

La regulación del trabajo en Roma y en la moderna legislación laboral española

ÁNGEL GÓMEZ-IGLESIAS CASAL¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho romano clásico. III. La locatio rei. IV. La denegatio actionis y la locatio conductio. V. Tipos de locación en la Roma clásica. VI. Locatio operarum y locatio operis. VII. Derecho moderno. VIII. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931. IX. El derecho laboral español.

I. INTRODUCCIÓN

1. El debate sobre el contrato de trabajo que se plantea actualmente, en mayor o menor medida, en todo el mundo civilizado no es algo nuevo y original de nuestros días. Ya a principios de siglo, Solazzi ponía de manifiesto que “entre los problemas más vivamente debatidos y más altamente interesantes de nuestro tiempo, están aquéllos que reflejan la organización económica y jurídica del trabajo”, achacando tal debate a las “lagunas e insuficiencias de las leyes reguladoras del contrato de trabajo”.² Hoy en día nadie se atrevería a dudar de la importancia de las relaciones laborales y, por lo tanto, de las normas que lo regulan. Incluso, se dice que la base del ordenamiento jurídico del futuro inmediato va a ser desplazada, desde el reconocimiento y tutela del derecho de propiedad individual, hacia la tutela y regulación de las relaciones en las que una parte pone lo que es consustancial con todo hombre: su trabajo. Y es que, en efecto, la crisis del concepto de propiedad y la creciente importancia económica de las relaciones laborales, han propiciado que éstas estén superando con creces la importancia económica que pueda tener cualquier otro bien poseído por el individuo. Por ello, y debido a lo cambiante de

¹ Catedrático de Derecho romano, Jerez de la Frontera (Universidad de Cádiz).

² SOLAZZI, “Il lavoro libero nel mondo romano” en *Scritti di Diritto romano I (Annuario dell'Università di Macerata 1905-1906 1 ss.)* 141.

las normas reguladoras de los contratos de trabajo, y a la multiplicidad de sus posibles manifestaciones, quizá no sea inútil el interrogar una vez más a la historia: ¿de dónde surge, cuál es la base histórico-jurídica en la que se asienta tal regulación de las prestaciones de trabajo? ¿Por qué se sigue hablando hoy en nuestro derecho de un “arrendamiento” de servicios —e incluso de una *actio locati* para exigir el pago de los honorarios—, cuando tales servicios profesionales se ceden definitivamente al arrendatario sin ninguna obligación por parte de éste de proceder a la restitución del objeto del contrato, cosa que sería propia de todo arrendamiento?

Parece fuera de toda duda, y es lugar común en la doctrina, que las relaciones que existen en la actualidad, conteniendo el trabajo como uno de sus elementos, no pueden tener más origen que las concepciones que genialmente han construido los juristas romanos.³ Según estas concepciones, la mayor parte de las convenciones relativas al trabajo se regulan mediante los esquemas de la institución jurídica denominada *locatio conductio*.⁴ En efecto, la elaboración clásica de esta *locatio* permite regular fácilmente la actividad de quien se compromete a prestar a otro las propias energías de trabajo o el resultado de las mismas a cambio de una contraprestación dineraria: *merces*. Por ello, podemos afirmar, sin ningún tipo de reservas, como establece la doctrina, que la *locatio conductio* romana supone el prototipo de la organización del trabajo subordinado del hombre libre.⁵

Como sucede con la mayor parte de las instituciones clásicas, con respecto a ésta del arrendamiento estamos escasamente informados sobre su más antiguo origen.⁶ Por ello nosotros nos centraremos en el análisis de las formas que existen

³ *Vid.*, por todos la opinión de Alonso OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Madrid 1981) 123 ss., quien señala como precedente remoto del derecho del trabajo, como su “prehistoria”, los arrendamientos romanos. Una excepción, a esa opinión unánime de la doctrina supone la obra de Otto von GIERKE, *Raíces del contrato de servicios*, publicada en 1914 (*Die Wurzeln des Dienstvertrages*) y traducida y comentada, hace algunos años (1982) por Germán BARREIRO, que pretende fijar el origen de tal contrato de servicios del ordenamiento alemán, no en la *locatio conductio* romana, sino en una poco conocida institución del derecho germánico incluida en el derecho de personas: el “contrato de servicio fiel”.

⁴ Hablamos de que “la mayor parte” de los acuerdos que comportan una obligación de trabajar toman la forma de arrendamientos, porque, como veremos *infra*, la prestación de las propias fuerzas de trabajo puede configurarse como el contenido de otras formas o instituciones jurídicas.

⁵ El título de la comunicación que presentó el profesor VIGNERON en la sesión del Congreso de la SIHDA celebrado en Salzburgo en 1988, es muy significativo: *La “locatio conductio” romaine, prototype de l’organisation du travail de l’homme libre*.

⁶ ELGUERA “Origen y evolución del contrato de locación en Roma” en *RSADR* 2-3 (1955-1956) 3 ss., sostiene, en contra de la opinión mayoritaria, que el arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*) no deriva del arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), sino viceversa. BISCARDI, “Il concetto romano di ‘locatio’ nelle testimonianze epigrafiche” en *SS* 72 (1960) 438 ss., mantiene como antecedente inmediato de los arrendamientos privados, siguiendo a MOMMSEN, la existencia de arrendamientos públicos que servirían de modelo para la creación de la *locatio conductio* contractual; según este autor la *locatio* consensual aparecería como evolución de una *locatio re contracta* en la que siempre habría una *traditio* de *res*. Hoy día la opinión general acerca del origen del contrato de arrendamiento está claramente influenciada por las conclusiones de ARANGIO-RUIZ sobre el origen de la *emptio venditio*, según las cuales en un principio se utilizaron mutuas promesas verbales para configurar el contenido de las obligaciones recíprocas. Tal origen se considera común a todos los contratos convencionales. *Vid.* AMIRANTE, “Ricerche in tema di locazione”, en *BIDR* 62 (1959) 13 ss.

en la época clásica,⁷ estableciendo un esquema que compararemos luego con la legislación española moderna.

II. DERECHO ROMANO CLÁSICO

2. En el derecho romano clásico aparece el arrendamiento como un contrato consensual que se perfecciona por el mero acuerdo de las partes sobre el objeto de la prestación y la retribución o contraprestación de la misma.

