

Fecha de recepción: 10/08/2019	Fecha de aceptación: 08/09/2020
Palabras clave: <i>Código civil francés, arrendamiento de obra e industria, arrendamiento de trabajadores domésticos y asalariados, arrendamiento de conductores o transportistas, locatio conductio.</i>	Keywords: <i>French civil code (Code civil des Français); contract for work; labour contract; service contract of sea carriers, innkeepers and stablekeepers; locatio conductio.</i>



ANTECEDENTES ROMANÍSTICOS DEL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y DE SERVICIOS EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN

ROMAN LAW PRECEDENTS OF THE CONTRACT OF SERVICE IN THE CODE NAPOLEON

María Elena Sánchez Collado

Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
mariaelena.sanchez@urjc.es

(SÁNCHEZ COLLADO, María Elena. Antecedentes romanísticos del arrendamiento de obras y servicios en el Código de Napoleón. RIDROM [on line]. 25-2020. ISSN 1989-1970. p. 232-268. <http://www.ridrom.uclm.es>)

Resumen:

El texto original del Código civil francés contiene una regulación peculiar del arrendamiento de servicios, donde, tras una disposición general, se recogen tres figuras distintas: el contrato de trabajadores domésticos y obreros, el contrato de servicios de transportistas por tierra y por mar y el contrato de obra. Cada una de estas secciones tiene unos orígenes y una historia particular, en la que los elementos romanos se mezclan con otros de distintas procedencias. En el presente trabajo pretendemos reflejar qué es lo que se mantuvo de la regulación romana de estas figuras, por qué se escogieron precisamente esas instituciones y se encuadraron sistemáticamente ahí y qué factores históricos e ideológicos pudieron influir para conservar en unos casos y desfigurar radicalmente en otros la articulación romana de tales institutos, tan característicos de la incipiente sociedad industrial de mercado que estaba gestándose en ese momento histórico.

Abstract:

In the original text of the French civil code (*Code civil des Français* or *Code Napoléon*), a peculiar regulation of the contract of service is included. After a general provision, a threefold category is arranged: the labour contract of servants and workmen, the service contract of sea carriers, innkeepers and stablekeepers and the contract for work. Each of these sections have different origins and a particular history, in which Roman elements are mixed with others of a different provenance. The aim of this paper is to show what remains from the Roman picture of these contracts, why these very institutions were included there, and what historical and ideological factors could have had an influence on them, in order to keep the Roman regulation of these institutes in some cases, and to deform it in other, as they were very characteristic institutions of the new industrial society, which was then to emerge at that historical moment.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho constatado que, al comienzo de la Revolución francesa, después de la consagración del principio de libertad en el trabajo y de la supresión de las relaciones de servidumbre, se acudiría a la *locatio conductio*, contrato civil romano del arrendamiento de servicios, reestructurado bajo la denominación de *louage d'ouvrage*, con la finalidad de reglamentar las nuevas relaciones laborales surgidas en Francia entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. La regulación del *louage d'ouvrage* en el *Code civil français* de 1804 obedecería indubitadamente a un relevante influjo de las doctrinas de Domat (1625-1696) y de Pothier (1699-1762)¹.

El *Code Civil* de 1804 fue redactado por una comisión dirigida por Jean Jacques Régis de Cambacérès e integrada por los siguientes juristas: François Denis Tronchet, Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu, Jean-Étienne-Marie Portalis y Jacques de Maleville², especializados cada uno de ellos en alguno de los diversos tipos de derecho civil aplicables en Francia. A finales del Antiguo Régimen, coexistían en Francia le «*droit coutumier*», derecho consuetudinario de origen germánico con mayor arraigo en el norte, y un derecho escrito

¹Así, en un discurso del tribuno Mouricault (cfr. MOURICAULT, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Éd. Didot, 1838, pp. 629 y ss.) se indicó con referencia al arrendamiento que, debido a la relevancia de este contrato, era esencial reunir en un orden metódico los principios relativos al mismo, principios estos extraídos del Derecho romano y que se encuentran recogidos y desarrollados en las obras de Domat y Pothier.

²Cfr. HILAIRE, J., *Cambacérès et le Code Civil*, *Bulletin Académie des Sciences et Lettres de Montpellier*, nº 38 (2007), pp. 61-68.

iusromanista en el sur («*droit écrit*»). Estaban en mayor medida especializados en el «*droit coutumier*» Bigot de Prémeneu y Tronchet, mientras que el «*droit écrit*» se encomendaría a los comisionados Portalis y Maleville.

Como manifestó Portalis en el Discurso Preliminar al *Code civil*, el propósito era el de armonizar el derecho tradicional y el derecho romano, en consonancia con los nuevos principios filosóficos de la Revolución³. En la praxis, ello conllevaría una reestructuración doctrinal del derecho civil romano justiniano, en el que se basarían numerosas instituciones del Código de Napoleón, para su adaptación a los referidos principios.

Entre los nuevos principios liberales, el Código Civil de 1804 consagraría los de legalidad e igualdad, lo que conduciría a la supresión de todos los privilegios personales o territoriales del Antiguo Régimen, así como a la abolición del régimen feudal y a la consagración de las libertades de industria, de contratación y de trabajo. Todo ello supuso la consolidación de la figura del contrato en cualquiera de sus modalidades, en cuanto que manifestación del principio de autonomía de la voluntad individual⁴.

³ CHARTIER, J.C, *Portalis, père du Code civil*, Fayard, 2004.

⁴ Cfr. JOUARY, Philippe, *La lésion dans le Code civil de 1804. Études sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil*, Droits, 2005, pp. 103-122; 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*, XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 201 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *Marco jurídico de las relaciones de trabajo en el siglo XIX. Del antecedente de la locatio conductio, la influencia del louage d'ouvrage et d'industrie, hasta el arrendamiento de obras y servicios*, AHDE, tomo LXXXVI, 2016, pp. 547 ss.

II. EL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y DE SERVICIOS (*LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE*) EN EL *CODE CIVIL* DE 1804

El *Code civil français* de 1804 contempló el contrato de arrendamiento en el Título VIII (*Du contrat de louage*) de su Libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Este Título VIII, comprensivo de cuatro capítulos, conservó la concepción unitaria del arrendamiento que Pothier tomaría del derecho romano⁵.

II.1. En el Capítulo I del mencionado título del *Code* únicamente se definieron las dos modalidades de los contratos de arrendamiento. En este Capítulo examinaremos el contenido de los artículos 1708 y 1710 del *Code civil*.

A) Artículo 1708 del *Code civil*

El artículo 1708 representa una reproducción casi literal de la declaración inicial que encontramos en el "*Traité du contrat de louage*" de Pothier, quien se refería en estos términos a la naturaleza dual del arrendamiento, heredada de la doctrina iusromanista: «*Il y a deux*

⁵ Parece en efecto, que la *locatio conductio* romana fue concebida como una figura unitaria comprensiva de una pluralidad de acciones, ejercitables en este contrato bilateral por ambas partes: el *locator* y el *conductor*. El acuerdo de voluntades podía versar indistintamente sobre el arrendamiento o disposición de una cosa, un servicio o una obra, siempre que fuera de carácter temporal y, a cambio de la puesta a disposición o realización de la obra o del servicio, se recibiera un precio o *merces* (cfr. entre otros PUGLIESE, G., «*Locatio-conductio*», *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 597-647; ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Almería, 1996; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, Madrid, 2004, pp. 265 y ss.).

sortes de contrats de louage: Celui des choses, et celui d'ouvrage» (“hay dos clases de contrato de arrendamiento: el de cosas y el de obra”).

