, Alexandre, *Cours de Droit Civil suivant le code français*⁴ (Bruxelles, 1841).
- DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Continuation de Toullier*⁵ (Paris, 1838).
- GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Tres modelos de oposición por conversión en un diccionario histórico*, en *Revista de Filología Española*, 87 (2007) 2, pp. 273-291.
- GIBERT, R., *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, en *Revista de Política Social* 101 (1974), pp. 5-134.
- GILLES, David, *La doctrine comme source des codifications: Jean Domat*, en *Studia Universitatis Babeş Bolyai-Iurisprudentia*, 4 (2009), pp. 61-110.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro - MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos del derecho civil y penal de España*⁷ (Madrid, 1865).
- GRENIER, Joseph, *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français: thèse pour le doctorat* (Faculté de Droit de Toulouse, Bergerac, 1874).
- GUILLOUARD, Louis Vincent, *Traité du contrat de louage*² (Paris, 1887).
- Laborda y Galindo, Pio, *Código civil francés, traducido y anotado* (Madrid, 1850).
- LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*⁸ (Barcelona, 1983).
- LASO GAITÉ, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española IV: Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, v. 1 y 2 (Madrid, 1970).
- LAURENT, François, *Principles de droit civil français*, (Paris/Bruxelles, 1877).
- MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil Español por D. José María Manresa y Navarro con la colaboración de varios juriscónsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*⁶ (Madrid, 1969).
- MARCADÉ, Victor-Napoleon, *Explication théorique et pratique du Code civil*⁷ (Paris, 1875).
- METRO, Antonino, *El depósito retribuido desde el Derecho romano hasta los códigos modernos*, en *Revista General de Derecho Romano*, 10 (2008).
- Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les diverse orateurs du Conseil D'Etat et du tribunal* (Paris, 1838).

- OZCÁRIZ MARCO, Florencio, *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda* (Barcelona, 1997).
- PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro* (Madrid, 1862).
- PACHECO-CABALLERO, Francisco, *La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas*, en *Revista de Derecho Privado* (1990), pp. 655-670.
- POTHIER, Robert Joseph., *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, trad. al francés de M. de Bréard-Neuville (Paris, 1821).
- Traité des obligations* (Paris/Orleans), 1764 (también: *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1993).
- Traité du contrat de louage* (Paris/Orleans, 1764).
- SALA, Juan, *Ilustración del derecho real de España* (Valencia, 1803).
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario del artículo 1588*, en PAZ-ARES, Cándido *et al* (dirs.), *Comentario del Código civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1993), pp. 1175-1212.
- SCAEVOLA, Quintus Mucius, *Código civil* (Madrid, 1893-1915).
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo, *Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho romano. Algunos aspectos relevantes de la locatio conductio*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 22 (2015) 2, pp. 357-389.
- SOLÉ RESINA, Judith, *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997).
- THÉZARD, Léopold, *De la influence des travaux de Pothier et du Chancelier d’Aguesseau sur le droit civil moderne* (Paris, 1866).
- TROPLONG, Raymond Théodore, *Le Droit Civil Expliqué suivant l’ordre des articles du Code* (Bruxelles, 1841).
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del derecho Español*^h (Madrid, 2001).
- URUBURU COLSA, Juan Manuel, *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media* (Madrid, Dykinson, 2006).
- VAQUERO PINTO, M.^a José, *Arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios* (Granada, 2005).