El que la construcción jurisprudencial de la *locatio-conductio* obedeciese o no a una concepción unitaria fue objeto de una fuerte polémica doctrinal. En efecto, a finales del siglo pasado y comienzos de éste, quizá por influencias de los glosadores y pandectistas, se dice que existen varios tipos de contrato de arrendamiento.⁸ La pretendida “tricotomía pandectística”⁹ consiste en distinguir entre tres tipos de locación que serían típicos y distintos entre sí: a) la *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa), consistente en la cesión del goce temporal de una cosa a cambio de una *merces*; b) la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios), mediante la cual se pone temporalmente a disposición de un tercero las propias energías de trabajo, exigiendo el correspondiente pago o *merced*; y c) la *locatio conductio operis* (arrendamiento de obra), que tiene por objeto entregar, a cambio de la *merces*, el resultado de una actividad laboral. Lógicamente, las relaciones laborales tendrían su acogida jurídica tanto en el arrendamiento de servicios como en el de obra que, según la citada tricotomía, se diferenciaban esencialmente entre sí y del arrendamiento de cosa.

Frente a esta compartimentación se reaccionó defendiendo el concepto unitario o construcción jurisprudencial unitaria del contrato de arrendamiento. Ya en el siglo pasado se inicia esta tendencia,¹⁰ que está representada en nuestra centuria por Arangio-Ruiz, Brasiello, Mayer-Maly y, sobre todo, Amirante.¹¹ Aunque partiendo de presupuestos distintos, llegan a la conclusión de que el contrato de arrendamiento

⁷ Para la exposición de la situación de las relaciones de trabajo en la Roma clásica seguiremos, esencialmente, el esquema fijado por DE ROBERTIS en su ya clásica obra *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano 1946) p. 120 ss.

⁸ Según MASI *ED* (s.v. locazione) 916 ss., tal concepción del derecho intermedio produce una influencia decisiva en la redacción de las modernas codificaciones. *Cfr.*, el art. 1542 de nuestro Código Civil.

⁹ BISCARDI, en *SS* 72 (1960) 434.

¹⁰ BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* I, Aalen 1965 (reed. de Erlangen 1876), 430, intentó unificar la *locatio operis* con la *locatio rei*, pues parte de que todo *opus* presupone una base real, una cosa, sobre la que ser realizado. También el arrendamiento de obra consiste en la cesión de una cosa con el fin de que se manipule y se devuelva a cambio de un precio. En contra de esta postura se manifestó PERNICE, *Parerga* III en *ZSS* 9 (1888) 238 ss., que mantiene su postura de *Labeo* I (Halle 1873) 468 ss., a favor de la tripartición.

¹¹ *Vid.*, por todos AMIRANTE, en *BDR* 62 (1959) 9 ss., que comenta este cambio de orientación dogmática.

no fue configurado por la jurisprudencia clásica sino como un negocio unitario en el que caben diversas modalidades o contenidos.

El elemento unificador entre la *locatio conductio rei y operis*, que parecían las más dispares, radica en que en ambos casos el *locator* pone una cosa a disposición del *conductor*, que queda obligado a restituir. En el primer caso, arrendamiento de cosa, la ventaja del negocio es para el *conductor* que puede gozar e incluso disfrutar de la cosa que se le ha entregado; por lo tanto le corresponderá a él el pago de la *merces* o precio del arrendamiento. En el segundo caso, arrendamiento de obra, el lucro es para quien entrega la cosa, *locator*, pues quien ha de ejercitar su capacidad de trabajo sobre la cosa es quien la recibe, el *conductor*; como consecuencia de ello, cuando éste restituya la cosa, transformada en alguna medida como consecuencia de su trabajo, tendrá derecho a exigir la *merces*, que no sería sino el precio por la obra finalizada, por el *opus factum*.

Mayores dificultades de integración en esta concepción unitaria se han dado con la *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, pues no existe acuerdo unánime acerca de cuál sea el objeto de este tipo de contratos. Por tratarse, como veremos, de una posibilidad fundamental de regulación de las relaciones laborales, la examinaremos con algún detenimiento.

III. LA LOCATIO REI

3. Parece comúnmente admitido que los primeros acuerdos en los que aparece como finalidad la prestación de las energías de trabajo se configuran como una cesión temporal, por parte del *dominus*, de un esclavo propio para que el cesionario se beneficiase de la actividad laboral del mismo.¹² Como el esclavo tenía la consideración jurídica de una cosa más en propiedad de su dueño, en nada podría diferenciarse de la *locatio rei*.¹³ De esta forma, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, no podría configurarse de un modo diferente la cesión del goce del propio fundo o del propio animal, de la cesión del goce de un esclavo. En todos

¹² Como muestra de la defensa del origen de la *locatio conductio operarum*, o trabajo subordinado de la persona libre, en la *locatio servi*, vid. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro...* cit., p. 123, y MARTINI, "Mercennarius". *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in Diritto romano* en *SS.* 5-6 (1956-1957) 220. Sin embargo, AMIRANTE en *BIDR* 62 (1959) 58, sostiene que de las fuentes no puede deducirse tal antecedente pues la locación del libre se documenta, desde un principio, junto a la del esclavo.

¹³ MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*², Aix-en-Provence 1958 (1ª ed. 1955), 12, afirma que los esclavos se situaban, en cuanto a la prestación de las *operae*, en el mismo plano que los animales. Vid. D.7,9,5,3 (Ulp. 79 ad ed.). *Ergo et si fructus sine usu optigerit, stipulatio locum habebit. Et si habitatio vel operae hominis vel cuius alterius animalis relictæ fuerint, stipulatio locum habebit, licet per omnia haec usum fructum non imitantur*. Aunque se excluye la identidad absoluta entre el derecho de usufructo y el legado de los servicios de un esclavo o de cualquier animal, parece clara la identidad jurídica de las *operae* de los esclavos y los animales.

esos casos se trataba de la cesión de una cosa que el *conductor* se comprometía a restituir en un momento futuro convenido.

Sin embargo, no ha faltado quien ha puesto en tela de juicio que el objeto del contrato fuese realmente la persona del esclavo. Aunque los juristas hablan frecuentemente de *locare operas* o de *locatio operarum*, ello no significa que el objeto del contrato de arrendamiento de los servicios de un esclavo no sea el esclavo mismo sino su trabajo. Quienes mantienen que el objeto del contrato son las *operae*, interpretan que las mismas tuvieron la consideración de una *res*.

Nosotros, asumiendo los planteamientos de Martini,¹⁴ estamos convencidos de que expresiones como *locare operas servi*, *operas suas locare* o *locatio operarum*, referidas al esclavo, no describen una realidad jurídica distinta del *servum locare* o *locatio servi*. No es admisible, pues, el planteamiento simplista que pretende establecer un silogismo o planteamiento lógico del siguiente tenor: la *locatio operarum* se configura exactamente igual que la *locatio rei*, por tratarse de contratos con el mismo objeto, luego las *operae* son *res*.¹⁵

Por el contrario, y como argumenta Amirante,¹⁶ el objeto del contrato es siempre la persona del trabajador, el esclavo, y no su trabajo. De tal forma, *locare servum* es lo mismo que *operas suas locare*, del mismo modo que la expresión *fundum fruendum locare*, utilizada por la jurisprudencia, es lo mismo que *locare fundum*. El hecho de referirse como objeto del arrendamiento a los frutos que la cosa arrendada puede producir es algo frecuente (en D.42,5,8,2 se habla de *locare mercedes* y de *locare fructus*) y que, en definitiva, viene a designar cuáles son las ventajas materiales que el *conductor* puede obtener.¹⁷ Por lo tanto, no existe ningún problema para mantener el concepto unitario de la *locatio conductio* con la locación del trabajo que puede realizar un *servus*, pues éste sería la cosa que debía restituir el *conductor*.