En efecto, el “*Traité du contrat de louage*” de Pothier principia como sigue: «*Il y a deux espèces de contrats de louage: le louage des choses et le louage des ouvrages*»⁶. Así lo pone de relieve Dufour⁷: «*Ce commencement est précisément et littéralement celui du traité du contrat de louage de Pothier*»⁸. Y también en sentido similar destaca Troplong⁹: «*Le titre du louage...débuté par une classification empruntée mot pour mot à Pothier* »¹⁰.

Dufour¹¹ recuerda la definición que para el arrendamiento propuso Domat: «*Le louage en général, et y comprenant toutes les espèces de baux, est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail, pendant quelque temps pour un certain prix*¹².»

⁶ POTHIER, R.J., *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, par l'auteur du Traité des obligations*, 1764, p. 1.

⁷ Julien-Michel DUFOUR DE SAINT-PATHUS (1757-1828) fue un abogado y juez, que intervino en el *Tribunal civil de la Seine* durante los años 1795-1797. Es autor entre otras obras de una edición comentada del *Code civil des Français* que mencionamos en el presente trabajo.

⁸ DUFOUR, Julien-Michel, *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, III, Paris, 1806, p. 200.

⁹ Raymond-Théodore TROPLONG (1795-1869) fue un político francés y uno de los principales juristas de su época, hasta el punto de ser calificado como “el Portalis del Segundo Imperio”. En 1858 fue nombrado miembro del Consejo Privado del Emperador Napoleón III y accedió a la presidencia del Senado.

¹⁰ TROPLONG, R-T, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code: De L'échange et du louage. Commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil*, Bruxelles, 1841, p. 13.

¹¹ Cfr. DUFOUR, *op. cit. ibidem*.

¹² Cfr. *Œuvres complètes de J. Domat. Titre du louage et des diverses espèces de baux*, tom. Premier, titre IV, Paris, 1828, p. 199. La definición de Domat parece

Troplong reproduce en cambio la distinción de Pothier: « *Il distingue (Pothier) deux sortes de contrat de louage: le louage des choses qui procure la jouissance d'un objet appartenant à autrui pour l'exploiter et l'utiliser ; le louage d'ouvrages qui nous fait profiter de la force individuelle et de l'industrie dont nous manquons...* »¹³.

Dufour toma como punto de referencia del artículo 1708 del *Code civil* la totalidad del título II del libro 19 del Digesto, que lleva por rúbrica “*Locati conducti*”, así como **I.3.24 (25) pr. e I.3.24(25).2**¹⁴. **En estos dos últimos textos se destacan las similitudes entre el arrendamiento y la compraventa, afirmando que ambos contratos se rigen por las mismas reglas de derecho, y se contraen, es decir, se perfeccionan, cuando se hubiere convenido en el precio. Se indica asimismo que, de igual modo que se cuestiona la existencia de un contrato de compraventa en la hipótesis de permuta de cosas, tampoco puede hablarse de arrendamiento si alguno te hubiere**

directamente inspirar la que contempla el artículo 1473 del proyecto de 1851 del Código civil español: «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» (cfr. GARCÍA GOYENA, F, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, título IX, Madrid, 1852, p. 442).

¹³ TROPLONG, R-T, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁴ **I.3.24 (25) pr.:** “*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit...*”; **I.3.24 (25) 2:** “*Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus...*”

dado alguna cosa para usarla o disfrutarla, recibiendo recíprocamente de ti otra con las mismas finalidades¹⁵.

B) Artículo 1710 del *Code civil*

Por su parte el artículo 1710 definía el arrendamiento de obra, indicando: «*Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*» (“el arrendamiento de obra es un contrato por el cual una de las partes se compromete a hacer alguna cosa por la otra, mediante un precio convenido entre ellas”).

Esta definición, como indica Dufour¹⁶, se asemeja en cierta medida a la propuesta por Pothier: «*Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles; que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer. La partie qui donne à l'autre l'ouvrage à faire, s'appelle le locateur: locator operis faciendi; celle qui se charge de le faire, s'appelle le conducteur, conductor operis¹⁷*». La locación-conducción de obras es un contrato por el cual una de las partes, denominada locador -*locator operis faciendi*-, encarga a la otra llamada conductor- *conductor operis*- la ejecución de un resultado, producto de la actividad de este último.

¹⁵ **También** García Goyena considera como precedente del artículo 1473 del proyecto de 1851 el texto de **I.3.24 (25) pr.** (cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit. ibidem.*)

¹⁶ DUFOUR, *op. cit.* p. 201.

¹⁷ POTHIER, *op. cit.*, septième partie, n° 392.

La parte que recibe el encargo se obliga a efectuarlo a cambio del precio convenido entre ambas, precio que se compromete a pagar la parte que encarga la obra.

Y como antecedente de esta definición de Pothier cita Dufour el siguiente inciso del D.19.2.22.§1: *Quotiens autem faciendum, aliquid datur, locatio est*: Mas siempre que se encarga hacer alguna cosa hay locación.

En el *Code civil* el carácter esencialmente oneroso del *contrat de louage* posibilita la distinción entre el *louage d'ouvrage* y el contrato de depósito (*dépôt*), pues este último es un contrato esencialmente gratuito, como se indica en el artículo 1917 de dicho cuerpo legal¹⁸.

También la nota de la onerosidad permite en el Código de Napoleón separar esta figura contractual de otras tales como el mandato que, si bien no es por su misma esencia gratuito, naturalmente sí que lo es, como se desprende del artículo 1986 del *Code civil*¹⁹.

La posibilidad de remuneración del mandato y la reglamentación del “*louage d'ouvrage*” circunscrita a los artículos 1779-1799 del *Code civil* suscitaron una discusión en la doctrina francesa del siglo XIX, con respecto a la conceptualización y la normativa aplicable a los servicios prestados en el ámbito de las profesionales liberales:

¹⁸ Dicho precepto establece: “*Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.*”

¹⁹ El artículo 1986 dispone: “*Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire.*”

1) Algunos autores como Troplong²⁰ mantuvieron que el *Code civil* solo pretende incluir dentro del “*louage d’ouvrage*” los trabajos manuales, en tanto que las artes liberales quedarían englobadas dentro de la reglamentación del mandato.

En efecto, citando los textos de Paulo, **D.17.1.1.4**²¹ **así como** el de I.3.26.13²², Troplong²³ puso de relieve cómo la *locatio* contempla siempre un precio, a diferencia del *mandatum* que es gratuito, aun cuando se perciba un *honorarium*, por razón de los servicios prestados. Para este autor²⁴, la existencia de un precio es lo que distingue en puridad uno y otro contrato, de suerte que, de desaparecer el precio, el *louage* se transforma en *mandat*.

2) Frente a esta posición, otros autores, en cambio, como Duvergier²⁵ estimaron que el criterio distintivo entre el *louage d’ouvrage* y el *mandat* contemplado en el *Code civil* sería el de “la representación”, concepto consustancial a la noción misma del mandato.