¹⁴ MARTINI, en *SS* 5-6 (1956-1957) 226 ss. No nos parece correcta la posición de DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro...* cit., 130, para quien las *operae*, el trabajo, se configuró ya en época clásica como una *res*. Tal consideración iría en contra de las afirmaciones paralelas de Paulo (D.7,7,1: *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est...*) y de Ulpiano (D.38,1,9: *Operae in rerum natura non sunt*) que parecen impedir la "cosificación" de algo inexistente en el momento del convenio.

¹⁵ En el derecho clásico, así como no se puede estipular a favor de una tercera persona (Gai.3.103), tampoco se puede prometer una determinada conducta de un tercero. La asimilación entre *operae* y *res* que hace MACQUERON, *Le travail des hommes libres...*, 17 ss., le permite dejar a salvo la claridad de la promesa de *operae* ajenas, pues no se trataría de un *facere* a realizar por una tercera persona. Pero su argumentación, que parte de la existencia de *locare se* en las fuentes (24 ss.) y de su desaparición en época imperial en la que los juristas nunca utilizan tal expresión para referirse a la actuación de un libre, no creemos que deba tener como consecuencia inexorable que el motivo del cambio fuese la "cosificación" de las *operae*.

¹⁶ AMIRANTE, en *BIDR* 62 (1959) 58 ss.

¹⁷ Parece del todo claro que la jurisprudencia equipara las *operae* del esclavo a los frutos que una cosa produce, pues literalmente se dice: *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes* (D.7,7,3); o *Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt* (D.7,7,4). Vid. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel Diritto romano*, Torino 1958, p. 203 s. Esta concepción, que identifica el trabajo con los frutos, se pretende ampliar al hombre libre, lo que lleva a la asimilación de las *operae* con las *res* (MACQUERON, *Le travail des hommes libres...*, 13 ss.).

IV. LA *DENEGATIO ACTIONIS* Y LA *LOCATIO CONDUCTIO*

4. Esta concepción unitaria encuentra, aparentemente, un escollo importante cuando quien presta sus energías de trabajo, a cambio de un precio, no es un esclavo sino una persona libre. Parece que el problema se plantea en dos momentos históricos bien definidos.

a) En un primer momento, y de un modo abusivo, se procedería a ceder a terceras personas las *operae* que los libertos deben a sus patronos, utilizando también los esquemas del arrendamiento de cosas. Cuando el antiguo dueño del esclavo manumitido no quiere aprovecharse personalmente de los trabajos que el liberto se ha comprometido a prestarle y los cede mediante arrendamiento a una tercera persona, tal arrendamiento no puede asimilarse, sin más, a una *locatio conductio rei*, pues el liberto ya no tenía la consideración de cosa en propiedad, sino que se había convertido en libre y ciudadano. La clave para la correcta interpretación de esta cesión del trabajo del liberto está en el análisis de las circunstancias que hicieron necesaria la aprobación de la *lex Aelia Sentia*, con la cual se intenta poner fin a una situación irregular, anómala e ilícita. Tal situación¹⁸ consistía en que los patronos seguían dando en arrendamiento a sus libertos para que prestasen a terceras personas las *operae* que a ellos les debían, como antiguos propietarios que se habían hecho prometer tal prestación de sus antiguos esclavos.¹⁹ Esta práctica venía a constituir un grave atentado contra la libertad del liberto, perpetuando, de hecho, una situación de sometimiento a la que se había puesto fin, jurídicamente, con una lícita y efectiva manumisión.²⁰

A estos abusos sobre el liberto, al tratarlo como si siguiese siendo un esclavo, vino a ponerles fin tanto el edicto del pretor Rutilio, de fines de la república, que limita los derechos de los patronos (D.38,2,1,1),²¹ como otros edictos posteriores (D.38,1,2²² y D.38,2,1,2), que siguen esta línea de protección y reaccionan contra

¹⁸ Seguimos aquí la exposición de MARTINI, en *SS* 5-6 (1956-1957) 235 ss.

¹⁹ Sobre la distinción entre *operae officiales* y *fabriles* que se hace en el título del Digesto “*de operis libertorum*” (D.38,1), vid. MITTEIS, *Operae officiales und operae fabriles*, en *ZSS* 23 (1902) 143 ss., y ALBERTARIO “*Sui negozi giuridici conchiusi dal liberto ‘onerandae libertatis causa’*” en *Studi di diritto romano* III (Milano 1936) 393 ss.

²⁰ Es posible que en esta situación naciese la expresión ya vista de *locare operas* referida al liberto, ya que no se arrendaba su capacidad de trabajo en general, como en el caso del esclavo, sino sólo las *operae* que el patrono se había hecho prometer por el liberto. No podría ser de otro modo pues el patrono no podría directamente arrendar tales *operae*, puesto que no formaban parte de su patrimonio, aunque sí se le debían.

²¹ Dice Ulpiano que, puesto que los patronos solían exigir de los libertos cosas muy duras en compensación de tan gran beneficio como es el que se da a los libertos cuando se les hace pasar de la esclavitud a la ciudadanía romana, se regulan los honores que el liberto debe al patrono y se limita la capacidad de reclamación de éste: *Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus.*

²² *Hoc edictum praetor proponit coartandae persecutionis libertatis causa impositorum: animadvertit enim rem istam libertatis causa impositorum praestationem ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. 1. Initio igitur praetor pollicetur se in iudicium operarum daturum in*

la exigencia a los libertos de promesas abusivas, sancionándolas con la *denegatio actionis*²³ o con una *exceptio*.²⁴ La ley *Elia Sentia*, del año 4 d.C., viene a poner el colofón a esta tendencia protectora del liberto.²⁵ Puede deducirse de los textos jurisprudenciales que la prohibición que impuso esta ley fue la de no obtener una *merces* como consecuencia de haber dado en arrendamiento el liberto a una tercera persona, para que preste las *operae* que debe al patrono. La jurisprudencia habría interpretado extensivamente esta prohibición legal, incluyendo en la misma el pedir dinero al liberto en lugar de exigirle la prestación de las *operae*.²⁶

Así, pues, antes de esta ley se daría “de facto” la *locatio operarum liberti*; después, tal arrendamiento estaría prohibido, a no ser que se diesen circunstancias especiales, como puede ser el no poder utilizar personalmente los servicios debidos por el liberto, o en virtud del modesto patrimonio del patrono (D.38,1,25). La necesidad y la existencia de la *lex Aelia Sentia* serviría de confirmación del hecho de que lo que se arrendaba era la persona del trabajador, del liberto, y de ahí su prohibición.²⁷

libertos et libertas. Este texto, también de Ulpiano, es bastante significativo pues parte del hecho de que la prestación de servicios impuesta en la manumisión se había exagerado excesivamente, hasta el extremo de agobiar y hacerse oneroso a los libertos. Por ello establece la necesidad de acudir a la vía procesal para reclamar de los libertos los servicios debidos.

²³ Paulo, en D.38,1,17, establece la denegación de la acción para el caso de exigir al liberto unos servicios incompatibles con su edad o con su debilidad, o incluso si menoscaban su nivel de vida o su posición (*nec audiendus est patronus, si poscit operas, quas vel aetas recusat vel infirmitas corporis non patitur vel quibus institutum vel propositum vitae minuitur*). Gayo, en D.38,1,19, dice que la exigencia de los servicios han de dejar tiempo suficiente al liberto para que pueda ganar lo suficiente para subsistir (*aut certe ita exigendae sunt ab eo operae, ut his quoque diebus, quibus operas edat, satis tempus ad quaestum faciendum, unde alii possit, habeat*); si no es así, dice Paulo en el texto siguiente, procederá la denegación de acción: *nisi fiat, praetorem ipsam patrono denegaturum operarum praestationem...* (D.38,1,20 pr.). También Hermogeniano afirma en D.38,2 48 pr. que si quien ostenta el derecho de patronato autoriza el matrimonio de su liberta, pierde el derecho a reclamar las *operae* de la misma, pues ésta debe atender a su marido (*Sicut patronus, ita etiam patroni filius et nepos et pronepos, qui libertae nuptiis consensit, in officio mariti esse debet*), a no ser que el matrimonio sea nulo (D.38,1,48,1) o quien exige los servicios sea una mujer, pues a ésta puede la liberta, aún casada, prestar servicios sin desdoro (D.38,1,48,2).

²⁴ D.44,5,1,9 (Ulp. 76 ad ed.) *Sive autem ipsi patrono sit promissum sive alii voluntate patroni, onerandae libertatis causa videtur factum et ideo haec exceptio locum habet*. Ante la reclamación del patrono se concede excepción al liberto si su promesa “grava su libertad”. Grabar la libertad sería imponer algo al liberto exigible en caso de ofensa a su patrono, de modo que “el liberto esté siempre supeditado por temor de aquella exigencia y por este temor soporte lo que sea, si se lo ordena el patrono” (*cf.* D.44,5,1,5).

²⁵ MACQUERON *Le travail des hommes libres...*, 110 ss.

²⁶ Explícitamente se habla del contenido de la *lex Aelia Sentia* en D.40,9,32,1-2; se comenta también la prohibición al patrono de *mercedes capere* en D.38,1,25, que no utiliza una expresión uniforme hablando también de *mercedem capere ex operis liberti*. En D.16,3,1,8 y D.7,8,12,6 se interpreta el sentido y alcance de ese “*mercedem capere*”, equiparándolo al ya conocido *operas locare*. Sobre esta prohibición del *mercedem capere a liberto*, *vid.* JAUBERT “La ‘lex Aelia Sentia’ et la ‘locatio conductio’ des ‘operae liberti’ ” en *RHD* 43 (1965) 5.

²⁷ Tal es la opinión de MARTINI, en *SS* 5-6 (1956-1957) 246, para quien la prohibición de la *lex Aelia Sentia* no sólo confirma la *locatio* de la persona física deudora de las *operae*, sino que prohibiría todos aquellos actos que, de hecho, mantendrían para el liberto una “*perpetuatio servitutis*”. *Vid.* D.38,2,1 pr.

En definitiva, la *stipulatio operarum* hecha por el liberto a su patrono puede dar lugar a una forma especial de *locatio conductio rei* cuando se cede a una tercera persona el liberto, considerado aquí de forma abusiva aún como una cosa, para que ejercite su capacidad laboral en beneficio de aquel tercero, aunque sólo en la medida en la que debía tales servicios u *operae*. De este modo, el arrendamiento de servicios de un liberto podrá considerarse como una forma más de arrendamiento de cosa en el cual el *locator* coloca una “cosa”, aquí su propio liberto, a disposición del *conductor* que se obliga a pagar una *merces*.²⁸

b) Es en un segundo momento, tanto cronológico como conceptual, cuando se plantea la posibilidad, o la necesidad, de que sea un *ingenuus*, un libre de nacimiento, el que cede su trabajo a cambio de una *merces*.²⁹ La jurisprudencia habría utilizado también aquí la figura de la *locatio conductio*, utilizando, por medio de la analogía, el principio de la economía lógica. De este modo, como existía una figura jurídica que servía para regular las relaciones de trabajo en las que participaba el esclavo o el liberto, la jurisprudencia aplicaría, por medio de la progresiva extensión analógica, el convenio de la *locatio conductio* a las relaciones en las que intervenía un trabajador libre. No parece que el *locare* pueda pasar a tener como objeto las *operae* del libre, sino que de los testimonios de las fuentes puede deducirse que el trabajador libre se convierte tanto en sujeto como en objeto del contrato; el arrendador es al mismo tiempo la cosa arrendada.³⁰ En efecto, así como existen textos que nos presentan al propio esclavo realizando un contrato de arrendamiento de su propia persona —en realidad el objeto del convenio serían sus *operae*—,³¹ también hay textos que utilizan los verbos *locare* y *conducere* en relación directa con la persona libre que se compromete a ceder su trabajo.³² Esto

²⁸ En las fuentes no se habla nunca de *locatio liberti* puesto que ello no podría tener el mismo sentido que la *locatio servi*; en efecto, no se arrendaba toda la capacidad de trabajo del liberto, sino sólo las *operae* prometidas y, por lo tanto, debidas al patrono. Sin embargo, y a pesar de la aproximación entre los trabajadores libres y esclavos, se distingue siempre entre *operas dare* y *servire* (D.40,7,4,4). Vid. A.d'ORS. DPR.², 507 n. 1.

²⁹ Aunque el trabajo del libre no se generalice en actividades como la agricultura hasta la época postclásica (vid. JACOTA “Les transformations de l'économie romaine pendant les premiers siècles de notre ère et la condition de l'esclave agriculteur” en *Études Macqueron* (Aix-en-Provence 1970) 375 ss., especialmente 383), es indudable que tuvo una gran importancia en época clásica como lo demuestra su regulación jurídica en tal época.