²⁰ TROPLONG, *op. cit.*, pp. 225-232.

²¹ *Paulus libro 32 ad edictum, D. 17.1.1.4: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*

²² I.3.26.13: “*In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus: quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur.*”

²³ TROPLONG, *op. cit.*, p. 223.

²⁴ TROPLONG, *op. cit.*, p. 226.

²⁵ Cfr. DUVERGIER, M. J.-B, *Le droit civil français suivant l’ordre du Code. Continuation de Toullier*, t. 19, 5ªed., Paris, 1838, pp. 288 y ss.

Indica Duvergier²⁶ que, ya incluso en época romana, los mandatarios estipulaban y los mandantes acordaban un precio por razón del trabajo ejecutado o del cumplimiento del encargo, sin que ello en modo alguno supusiese la desnaturalización del contrato de *mandatum* y su transformación en una *locatio*.

Agrega el autor que, para evitar confusiones, se pretendió establecer una distinción entre la cantidad prometida a un mandatario en concepto de contraprestación por su trabajo, que representaría un verdadero precio, una *merces*, y la que le sería entregada a dicho mandatario como recompensa u honorarios por razón de los servicios prestados, que constituiría un *honorarium* o *salarium*²⁷. Mientras que la intervención de una *merces* atribuiría al contrato la naturaleza y efectos de una *locatio*, la mediación de un *honorarium* supondría la subsistencia del *mandatum*. Así se indica en Ulpiano, D.17.1.6.pr.: *Si remunerandi gratia honor interuenit, erit mandati actio*.

Añade Duvergier que los intérpretes distinguieron entre los trabajos puramente manuales y las artes liberales en las que prima el

²⁶ Cfr. DUVERGIER, *op. cit. op. cit.* p. 290.

²⁷ Señala Duvergier, sin embargo (cfr. *op. cit.* p. 292, n. 1), que los términos de *honorarium* y de *salarium* que eran sinónimos y se empleaban indistintamente en el Derecho romano, como lo prueban en cuanto al empleo del vocablo *honorarium* entre otros textos *Ulpianus libro octavo de omnibus tribunalibus*, D. 50.13.1.10 y D. 50.13.1.12 y en lo concerniente al término *salarium*: *Papinianus libro tertio responsorum*, D. 17.1.56.3; en la época en que este exégeta redactó estos comentarios al Code civil ya habían cambiado de acepción, de suerte que expresaban ideas diferentes y opuestas. Y así indica Duvergier: « Maintenant... par *honoraires* on désigne la rétribution des travaux des professions les plus élevées, et par *salaire*, le prix du louage des domestiques et des gens de travail (Code civil art. 1781 ; 2101 n^o4 et 2271).

intelecto, estimando que la retribución percibida por los que practican estas últimas presenta la naturaleza propia de unos honorarios y no de un precio. De este modo, los contratos que denoten el ejercicio de profesiones liberales se adscribirían al mandato (*mandat*), mientras que la ejecución de obras de tipo manual o mecánico se conceptuaría en un orden inferior como un *louage d'ouvrages*²⁸. En apoyo de esta afirmación Duvergier²⁹ cita sendos pasajes de Vinnius³⁰ y de Pothier³¹.

Añade el autor³² que, sin embargo, la publicación del *Code civil* supuso una clara modificación de toda esta teoría imperante al reconocer abiertamente el artículo 1986³³ que es plenamente compatible con la naturaleza del mandato la idea de que mediante pacto este contrato deje de ser gratuito y de que se verifique el pago de un verdadero precio.

Para este mismo autor³⁴, el trabajo intelectual es susceptible de valoración económica al igual que la actividad física o manual. Para este autor el contenido del *louage d'ouvrage* consiste en la obligación

²⁸ Sin embargo, no faltan autores como Grenier (cfr. *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, n. 29, pp. 169-170), que considerarían que la prestación de servicios profesionales como los correspondientes a los médicos o a los abogados, es decir, las artes liberales, no serían catalogables ni como arrendamiento ni como mandato, sino que representarían un contrato innominado *sui generis*.

²⁹ Cfr. *op. cit.* p. 293.

³⁰ VINNIUS, *ad. Inst., lib. 3, cap. 27, § I3*.

³¹ POTHIER, *Du mandat*, n°22 y ss.

³² Cfr. *op. cit.*, p. 299.

³³ En efecto el artículo 1986 del *Code civil* dispuso que «*Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire*».

³⁴ Cfr. *op. cit.* p. 307.

de hacer alguna cosa, mediando para ello un precio. Este mismo contenido es coincidente en el *mandat* retribuido. Sin embargo, mientras que el que arrienda su trabajo actúa en nombre propio, y sus actos emanan de su propia voluntad y capacidad personal, el mandatario en cambio interviene en nombre del mandante y únicamente cobran fuerza y efecto sus actos, por voluntad del mandante.

Agrega el jurista francés³⁵ que, a diferencia de lo que sucede en el *louage d'ouvrage*, casi siempre los actos del mandatario vinculan al mandante para con los terceros, así como en su caso, obligan a los terceros con respecto al mandante. Este rasgo característico y distintivo del mandato viene reflejado en el artículo 1984 del propio cuerpo legal³⁶.

Concluye Duvergier³⁷ que el elemento distintivo entre el *mandat* y el *louage d'ouvrages* no reside en la intervención o no de un precio. Una persona puede obligarse a realizar gratuitamente alguna cosa en favor de otra, sin que por ello nos encontremos ineludiblemente ante un contrato de mandato; a la inversa, un contrato de mandato puede ser retribuido, sin que por ello se transforme en un arrendamiento.

Para este último autor³⁸ lo que caracteriza al *mandat* y distingue este contrato del *louage d'ouvrages* es el poder otorgado por aquel para

³⁵ Cfr. *op. cit.* p. 313.

³⁶ En efecto, el artículo 1984 del Code civil define « *le mandat* » como « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

³⁷ Cfr. *op. cit.* p. 319.

³⁸ Cfr. *op. cit. ibidem.*

el cual deba realizarse la obra en favor del que deba llevarla a cabo. Es, en definitiva, el derecho concedido al mandatario para actuar en nombre del mandante, para representarlo y para obligar al mandante para con los terceros, así como a estos últimos respecto del mandante.

II. 2. Después de un extenso Capítulo II dedicado al arrendamiento de cosas comprensivo de los artículos 1713 a 1778, el Capítulo III del *Code civil* específicamente se consagraría al arrendamiento de obra o de industria, «*du louage d'ouvrage et d'industrie*», cuyo primer artículo, el 1779, establecería: «*Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1.º Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2.º Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3.º Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés*»³⁹.

El artículo 1779 del *Code civil* distinguía por tanto los tres tipos principales de arrendamiento de obra e industria existentes: El arrendamiento de trabajadores que se comprometen al servicio de alguien, es decir, el de trabajadores domésticos o asalariados; el de los

³⁹ Dufour como comentario al texto precitado recoge un discurso pronunciado por Mouricault ante el Tribunado: «*Rapport fait par M. Mouricault au Tribunat: Les soins, les services, le travail et l'industrie forment la matière du contrat de louage d'ouvrage. Voilà ce qu'on y donne à loyer; voilà ce qu'on y paye. C'est donc le gardien, le seroiteur, l'artisan, l'ouvrier ou l'entrepreneur qui est véritablement le locateur; celui qui les paye est le véritable locataire ou conducteur; et c'est mal à propos que, dans les lois et les ouvrages des jurisconsultes, ces qualités ont été interverties.* » (cfr. DUFOUR, *op. cit.* p. 235).

conductores, tanto por tierra como por agua, que se encargan del transporte de personas o de mercancías; y el de los contratistas de obras por ajuste o precio alzado. Cada una de estas tres modalidades de arrendamiento sería objeto de reglamentación en una de las tres secciones separadas de las que consta el *Code civil*⁴⁰.