³⁰ Esta identificación entre el *locator* y el objeto del arrendamiento es lugar común en la doctrina. Vid., entre otros, MARTINI, en SS 5-6 (1956-1957) 250; AMIRANTE, en *BIDR* 62 (1959) 58 y 61 ss.; y MACQUERON, en *RHD* 37 (1959) 603.

³¹ D.19,2,60,7 (Lab. 5 post.) *Servum meum mulionem conduxisti neglegentia eius mulus tuus perit, si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico ...*; D.33,2,2 (Pap. 17 quaest.) *...et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas eius ipse locare poterit, quas si prohibeat heres capi, tenebitur. idem est et si servus se locaverit...*

³² MARTINI, en SS 5-6 (1956-1957) 251 n. 3 cita D.10,1,4,1: *... sed et si mentor ab altero solo conductus sit...*; D.22,5,3,5: *... quive ad bestias ut depugnaret se locaverit...*; D.47,10,11,4: *Proculus resta ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias...*; Paul. Sent. 5,26,3: *... idve ut fieret homines commodaverit locaverit conduxerit...*; Coll.9,2,2: *... quive ad bestias depugnare se locavit locaverit...*; C.11,48,8: *... se collocaverunt...*; y distintos pasajes de las comedias de Plauto. MACQUERON “Réflexions sur la ‘locatio operarum’ et le ‘mercennarius’ ” en *RHD* 37 (1959) 608, critica la poca relevancia que MARTINI parece dar a los textos que hablan de *locatio* o *conductio sui*, al reproducir

debe llevarnos a admitir la existencia de una *locatio sui* no sólo para el esclavo sino también para el libre. Sin embargo, podría plantearse el por qué abundan más los textos que en lugar de hablar de *locare se* o *colocare se*, lo hacen de *locare* o *conducere operas*. Estimamos también aquí correcto el planteamiento de Martini³³ quien descarta que esa doble referencia puede deberse a la existencia de dos cosas totalmente distintas, pues para referirse a una misma situación se habla de *locare operas* y de *locare se*; tampoco puede pensarse en una evolución del objeto del contrato pues se sigue hablando en la segunda mitad del siglo IV d.C. de *se collocaverunt* (C.11,48,8,1). Como ya hemos dicho con respecto al esclavo o al liberto, el *locare operas* viene a precisar el objeto del arrendamiento que no es el libre como tal hombre, sino como trabajador.

No deja de ser curioso el observar cómo determinados autores sienten un gran recelo para admitir que sea la persona libre trabajadora la que se constituya como objeto del arrendamiento de servicios y, sin embargo, cuando se habla de arrendamiento de obra no tienen el menor reparo en admitir esta “materialización” de la persona humana. Esto es lo que ocurre con el contrato de arrendamiento de hospedaje o de transporte de personas en los cuales el *conductor* recibe, para realizar su actividad profesional sobre la misma, la propia persona del *locator* para hospedarla o transportarla. Prueba de ello es que, para que la responsabilidad del transportista o del hospedero se amplíe a las cosas que acompañan a la persona, objeto estricto del arrendamiento, como puede ser su equipaje, es imprescindible la asunción expresa de ese riesgo mediante su anuncio público o *receptum*.

Evidentemente, las normas de la *locatio conductio* no pudieron formarse con referencia exclusiva al hombre libre que se compromete a prestar sus fuerzas de trabajo a cambio de la *merces*. Por un lado, no son los trabajadores libres los que más frecuentemente participan en la contratación laboral, sino que son los esclavos y libertos, debido a la poca consideración social en que se tenía al trabajo subordinado y por lo tanto remunerado —“mercenario”—.³⁴ Además, y como hemos visto, el origen de estas relaciones laborales está en la cesión de los esclavos por su dueño. Precisamente por esto, por comenzar consistiendo en la cesión temporal a un tercero de una cosa en propiedad —el esclavo—, es por lo que es posible explicar por qué tanto el derecho romano como las legislaciones modernas configuraron el contrato de trabajo como un arrendamiento y no como una compraventa. Como dice

en la nota citada sólo las referencias, sin ningún contenido, y sin que la lista sea exhaustiva, añadiendo a la misma otros textos de Catón y de Cicerón, así como las actas de Transilvania en tres de las cuales se conserva la cláusula ... *se locasse et locavit operas suas...*, que refuerza la existencia de las dos expresiones para designar a un mismo contrato. Vid. los fragmentos IX, X y XI de los trípticos de Transilvania (“*Tabellae Ceratae Daciae*” o tablillas de Dacia) en *CIL*. III - 2, Berlín 1873, p. 948 s. Sobre la reconstrucción, traducción e interpretación de estos trípticos de Transilvania, así como un amplio comentario sobre las personas, contrato y obligaciones que aparecen en ellos *vid.* MACQUE-
RON *Le travail des hommes libres...*, 186 ss.

³³ MARTINI en *SS* 5-6 (1956-1957) 252 ss.

³⁴ SOLAZZI en *Scritti di Diritto romano* I, 145 ss.

Macqueron,³⁵ esto supone una anomalía que no puede explicarse más que por un accidente histórico que se produce en el punto de partida, y este “accidente histórico” es la esclavitud.

En definitiva, la unidad esencial del contrato de arrendamiento viene dada, no por su régimen procesal, ni por su fin, ni por su objeto, ni por la obligación del pago de la *merces* —pues estos elementos por sí mismos fomentarían y justificarían la tripartición—,³⁶ sino por la necesaria entrega del arrendador al arrendatario de una *res*, que éste se compromete a devolver,³⁷ independientemente de quien obtenga el provecho en esa operación. La *res locata conducta* es el elemento típico que permite reunir en una noción única de *locatio conductio* un conjunto de negocios que por su fin y su contenido económico se diferencian bastante entre sí.³⁸

V. TIPOS DE LOCACIÓN EN LA ROMA CLÁSICA

5. En la Roma clásica existían, fundamentalmente, tres distintas posibilidades de regular las relaciones de trabajo:³⁹ *locatio operarum*, *locatio operis* y *emptio venditio*. Sólo las dos primeras tendrían siempre como contenido el trabajo subordinado —que es el que aquí nos interesa—, siendo la compraventa la forma jurídica de dar salida al trabajo autónomo e independiente.⁴⁰ En efecto, si el trabajador actúa por cuenta propia sobre una materia prima también propia, la relación jurídica que se establece, entre este trabajador y la persona a la que se cede el producto del trabajo, no podría configurarse más que como una compraventa. Aunque algún jurista afirma que en estos casos había dos contratos diferentes, una compraventa de la materia prima y un arrendamiento de los servicios del artífice, prevalece la opinión que califica el negocio sólo como una compraventa.⁴¹

³⁵ MACQUERON en *RHD* 37 (1959) 607.

³⁶ AMIRANTE en *BIDR* 62 (1959) 12.

³⁷ BISCARDI en *SS* 72 (1960) 441.

³⁸ AMIRANTE en *BIDR* 62 (1959) 21.

³⁹ Como ya hemos adelantado, seguiremos aquí el esquema ya clásico elaborado por DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro...* cit., 124. *Cfr.*, también SOLAZZI, en *Scritti* I 144. Otras instituciones que pueden tener como objeto la obligación de trabajar, aparte de la promesa de *operae* realizada por los libertos a sus patronos de la que ya hemos hablado, serían la promesa verbal o *stipulatio* y el contrato de *mandatum*, sin olvidar la posibilidad de una *datio ob rem* contractualizada mediante la concesión de una *actio in factum*, e incluso, el legado de *operae* o de realización de un *opus* que puede gravar al heredero, y el contrato de sociedad. En todo caso, estos negocios no tendrían como objeto el trabajo del individuo más que de una forma esporádica, no siendo su finalidad esencial la de regular las relaciones laborales.

⁴⁰ La compra del producto aleatorio de una actividad laboral, como es la del pescador que arroja su red (*iactum retis*), da lugar a una figura de compraventa de cosa futura que se denomina en las fuentes *emptio spei*. Sobre este tema, su configuración jurídica y su diferencia con la llamada por la doctrina *emptio rei speratae*, *vid.* DE VISSCHER, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (Bruxelles 1914) y CALONGE, *La compravente civil de cosa futura* (Salamanca 1963) que no coinciden exactamente en sus planteamientos.

⁴¹ Sobre esta controversia jurisprudencial ver los textos de Gayo (Gai. 3,147 y D.19,2,2,1), de

Veamos, pues, los dos tipos de locación.

A) Alguno de los textos jurisprudenciales que contemplan una relación de *locatio conductio operarum* denominan al trabajador como *mercennarius*.⁴² Martini⁴³ parece ampliar demasiado el sentido genérico de esta expresión, pretendiendo abarcar con ella a todos los que reciben una *merces* por cualquier tipo de arrendamiento, incluso en virtud de una *locatio rei* o arrendamiento de cosa. Quizá sea más correcto designar como *mercennarius* sólo a aquel que desempeña un oficio o una actividad consistente en prestar servicios a cambio de un precio.⁴⁴ En todo caso, con tal expresión se está haciendo alusión a una persona libre,⁴⁵ que interviene como trabajador en la vida jurídica. El que tiene una consideración social más baja, situándose casi al nivel del esclavo, es el que sin tener ningún tipo de especialización se da en arrendamiento para que el *conductor* obtenga beneficios de su trabajo, es el *mercennarius* en sentido estricto, que frecuentemente realizaría trabajos domésticos y agrícolas. Una mejor consideración social tendrían aquellos otros *locatores operarum* que tienen un oficio o practican un *ars* y se comprometen a trabajar para otra persona a cambio de una *merces* (sería éste también un *mercennarius* aunque sólo en sentido lato). A pesar de esta mayor consideración tampoco estas actividades se consideran dignas de la condición de un hombre libre, especialmente de un ciudadano romano. Sólo alcanzaban este grado de dignidad las actividades comprendidas entre las "artes liberales". Jurídicamente no tienen consideración de *locatores* los trabajadores que ejercen estas "profesiones liberales". Ulpiano, en D.50,13,1, las denomina como *studia liberalia* y las excluye de la *locatio conductio* y de su régimen procesal.

En todo caso, pues, a los que practican las "artes liberales" no se les podría denominar nunca con el término *mercennarius*, puesto que ni siquiera se les considera como *locatores*.⁴⁶

Pomponio (D.18,1,20) y de Javoleno (D.18,1,65), así como la monografía de GÓMEZ-CARBAJO, *Arrendamiento, "aestimatio" y compraventa en Gayo, III, 146* (Madrid 1984) quien realiza una extensa y completa exégesis de los distintos supuestos planteados ante la cesión de unos gladiadores.

⁴² Estos textos en los que se utiliza la expresión *mercennarius* son los siguientes: D.8.6.20 (*Scaev. 1 reg.*); D.39,5,6 (*Ulp. 42 ad Sab.*); D.43,16,1,20 (*Ulp. 69 ad ed.*); D.43,24,3 pr. (*Ulp. 71 ad ed.*); D.43,24,5,11 (*Ulp. 70 ad ed.*); D.47,2,90(89) (*Paul. de poen. pag.*); D.48,19,11,1 (*Marcian. 2 de iud. pub.*); a los que habrá que añadir D.50,13,1,4 (*Ulp. 8 de omn. trib.*) aunque en esta ocasión el término no designe al trabajador sino al trabajo que realiza (*mercennariam operam*). Cfr. VIR. s. v. *mercennarius*.

⁴³ MARTINI en SS 5-6 (1956-1957) 217 ss. y 258 ss.

⁴⁴ MACQUERON en RHD 37 (1959) 612.

⁴⁵ Vid., la reacción contundente y crítica de MARTINI "*Servus perpetuus mercennarius est*" en *Labeo* 35 (1989) 189 ss., ante el intento de BÜRGE, en el Congreso de la SIHDA, celebrado en Estraburgo, de interpretar que siempre *mercennarius* se refiere a un *servus* que trabaja fuera de la casa de su dueño.

⁴⁶ Existe un número considerable de estudios tendentes a aclarar qué clase de *operae* no pueden ser consideradas como objeto de locación por tratarse del ejercicio de profesiones liberales. Tales profesiones son analizadas por MACQUERON, *Le travail des hommes libres*..., 170 ss. Vid., también una relación de ellas en VISKY "Sulla qualifica della pittura e della scultura nelle fonti del Diritto romano" en *Studi Grosso* IV (Torino 1971) 333 n. 2, quien, además, afirma que por mucha calidad, mucho ingenio o mucho valor artístico que tuviese, la pintura y la escultura nunca se consideraron entre

B) La doctrina ha convenido que, bajo la denominación de *locatio conductio operis*, se designan situaciones en las que un trabajador se compromete a entregar a otra persona el resultado de una concreta actividad laboral a cambio de un precio. Como ya hemos repetido, será indispensable que quien ha de pagar la *merces* entregue previamente al trabajador la base material para que sobre ella ejecute la obra convenida; si no había tal entrega, se trataba de una compraventa. Así pues, el trabajador, que se configura no como *locator* sino como *conductor*, se compromete a entregar al *locator* un trabajo ya realizado, una obra finalizada, un *opus factum*. La actividad a desarrollar por el *conductor* puede ser de lo más variada: pero, en todo caso, lo fundamental era el resultado último de la actividad realizada, o sea, “el objeto que resulta de una determinada operación”, que es a lo que se denomina “obra”, *opus*.⁴⁷