Troplong⁴¹ en sus comentarios sobre el artículo 1779 del *Code civil* indica que el *louage d'ouvrage* reposa sobre tres elementos:

1º) El consentimiento.

2º) El precio, también denominado *merces* según el Derecho romano. La ausencia o la existencia de un precio reducido, que no se corresponda con el valor del arrendamiento de obra, determinaría ineludiblemente la conversión del *louage* en un contrato de mandato.

3º) Una obra cuya ejecución esté pendiente, y, que sea además posible (*impossibilium nulla obligatio est*⁴²) y no contraria ni a las leyes, ni a las buenas costumbres.

Dufour⁴³ no encuentra precedentes del artículo 1779 del *Code civil* en la legislación romana. García Goyena ⁴⁴indica que, a estas modalidades de arriendo, a las que alude el artículo 1523 del proyecto

⁴⁰ También dentro del capítulo dedicado al arrendamiento del trabajo y de la industria, el artículo 1523 del proyecto de 1851 del Código civil español se pronuncia en términos muy similares al mencionado artículo 1779 del *Code civil*: 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 transportes por agua o tierra, tanto de personas como de cosas. (cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit.* p. 478).

⁴¹ TROPLONG, *op. cit.*, p, 232.

⁴² TROPLONG, *op. cit.*, p, 233 cita el texto de Celso D.50.17.185.

⁴³ Cfr. DUFOUR, *op. cit. ibidem*.

⁴⁴ Cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit. ibidem*.

de 1851 se refieren, entre otros textos, D. 19.2.13.1-2⁴⁵, D. 19.2. 60.3⁴⁶ y D. 19.5.5.2⁴⁷.

Abordaremos a continuación el estudio por separado de las tres modalidades del *louage d'ouvrage et d'industrie*.

⁴⁵ *Ulpianus libro 32 ad edictum*, D. 19.2. 13.1: «1. Si *navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in Ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.*2. Si *magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.*” En este texto se indica que si el dueño de una nave hubiera tomado en arriendo carga para transportarla a Minturna, y no pudiendo aquella nave navegar por el río de Minturno hubiera trasladado a otra nave las mercancías, y esta última hubiese naufragado en la boca del río, queda obligado el dueño de la primera nave. Y recuerda que Labeón decía, sin embargo, que dicho dueño no está obligado si está exento de culpa, pero si lo hizo contra la voluntad del dueño o en momento indebido o en nave que no fuere idónea, entonces se habrá de ejercitar la acción de locación.

⁴⁶ *Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D. 19.2. 60. 3: “*Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. Respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.*” En este texto se narra la hipótesis de que se hubiese concedido en arriendo la construcción de una casa, con la cláusula de que la aprobación o desaprobación correspondiese al arrendador y al heredero de este, introduciendo el arrendatario algunos cambios en la obra, de acuerdo con el arrendador. Para tal supuesto responde Labeón que, si bien ciertamente la obra no parecía haber sido realizada conforme a la cláusula preestablecida, al haber sido realizado el cambio con voluntad del arrendador, debería ser absuelto el arrendatario.

⁴⁷ *Paulus, libro quinto quaestionum*, D, 19.5.5.2: 2. *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio....* En este texto nuevamente se destacan las similitudes entre la compraventa y el arrendamiento. En él se indica que, cuando doy para que hagas, si el hecho fuera una cosa tal de las que suele darse en arrendamiento – como, por ejemplo, que pintes un cuadro–, una vez entregado el dinero, habrá arrendamiento; si, en cambio, se entrega una cosa, no será arrendamiento, pero surgirá, o bien la acción civil por la medida de mi interés, o bien la condición para reclamar la devolución de la cosa.

III. ARRENDAMIENTO DE TRABAJADORES DOMÉSTICOS Y ASALARIADOS: *LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS*

En la sección primera del capítulo III del título VIII del *Code civil*, que llevaba por rúbrica «*Du louage des domestiques et ouvriers*», y, que incluía únicamente los artículos 1780 y 1781, se contemplaba el arrendamiento de trabajadores domésticos y asalariados.

Singularmente nos interesa para nuestro trabajo el artículo 1780 que establecía: «*On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée*» (solo puede contratarse esta clase de servicios por cierto tiempo o para una obra determinada).

Esta disposición fue de trascendental relevancia para la consagración en el *Code civil* del principio de libertad en el trabajo, por oposición al trabajo esclavista o servil, característico de épocas anteriores. Esta circunstancia puede apreciarse en las opiniones manifestadas entre otros, por los diputados Treilhard o Cambacérès, con ocasión de los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del precepto mencionado⁴⁸, así como en el informe que presentaría Thomas Laurent Mouricault sobre el proyecto del contrato de arrendamiento⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. LORRE, M. LE BARON, *Législation civile, commerciale et criminelle. Commentaire et complément des Codes Français*, tome septième, Bruxelles, 1836, pp. 168-171.

⁴⁹ Cfr. MOURICAULT, T. L., *Rapport fait par Mouricault, au nom de la section de législation, sur le projet de loi concernant le contrat de louage, et formant le titre XIII du livre III du Code civil*, Paris, Séance du 14 ventôse an XII., pp. 21-23.

Troplong estima que el artículo 1780 del *Code civil* reitera el antiguo adagio: *Nemo potest locare opus in perpetuum*, cuya finalidad es la de proteger la libertad individual frente a eventuales compromisos temerarios⁵⁰. Por otra parte, el principio *ius libertatis non debet infringi*, recuerda Troplong⁵¹, lo menciona ya Papiniano en D. 35. 1. 71.2.

Para Duranton⁵², la aplicación del artículo 1780 del *Code civil* determina la nulidad de toda convención por cuya virtud una persona se comprometa de por vida respecto de otra, ya sea mediando para ello el pago de una cantidad alzada, o ya se trate del abono de un importe fijo por año trabajado. Según el propio autor, debe igualmente considerarse nula la contratación de una persona para una obra determinada cuya ejecución exija el transcurso de un plazo excesivamente prolongado⁵³.

Una redacción muy similar a la del artículo 1780 del *Code civil* la encontramos en el artículo 1.524 del proyecto de 1851 que dispone: “No puede contratarse esta clase de servicios, sino para cierto tiempo, o para una obra determinada: el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.”

Si bien Dufour no encuentra precedentes romanos del artículo 1780 del *Code civil*, García Goyena en cambio estima que el correlativo artículo 1524 del proyecto de 1851 podría tener su apoyo en diversas *regulae iuris* que cita: Paulo, **D. 50.17.106 en que se indica “*Libertas inaestimabilis res est* (la libertad no tiene precio); en Gayo D.**

⁵⁰ Cfr. *Op. cit.* p. 243.