Por ello, por referencia al objeto último del contrato, es por lo que se habla de *locare opus*, de *opus locatum* y, en definitiva, de *locatio operis*. Pero estas expresiones no podrán interpretarse en el sentido técnico de que lo que se cede en el arrendamiento es la obra futura terminada, sino que no es más que “un fenómeno de elipsis o metonimia, por el cual no aparece turbada, en absoluto, la concepción lineal lógico-jurídica de la *res locata-conducta*”.⁴⁸ En efecto, la *res locata*, y por tanto *tradita*, no es la *res* futura que debe entregar el trabajador, pues sólo existiría idealmente en el momento de la perfección del contrato, y ello iría en contra de la exigencia de Pomponio de que hubiese entrega material de la cosa por el *locator* para el que se trabaja.⁴⁹

VI. LOCATIO OPERARUM Y LOCATIO OPERIS

6. Debido, sin duda, a la diversa configuración jurídica que presenta la *locatio operis* respecto de la *locatio operarum*, ambas presentan diferencias dignas de poner de relieve. En primer lugar, tiene diversa configuración la obligación del

las artes liberales, a pesar de encontrarse entre las bellas artes; lo mismo había concluido años antes, respecto de la arquitectura y de la medicina en *La qualifica della medicina e dell'architettura nelle fonti del diritto romano*, en IVRA 10 (1959) 24 ss.. A esta conclusión llega también LUCREZI, *La "tabula picta"* ...cit., 172 ss. En este orden de cosas ELGUERA “Situación jurídica de las personas libres que trabajaban como ‘scribae’ ” en *Studi Grosso* II (Torino 1968) 149 ss., analizando el trabajo de los escribas establece que puede constituir el objeto último de una *locatio conductio operis* pero no de una *locatio conductio operarum*. Consideramos correcta esta exclusión pero no la razón que ha llevado a ella: no se trata de que las *operae* del escriba no sean una *res* (cosa que es verdad) sino que se trata de una de las *operae liberales* excluidas del trabajo mercenario y de ahí que se utilice una acción *extra ordinem* para exigir los honorarios (D.50,13,1,6).

⁴⁷ D.50.16,5,1 (Paul. 2 ad ed.) “*Opere locato conducto*”: *his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

⁴⁸ BISCARDI en SS 9 (1960) 443.

⁴⁹ D.18,1,20 (Pomp. ad Sab.): ... *nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret.*

trabajador: la *locatio operarum* daba lugar a una obligación de *dare*, divisible y personalísima, mientras que la *locatio operis* produce una obligación de *facere*, indivisible y con posibilidad de valerse de personas subordinadas —pues se debe la obra terminada, no necesariamente el trabajo—. Otra diferencia consiste en que la *locatio operis* presupone la existencia de un trabajo cualificado, mientras la *locatio operarum* se utiliza para todo tipo de prestaciones de trabajo y era, preferentemente, característica del trabajo no cualificado —mercenario.

Pero la diferencia más relevante, desde el punto de vista económico-social, que existe entre las dos formas de arrendamiento, está en la ausencia de aquella relación de dependencia del trabajador. En efecto, aunque en la *locatio operarum* no exista una relación de sometimiento jurídico efectivo, sí existe una fuerte relación de dependencia entre el trabajador y el empleador. Tal relación es, indudablemente, más fuerte que la que se daba en la *locatio operis*. En ésta, no surge más que la obligación de entregar la obra terminada, restituir la cosa que se recibió transformada, pero conservando una independencia absoluta y esencial respecto del que paga la *merces*. Pero esta posición del trabajador-empresario, cuya autonomía suponía que el arrendador no tuviese más que un derecho de control, a ejercitar en el momento de la consignación o entrega del *opus factum*, se basa en una profunda alteración jurídica del régimen de la responsabilidad. Esta era para el trabajador frente al arrendador, mucho mayor en la *locatio operis* que en la *locatio operarum*. En ésta, el trabajador no recibía nada, sino que se entregaba a sí mismo, por lo que quien debía responder de la restitución era el empleador. Por el contrario, en la *locatio operis* el *conductor*-trabajador recibe algo del *locator* de cuya devolución (*reddere*) debe responder con una responsabilidad objetiva, *custodia*,⁵⁰ por la pérdida o deterioro de la cosa entregada. Tal *custodia* incluía expresamente la responsabilidad por los deterioros causados debido a la *imperitia* tanto del *conductor* como de sus subordinados o auxiliares, así como el *vitium operis* apreciable en el momento de la consignación de la obra finalizada. Quedaba sólo el riesgo de pérdida o deterioro debido a fuerza mayor (*periculum*) a cargo del *locator*.⁵¹

VII. DERECHO MODERNO

7. De todo lo dicho se deduce que en Roma el trabajo, el ceder las propias energías de trabajo a cambio de un precio, se consideró como algo indigno de una persona libre. Pero esta consideración peyorativa del trabajo subordinado tenía una gradación. El escalón más bajo, más despreciable, lo ocupaban los que cedían sus

⁵⁰ Sobre la existencia clásica de esta responsabilidad objetiva por *custodia* (*praestare custodiam*), frente a la responsabilidad subjetiva por *culpa*, generalizada por los postclásicos, *vid.* ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*⁴ (Napoli 1989) 383.

⁵¹ La comprobación, por medio de las fuentes, de que esta responsabilidad era común a todos los casos de *locatio operis*, en DE ROBERTIS *I rapporti di lavoro ... cit.*, 165 ss.

servicios a cambio de una *merces* —*mercennarii*— mediante el contrato de la *locatio operarum*, que les exigía una posición de subordinación similar a la de los esclavos; aunque tendrían una consideración social un poco más apreciada los trabajadores que contasen con una cierta “especialización”. Un segundo escalón estaba compuesto por aquellos artesanos que mantenían una posición de independencia, contratando la realización de un trabajo acabado, mediante la *locatio operis*. Por fin, existían una serie de actividades, denominadas “artes liberales”, que quedaron, en principio, fuera del marco de la *locatio conductio* debido a su gran consideración social. Por ellas, por tanto, nunca podría cobrarse una *merces*, pero podrían dar lugar a la compensación económica denominada “honorarios”.