⁵¹ Cfr. *Op. cit. ibidem.*

⁵² Cfr. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*. Tome 17, 3^e ed., Paris, 1834, p. 205.

⁵³ Cfr. DURANTON, *ibidem*. En el mismo sentido se pronuncia Troplong (cfr. *op.cit.* p. 246).

50.17.122: *Libertas omnibus rebus favorabilior est* (la libertad es más favorable que todas las cosas); y en Ulpiano D. 50.17.209, *Servitutem mortalitati fere comparamus* (podemos comparar la caída en esclavitud con la muerte).

IV. ARRENDAMIENTO DE CONDUCTORES O TRANSPORTISTAS:
LOUAGE DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU

La sección segunda del capítulo III se dedicaba a las peculiaridades del arrendamiento de conductores o transportistas, los cuales quedaban sujetos a obligaciones especiales de guarda, conservación o de protección de las cosas y personas transportadas (artículos 1782-1786 del *Code civil*).

Pasamos a continuación al examen individual de cada uno de estos preceptos :

A) El artículo 1782 del *Code civil* establecía : « *Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation de choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre du Dépôt et du Séquestre.* » Es decir, que los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones a las que se alude respecto de los posaderos en el título correspondiente al depósito y al secuestro.

En muy similares términos se pronuncia el artículo 1543 del proyecto de 1851 del Código civil español: “Los conductores de

efectos por tierra o por agua están sujetos en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían a las mismas obligaciones que respecto de los posaderos se determinan en los artículos 1689 y 1690.”

Como señala Duvergier, tales conductores, ya fueren públicos o privados, responden por tanto como depositarios necesarios de los efectos que les fueren confiados. Su responsabilidad se extiende a la hipótesis de pérdida y avería que experimenten los efectos, así como a los robos efectuados, con excepción de aquellos que tuvieren lugar por la fuerza de las armas o mediando en general fuerza mayor. Esta es la doctrina que se desprende de los artículos 1782, 1784, 1952, 1953 y 1954 del *Code civil*⁵⁴.

Para Troplong, el artículo 1782 del *Code civil* únicamente pretende establecer la asimilación del transportista al depositario a los solos efectos de la guarda y de la conservación de la cosa. Dicha asimilación únicamente llega a verificarse después de formalizado el contrato entre el transportista y el remitente de los efectos en cuestión y, una vez que se materialice la tradición de la cosa, de suerte de todo lo acontecido con anterioridad queda al margen de las reglas del depósito⁵⁵.

Añade Troplong⁵⁶ que ha de estimarse fuerza mayor si el transportista falleciere en ruta y no pudiese efectuar el transporte. En tal caso, únicamente ha de pagarse al porteador en proporción a la utilidad que el transporte ya realizado depare al cargador de la

⁵⁴ Cfr. DUVERGIER, *op. cit.* p. 364.

⁵⁵ Cfr. TROPLONG, *op. cit.* p. 255.

⁵⁶ TROPLONG, *op. cit.* p. 257.

mercancía. Así lo considera el autor, quien se adhiere en este punto a las consideraciones expresadas por Voet⁵⁷, por analogía de lo establecido en **Ulpiano, libro 32 ad edictum**, D.19.2.9.1 y en **Ulpiano**, D.19. 2.19.1.

Si no se hubiese iniciado el trayecto y el transporte no pudiese verificarse por fuerza mayor incumbe a cada una de las partes sufragar los gastos de los preparativos que respectivamente les correspondan. Así lo indica Troplong, adoptando aquí una solución similar a la estipulada en Labeón, D. 14.2.10.1.

Añade Troplong⁵⁸, con relación a la custodia de los efectos transportados, que la responsabilidad del porteador en cuanto que depositario que percibe un salario se hace extensiva no solo a la *culpa lata*, sino también a la *culpa levis*. Sin embargo, según el propio autor, queda rigurosamente al margen del ideario del *Code civil* la atribución al transportista de la *culpa levissima*, aunque del tenor del texto de Gayo, D.19.2.25.7 se infiera que deba exigirse del porteador una diligencia extraordinaria y que, en definitiva, sea *diligentissimus*.

Durante el viaje, el porteador deberá en su caso realizar en los toneles transportados las reparaciones que fueren precisas, sin perjuicio de su derecho a reclamar del remitente el reembolso de los gastos correspondientes. En el supuesto contrario, incurriría en responsabilidad, como de igual modo se establece en el precitado texto de Gayo, D.19.2.25.7⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. VOET, *Loc. cond.*, nº 27, citado por Troplong.

⁵⁸ TROPLONG, *op. cit. ibidem*.

⁵⁹ TROPLONG, *op. cit. ibidem*.

Con relación al artículo 1782 del *Code civil*, señala Dufour como precedentes los textos de Ulpiano, D.4.9.1.pr. y D.4.9.1.§1.⁶⁰ en los que se analiza la responsabilidad de los *nautae*, *caupones* y *stabularii*. En ellos se indica que como dice el edicto del pretor, si los navieros, los mesoneros y los que alquilan los establos no restituyesen lo que hubiesen recibido y prometido custodiar en buen estado, el pretor concederá acción contra ellos. Edicto, por otra parte, que es de gran utilidad, porque con frecuencia tenemos que confiar en este tipo de personas y entregarles nuestros efectos en custodia, sin que deba pensarse que ello suponga tratarlos con excesivo rigor, por cuanto que son libres de no custodiar nada a nadie; y sin este edicto se les daría la ocasión de asociarse con los ladrones para despojar a aquellos de quienes reciben algo en custodia, puesto que, a pesar de las precauciones que se adoptan, estos fraudes son todavía muy frecuentes.

El precepto paralelo del artículo 1782 del *Code civil* en el proyecto de Código civil español de 1851 es el artículo 1542, respecto del cual considera García Goyena que su fuente de inspiración reside en estos mismos textos romanos indicados por Dufour, en relación con el artículo 1782 del *Code civil*.

⁶⁰ *Ulpianus libro 14 ad edictum, D. 4.9.1, pr.: Ait praetor: "Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo. § 1. Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus".*

B) Por su parte, el artículo 1783 del *Code civil* dispone : « *Ils répondent non-seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.* »

Interpretando el indicado precepto, señala Troplong⁶¹ que debe el porteador asumir el riesgo de la mercancía que con anterioridad a su carga para el transporte hubiere recibido en sus depósitos o almacenes o incluso en el puerto.

Para que se estime la concurrencia de responsabilidad en el transportista no es preciso que la mercancía haya sido entregada para su transporte al propio porteador o al empresario. Basta que su recepción se verifique por la persona que hubiere sido específicamente habilitada para ello⁶².

Para Dufour, el fundamento de la regla que consagra este precepto reside en que, desde ese mismo momento previo de entrega de los objetos, los transportistas de los efectos en cuestión se convierten en sus depositarios⁶³ y considera como fuentes de inspiración del artículo 1783 del *Code civil* los textos de Ulpiano D. 4.9.1.8⁶⁴ y Ulpiano D.4.9.3 pr.⁶⁵.

⁶¹ TROPLONG, *op. cit.* p. 259.

⁶² TROPLONG, *op. cit. ibidem.*

⁶³ DUFOUR, *op. cit.* p. 237.

⁶⁴ **Ulpianus libro 14 ad edictum, D.4.9.1.8:** *Recipit autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*

⁶⁵ **Ulpianus libro 14 ad edictum, D.4.9.3 pr.:** *“Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.”*

En D.4.9.1.8 Ulpiano aclara que **la obligación de guarda que incumbe al naviero alcanza no solo a los efectos cuya custodia le hubiese sido especialmente confiada, sino que su responsabilidad se extiende a todos aquellos que hubiesen sido introducidos en la nave y que, además, debe responder de la conducta, no solo de los marineros, sino también de los pasajeros que reciba en su nave.**

En D.4.9.3 pr. Ulpiano indica que, como el propio Pomponio pone de relieve, **corresponde el riesgo al naviero cuando hubiesen perecido en la costa las cosas que ya asumió bajo su custodia, pero que todavía no embarcó.**

C) El artículo 1784 del *Code civil* establece: «*Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure.* » Los expresados conductores responden de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o avería hubiese provenido de caso fortuito o de fuerza mayor.

Para Troplong⁶⁶ de la relación entre los artículos 1782 y 1784 del *Code civil* cabe extraer una doble consecuencia:

- 1) Se presume la culpa en el conductor o transportista y
- 2) El transportista debe además acreditar que con su conducta en modo alguno ha contribuido al acaecimiento del evento constitutivo de caso fortuito o de fuerza mayor.

⁶⁶ TROPLONG, *op. cit.* p. 260.

Dufour conecta históricamente el artículo 1784 del *Code civil*, entre otros textos, con Ulpiano D.4.9.3.1 *in fine*⁶⁷, texto que posibilita el ejercicio de una excepción a la acción de locación para la hipótesis de fuerza mayor. En este texto se indica, en efecto, **que, como escribe Labeón, cuando algo hubiere perecido por naufragio, o como consecuencia de un asalto provocado por los piratas, no es injusto dar una excepción; y lo mismo habrá que decir también si en el establo o mesón hubiere ocurrido un caso de fuerza mayor.**

También cita Dufour en relación con el artículo 1784 del *Code civil* Ulpiano D.19.2.13.2⁶⁸, texto en el que se excluye la excepción de fuerza mayor para el supuesto de temeridad del patrón de la nave. En efecto, en este texto se indica que, si el patrón de un navío lo hubiese lanzado al río sin timonel y, levantándose temporal, no hubiese podido gobernar la nave y la hubiera perdido, los pasajeros tendrán contra él la acción de locación.

El artículo 1543 del proyecto de 1851 nos depara una redacción casi idéntica a la del artículo 1784 del *Code civil* y en él se establece que los conductores de efectos por tierra o por agua responden igualmente de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor.

V. EL ARRENDAMIENTO DE OBRA: *DES DEVIS ET DES MARCHÉS*

⁶⁷ *Ulpianus libro 14 ad edictum, D. 4.9.3.1 in fine: "Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit."*

⁶⁸ *Ulpianus libro 32 ad edictum, D. 19.2.13.2: "Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit et tempestate orta temperare non potuerit et navem perdiderit, vectores habebunt adversus eum ex locato actionem."*

Con relación al arrendamiento de obra, el art 1787 encabeza la sección III del título VIII, bajo la rúbrica «*Des devis et des marchés*»: «*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*» («cuando se encargue alguien de ejecutar una obra se puede convenir que ponga solamente su trabajo o su industria o que también suministre el material»).

Para Troplong⁶⁹, el artículo 1787 del Code civil en modo alguno entra en contradicción con el 1711 del propio cuerpo legal a cuyo tenor: «*Les devis, marché 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.* »⁷⁰

El artículo 1787 únicamente posibilita que el que ejecuta la obra suministre personalmente el material, pero sin calificar la indicada convención ni como contrato de compraventa ni como arrendamiento.

Según Troplong⁷¹, en modo alguno nos encontramos ante un contrato de compraventa, aun en el supuesto de que quien ejecute la obra proporcione ciertos materiales, siempre que el que encarga la obra sea también quien aporte la materia principal. Este es precisamente el criterio que encontramos en Pomponio y en Sabino

⁶⁹ TROPLONG, *op. cit.* p. 267.

⁷⁰ En contra de esta opinión se manifiesta Durantón (cfr. *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 17, 3^e ed., Paris, 1834, p. 237): «*Il semble toutefois, d'après l'article 1711, qu'il n'y a louage d'ouvrage que dans les cas où c'est celui pour lequel l'ouvrage se fait qui fournit la matière...*»

⁷¹ TROPLONG, *op. cit.* p. 266.

en D.18.1.20⁷². Esta también es la orientación mantenida por Duvergier⁷³.

Dufour, al comentar el artículo 1787 y con particular referencia a la construcción de edificios, explica que se denomina *devis et marché* al acto comprensivo de las cláusulas y condiciones a las que deben someterse tanto el empresario que contrata la edificación como aquel que realiza la construcción. Tales actos deben expresar con detalle las obras a realizar y fijar su precio⁷⁴.

Con relación al artículo 1787 del *Code civil*, Dufour reproduce la mención de los mismos textos latinos citados por Domat en esta sede y que son, entre otros, D.19.2.13.5, al que nos referiremos más

⁷² Pomponius libro nono ad Sabinum, D.18.1.20: "*Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur*". En el texto precitado Pomponio señala que, como indica Sabino, cuando queremos adquirir alguna cosa, como una estatua, vaso o vestido, dando tan solo dinero, se considera compra, y que únicamente puede haber arrendamiento cuando el objeto en cuestión fuere entregado íntegramente por aquel para el cual se elabora; distinto es el caso de entrega de un solar para la edificación de una casa, porque entonces la entidad fundamental procede de quien verifica la entrega del solar.

⁷³ DUVERGIER, *op. cit.* pp. 384 ss.

⁷⁴ DUFOUR, *op. cit.* p. 239.

adelante⁷⁵, y D. 19.2.30.3⁷⁶, a los que añade Dufour D.19.2.2.1⁷⁷. Los textos precitados no pueden considerarse propiamente como precedentes, sino a lo sumo como fuente de inspiración para la elaboración del *Code civil*. También para García Goyena el correlativo artículo 1529 del proyecto de 1851, que se pronuncia en términos casi idénticos al artículo 1787 del *Code civil*⁷⁸, es concordante con los mencionados D.19.2.13. 5 y D.19.2.30.3.

⁷⁵ Véase *infra* nota 88.

⁷⁶ *Alfenus libro tertio a Paulo epitomarum, D. 19.2.30.3: Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: "quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit": quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. Respondit etiam imperfectum.* En el texto precitado se señala que el que había dado en arriendo la construcción de una casa había establecido en una cláusula lo siguiente: "en tanto en la obra hubiese necesidad de piedra, el dueño dará al arrendatario siete mil por cada pie, como precio por la piedra y mano de obra. Se preguntó si deberá medirse la obra hecha o también la no terminada. Respondió que también la no terminada.

⁷⁷ *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum, D. 19.2.2.1: Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. Ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.* En este texto se indica que hasta tal punto parecen tener alguna familiaridad la compraventa y el arrendamiento que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de una o de otro. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admite que es un negocio jurídico único y una compraventa; pero si yo le hubiera dado el oro señalando una merced por el trabajo, no hay duda de que es arrendamiento.

⁷⁸ El artículo 1529 del proyecto de 1851 dispone: *Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo ó su industria, ó que también provea el material* (García Goyena, *op. cit.* p. 481).

Por su parte, el artículo 1788 del *Code civil* dispone : « *Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose.* » (Si en el caso de que, proporcionando el obrero el material, la cosa llegare a perecer de cualquier manera que fuere, el obrero debe soportar la pérdida, a menos que el patrón se hubiere demorado en recibir la cosa).

Indica Dufour⁷⁹ que, en la hipótesis de que el obrero o artífice proporcione el material, hasta el momento en que ultime la obra y se encuentre en estado de verificar su entrega, continúa siendo propietario de la cosa; y si la cosa perece, esta perece para él, conforme al principio *res perit domino*. Es, por tanto, una venta que no se cumplimenta hasta que el artífice verifique la entrega de la obra; solo en el supuesto de que el arrendador se constituya en mora a la hora de recibirla, el artífice deja de ser propietario y transfiere la propiedad al arrendador para quien estaba destinada la obra y que debía recibirla, de modo que, si la cosa perece, es el arrendador quien ha de soportar la pérdida.

Señala Troplong⁸⁰ que, en el sistema propio del Derecho romano admitido por la jurisprudencia francesa, se distinguía la doble hipótesis de que el operario trabajase sobre una cosa propia o ajena:

⁷⁹ *Op. cit.* p. 240: *Dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, jusqu'à la confection de l'ouvrage, et jusqu'au moment où il est en état et offre d'en faire la livraison, il demeure propriétaire de la chose; et si elle vient à périr, elle périt pour lui: C'est ici une vente qui n'est accomplie que lorsque l'ouvrier délivre l'ouvrage; mais lorsqu'il a mis le maître en demeure de la recevoir, il s'est désaïssi de sa propriété pour la transporter celui-ci, à qui elle était destinée, et qui devait la recevoir; et si elle vient à périr, c'est pour celui-ci qu'elle périt.*

⁸⁰ Cfr. TROPLONG, *op. cit.* p. 268.

a) Si la cosa fuere propia del operario, su pérdida acaecida por fuerza mayor, incluso antes de la finalización del trabajo, recaería siempre en el arrendador de la obra. Ello es así por cuanto que, al adscribirse esta modalidad de arrendamiento a la categoría de los contratos *do ut facias* y ofrecer el artífice su trabajo a cambio de un precio, de no poder finalizarlo interviniendo fuerza mayor, debe el operario recibir cuanto menos la parte del precio proporcional a la labor realizada.

Si no fuere posible alegar la fuerza mayor, es el artífice de la obra quien debe soportar la pérdida de la cosa propia, antes de su finalización o de su recepción por el arrendador. Así lo indica Troplong⁸¹ quien añade que esta fue la misma solución adoptada por Florentino D.19.2.36.

b) Si, en cambio, la cosa perteneciere al arrendador y se perdiera antes de la finalización de la obra, en aplicación del principio *res perit domino*, cada uno seguiría siendo propietario de su parte, ya se tratara del objeto o del trabajo, y compartirían el riesgo correspondiente⁸².

Dufour⁸³ cita como textos romanos en conexión con el artículo 1788 del *Code civil*, sin que nuevamente podamos considerarlos como antecedentes romanísticos, D.18.1.20, al que hemos aludido anteriormente, así como D.18.1.65⁸⁴. Para García Goyena, el precepto

⁸¹ TROPLONG, *op. cit.* p. 269.

⁸² Señala TROPLONG (cfr. *op. cit.* p. 269) que así se infiere de lo establecido en los artículos 1789 y 1790 del *Code civil*.

⁸³ *Op. cit.* p. 240.

⁸⁴ *Iavolenus libro 11 epistularum, D.18.1.65: Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? Respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet:*

paralelo que es el artículo 1530 del proyecto de 1851 concuerda entre otros pasajes con D.19.2.37⁸⁵, D.19.2.59⁸⁶ y D. 19. 2. 62, al que nos referiremos más adelante⁸⁷.

A continuación, el artículo 1789 establece: «*Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.*» En el caso de que el obrero proporcione únicamente su trabajo o industria, si la cosa pereciese, el obrero responderá únicamente de la culpa.

Señala Troplong que del artículo 1789 se infiere, en efecto, que el operario debe asumir la pérdida del material recibido, si acaeciere por su culpa. Le es imputable la *culpa levis*: no se estima suficiente que hubiere empleado en su trabajo la diligencia que hubiere adoptado

quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet. He convenido contigo que me dieses un cierto número de tejas de tu fabricación en cierto precio: habrá compraventa o arrendamiento; respondió: si se convino que el artífice extraerá la materia de su fundo para elaborar las tejas y entregarlas después, opina Javoleno que hay venta y no arrendamiento: por cuanto que no hay arrendamiento, sino en el caso en el que la materia con la cual debe trabajar el artífice proceda de aquel que encarga la realización de la obra; pero si en cambio dicha materia se modifica o pasa a pertenecer al artífice que debe venderla después de haberla trabajado, dicha convención debe ser considerada como venta y no como arrendamiento.

⁸⁵ *Iavolenus libro octavo ex Cassio, D.19.2.37: Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* En este texto se señala que si antes de que la obra estuviese aprobada para el arrendador fuese destruida por alguna fuerza, corresponde el perjuicio al arrendador si la obra era tal que debiese ser aprobada.

⁸⁶ *Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis, D.19.2.59: Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.* En este texto se indica que Marcio había tomado en arriendo de Flaco la construcción de una casa y después, realizada una parte de la obra, el edificio fue sacudido por un terremoto. En opinión de Masurio Sabino, si ello ocurrió por violencia natural, como es un terremoto, el riesgo es de Flaco.

⁸⁷ Véase *infra* nota 92.

para los negocios propios, sino que se le exige que justifique una habilidad específica, como consecuencia de que se hubiese contado con él personalmente (*spondet peritiam artis*)⁸⁸.

Dufour conecta históricamente el artículo 1789 del *Code civil* con Gayo D. 50.17.132: *Imperitia culpa adnumeratur* (la impericia queda equiparada a la culpa). También lo relaciona con Ulpiano D.19.2.13.5⁸⁹, texto en el que se indica que, si se dio una piedra preciosa para ser engastada o esculpida y esta se rompiese, no se dará la acción de locación si ello aconteció por defecto de la materia, pero sí se dará si ocurriese por impericia del operario. Es así salvo el caso de que el artífice hubiese asumido el riesgo, porque entonces, aunque el accidente ocurriese por defecto de la materia, se dará la acción de locación.

Dufour establece también una correlación entre el artículo 1789 del *Code civil* y Ulpiano D.19.2.13.6⁹⁰, fragmento en el que se señala que, si el lavadero hubiese tomado vestidos para lavarlos, y los hubieren roído los ratones, se obliga por la acción de locación porque debió precaverse de esto; y si el lavadero hubiese cambiado una capa, y dado a uno la de otro, se obligará por la acción de locación, aunque lo hubiese hecho por ignorancia.

⁸⁸ TROPLONG, *op. cit.* p. 270.

⁸⁹ *Ulpianus libro 32 ad edictum, D.19.2.13.5: Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.*

⁹⁰ *Ulpianus libro 32 ad edictum, D. 19.2.13. 6: Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.*

Dicho autor establece también una conexión entre el artículo 1789 del *Code civil* y Labeón D. 19. 2. 62⁹¹, texto en el que se pone de relieve que, si el canal cuya construcción hubiese tomado en arriendo y construido el arrendatario fuese destruido por derrumbamiento antes de la aprobación del arrendador, el riesgo es del arrendador. También, como dice Paulo, si el derribo aconteció por vicio del suelo, el riesgo será del arrendador, pero si acaeció por defecto de la obra el perjuicio será del arrendatario.

El artículo 1790 por su parte dispone que: “*Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.*” (El que se ha obligado a poner tan solo su trabajo o industria no puede reclamar ningún salario si la obra se destruye antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales)⁹².

⁹¹ *Labeo libro primo pithanon D. 19.2.62: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.*

⁹² En términos bastante similares se pronuncia el artículo 1531 del proyecto de 1851: “El que se ha obligado a poner solo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.” (García Goyena, *op. cit.* p. 483).

Dufour establece asimismo una conexión entre el artículo 1790 del *Code civil* y el texto del D.19.2.36, citado por Pothier, al que nos referiremos a continuación.

El artículo 1791 del *Code civil* dispone: « *S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties; elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait* ». Si se tratase de una obra por piezas o por medida, su aprobación puede hacerse por partes; se presume aprobada la obra correspondiente a todas las partes pagadas, siempre que el patrón pague al obrero en proporción a la parte de obra realizada.

Indica Dufour que esta disposición ha sido directamente tomada de Domat, quien cita como textos de referencia, entre otros, el mencionado D.19.2.36⁹³. En este pasaje se indica que **la obra que se dio en arriendo por un precio total hasta que se apruebe, queda a riesgo del arrendatario; pero lo que ha sido tomado en arriendo para ser entregado por pies o medidas quedará a riesgo del arrendatario en tanto no se mida, y en uno y otro caso el daño será del arrendador, si hubiera dependido de él el que la obra no se apruebe o se mida. No obstante, si la obra se arruinase por fuerza mayor antes de ser aprobada, quedará a riesgo del arrendador, salvo que**

⁹³ *Florentinus libro septimo institutionum, D.19.2.36: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.*

se hubiese establecido otra cosa; pues no se debe responder al arrendador en más de aquello que con su cuidado y esfuerzo habría conseguido el arrendatario.

En el artículo 1792 del *Code civil* se indica: « *Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans.* ». Si el edificio cuya construcción se hubiese contratado a precio alzado, pereciese en todo o en parte por vicio de la construcción o incluso por vicio del suelo, el arquitecto y el empresario responden de ello durante diez años.

Como indica Troplong⁹⁴, el artículo 1792 del *Code civil* se ocupa de la responsabilidad especial que pesa sobre los constructores de edificios (*constructeurs d'édifices*), más rigurosa que la correspondiente a los restantes obreros u operarios.

La responsabilidad del arquitecto y del empresario de la construcción reposa sobre los siguientes pilares principales:

- 1) El vicio del suelo: el arquitecto debe ser un estricto conocedor de su profesión y a él le corresponde el examen del terreno, así como la apreciación de si reúne o no las características que se precisan para la construcción del edificio en cuestión.
- 2) El vicio de la construcción y
- 3) La inobservancia de las prescripciones reglamentarias⁹⁵.

El plazo de diez años de prescripción contemplado en el artículo 1792 comienza a computarse desde el día de la recepción del trabajo

⁹⁴ TROPLONG, *op. cit.* p. 272.

⁹⁵ TROPLONG, *op. cit. ibidem.*

finalizado o desde la constitución en mora de quien hubiere de recibirlo, siempre que el artífice, una vez finalizada la obra, requiera oportunamente para su recepción al dueño de esta. Para la exigencia de responsabilidad al arquitecto o empresario, el propietario demandante debe acreditar el vicio del suelo o el defecto en la construcción⁹⁶.

Dufour cita como textos romanos de referencia fundamentalmente C.8.11.8⁹⁷ en que se contempla una constitución de Teodosio II y Valentiniano III, dada en Constantinopla en el año 385 bajo el consulado de Arcadio y el de Flavio Bauto, en la que se indica que todos aquellos a quienes, o se les hubiese encomendado el cuidado de obras públicas o se les hubiese confiado en la forma acostumbrada dinero para la construcción, quedan obligados hasta quince años después de terminada la obra, de suerte que, si dentro del tiempo prefijado apareciese algún vicio en la edificación, sea reparado con su patrimonio, salvo si se tratase de caso fortuito.

Finalmente, el artículo 1797 del *Code civil* dispone: «*L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie.*» El empresario es responsable del trabajo ejecutado por sus empleados.

⁹⁶ TROPLONG, *op. cit.* p. 274.

⁹⁷ C. 8.12 (11).8. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius: Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum vel pecunia ad extructionem solito more credita, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitutum tempus provenerit, de eorum patrimonio (exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti) reformetur.* * GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. ET ARCAD. A. CYNEGIO PP. * <A 385 D. III NON. FEBR. CONSTANTINOPOLI ARCADIO A. ET BAUTONE CONSS.>

Dufour considera como precedente de este precepto el texto del D.19.2.25.7⁹⁸ en el que se señala que el que tomó en arriendo el transporte de una columna, si esta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de este riesgo, si hubiese ocurrido por su culpa o por la de aquellos que están a su servicio. Lo mismo se ha de entender, por supuesto, si alguno hubiera tomado en arriendo el transporte de unas tinajas o vigas, y esto mismo puede aplicarse también a otras cosas.

VI. CONCLUSIONES

Para concluir, podríamos afirmar que en numerosas ocasiones las aportaciones que sugieren los comentaristas como Dufour con referencia al articulado del *Code civil français* y, García Goyena con relación a los correlativos preceptos paralelos del proyecto de 1851 del Código civil español, más que antecedentes romanísticos propiamente dichos, representan ante todo fuentes de inspiración que fueron tomadas en consideración para la elaboración de los Códigos.

Sin embargo, sí que apreciamos la existencia de una clara conexión histórica entre la reglamentación que recibe en los artículos 1782 y ss. del *Code civil* el arrendamiento de conductores o transportistas, en lo concerniente a su sujeción a especiales

⁹⁸ *Gaius libro decimo ad edictum provinciale, D.19.2.25.7: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.*

obligaciones de guarda, conservación o de protección de las cosas y personas transportadas, y la correlativa regulación de la responsabilidad de los *nautae, caupones y stabularii* en el libro 4, título 9 del Digesto.

También la responsabilidad del obrero circunscrita a la culpa que contempla el artículo 1789 del *Code civil*, tratándose de un arrendamiento de obra en el que el obrero proporcione únicamente su trabajo o industria, tiene probablemente un precedente en el D.19.13.5 y 6.

Además, con anterioridad al artículo 1792 del *Code civil*, el C.8.11.8 ya contemplaba una responsabilidad por vicios en la edificación que duraba quince años.

Finalmente, la responsabilidad que alcanza al empresario por el trabajo ejecutado por sus empleados recogida en el artículo 1797 del *Code civil*, parece que se hallaba ya prevista en D.19.2.25.7.