Pues bien, en líneas generales, este esquema no difiere mucho del construido por nuestro ordenamiento jurídico moderno. Hemos de destacar, antes de nada, que la consideración del trabajo como un “oficio servil”, perdura en España, al menos, hasta finales del siglo XVIII.⁵² Pero la superación de esta idea no supone la equiparación, ni social, ni jurídica, entre los distintos tipos de actividades laborales. Por ello, la distinción, o mejor, el establecimiento de los exactos límites entre la *locatio operarum* y la *locatio operis*, con la importante consecuencia del tipo de responsabilidad y las obligaciones que surgen en una y otra institución, no han perdido hoy su interés. En efecto, en la actualidad y dentro del ámbito del derecho laboral español, es de capital importancia la calificación de una relación en la que interviene el trabajo, como relación laboral, sometida al régimen del contrato de trabajo, o como contrato de servicios, que se articula como un arrendamiento. Pero veamos, aunque sea sólo de modo muy superficial, los principales hitos modernos que han llevado a esta configuración final y su paralelismo con el derecho romano.⁵³

En primer lugar, es patente la diferenciación que nuestro ordenamiento jurídico ha mantenido entre las profesiones liberales y los oficios manuales,⁵⁴ de modo semejante a como lo había hecho ya Ulpiano en D.50,13,1. Del mismo modo que la jurisprudencia clásica romana no estableció un criterio rígido de distinción, nuestra jurisprudencia ha tenido que establecer de modo casuístico cuáles son los “servicios profesionales”, a partir de la enumeración, no exhaustiva, que se hace en el artículo 1967, 1 y 2 del Código Civil:

⁵² Es por ello que Carlos III debe dictar una Real Cédula de 18 de Marzo de 1783, recogida en la *Nov. Rec.* VIII,23,8 en la que se dice: *Declaro, que no sólo el oficio de curtidor, sino también las demás artes y oficios de herrero, sastrero, zapatero, carpintero y otros a este modo son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona que los ejerce; ni lo inhabilita para obtener los empleos municipales de la República en que estén avencidados los artesanos o menestrales que los ejerciten.*

⁵³ Para tal análisis utilizaremos, esencialmente, tanto el esquema como la información jurisprudencial que aparece en MARTÍNEZ GIRÓN *La contratación Laboral de Servicios Profesionales* (Santiago de Compostela 1988) en adelante citado sólo por el nombre del autor.

⁵⁴ Preceptos legales en los que se consagra tal diferenciación son el art. 1967 del Código civil, a propósito de la prescripción de acciones, y los arts. 41.2 y 321 del Código penal, interpretados en tal sentido por una amplia y reiterada jurisprudencia.

Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes: 1ª La de pagar a los jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiera realizado en el desempeño de sus cargos u oficios, en los asuntos a que las obligaciones se refieran. 2ª La de satisfacer a los farmacéuticos las medicinas que suministraron; a los profesores y maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, o por el ejercicio de su profesión, arte u oficio.⁵⁵

Los profesionales liberales gozan en España de un régimen que comparte características tanto con las artes liberales, excluidas de la *locatio conductio*, como con la *locatio operis*. Durante mucho tiempo tales actividades profesionales estuvieron excluidas de la contratación laboral, pues su independencia técnica se consideró, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como incompatible con la dependencia propia de la relación laboral.⁵⁶

Detengámonos ahora, brevemente, en el punto de partida que supone la regulación que hace el Código Civil en el título VI de su libro IV, acerca del contrato de arrendamiento. En primer lugar, en el artículo 1542 se hace una enumeración de los tres tipos posibles de arrendamiento, claramente influenciada por las concepciones pandectistas: “El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o de servicios”. Tal tricotomía tiene un contenido totalmente paralelo al ya visto para época romana. A continuación, y dejando aparte el arrendamiento de cosa, el artículo 1544 establece: “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 regulación del arrendamiento de servicios y de obras se hace en el Capítulo III del citado título, comenzando por el de servicios y desglosando luego el de obras propiamente dicho y el de transportes. Aunque el contrato de alojamiento, realizado por fondistas o mesoneros, se haya configurado como contrato de depósito (artículos 1783 y 1784 Código Civil), su responsabilidad se asimila a la de los “conductores” en el contrato de transportes.⁵⁷ De la regulación de estos contratos se deduce

⁵⁵ Como decimos, esta lista no es cerrada sino que, según criterio jurisprudencial reiterado, habrán de ser considerados como servicios profesionales los que realizan todas aquellas personas que están protegidas por el art. 321 del Código Penal, que tipifica el delito de usurpación de calidad o intrusismo. Pero, además de esta nota fundamental y exclusiva, también han de reunir otros caracteres que pueden ser comunes con otras actividades no defendidas por el delito de usurpación: onerosidad, indivisibilidad, intelectualidad (de ahí el carácter de “liberales”) y de obligada colegiación. *Cfr.* MARTÍNEZ GIRÓN, 13 ss.

⁵⁶ Sobre la dependencia, su concepto histórico, doctrinal y jurisprudencial *vid.* MONTALVO CORREA *Fundamentos de Derecho del Trabajo* (Madrid 1975) 204 ss.

⁵⁷ Art. 1601: “Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guardia y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1783 y 1784”. Esto recuerda, de modo evidente, la responsabilidad por *custodia* en la *locatio conductio operis* que deja fuera sólo los casos de fuerza mayor. *Vid.*, el art. 1602: “Responden igualmente los conductores de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor”. En el mismo sentido el art. 1784: “La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasio-

con bastante claridad que el legislador pretende establecer una distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obras atendiendo al distinto tipo de trabajo que debe ser objeto de los mismos.

La enumeración que se hace en el artículo 1586 de trabajadores sometidos a las normas del arrendamiento de servicios, “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados”, nos recuerda el primitivo arrendamiento de servicios o *locatio operarum*. Tal es la interpretación jurisprudencial en el primer tercio de este siglo, que identifica la relación de dependencia con la prestación de servicios manuales o mecánicos, por los que se reciben salarios o jornales que son característica de la “recompensa que los amos dan a sus criados”. Además, y como ya hemos visto, se exigía la nota de vinculación exclusiva y de preferencia, que, de algún modo, refuerza la idea de dependencia del trabajador respecto del empleador.⁵⁸ Tal descripción del trabajo del “obrero”, recuerda también, de forma clara, el trabajo “mercenario”.

Sin embargo, el arrendamiento de obras se caracteriza por una mayor especialidad o preparación técnica en el trabajo, lo que implica una independencia que exige la falta de subordinación respecto de quien realiza el encargo. La citada jurisprudencia de principios de siglo habla de cierta “intelectualidad” y de que la independencia del trabajador estaba ligada a la “pericia” en la realización de su cometido. Estas notas parecen derivarse directamente del carácter intelectual de los *officia liberalia*, y de la *peritia* como dato fundamental para establecer la responsabilidad del *conductor* en la *locatio operis*.⁵⁹

VIII. LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DE 1931

8. Con la aparición de una legislación laboral independiente y al margen del Código Civil, esta correspondencia de la *locatio operarum* con el arrendamiento de servi-

nados por otro suceso de fuerza mayor”. En realidad, el contrato de depósito necesario contraído por mesoneros y fondistas no se refiere propiamente, en la literalidad del art. 1783 (“Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones”), al contrato de alojamiento de personas, sino al régimen accesorio de los equipajes, que recuerdan la responsabilidad por *custodia* asumida en el *receptum* por los *nautae, cauponae et stabularii*. Sobre ello *vid.* PARIS, *La responsabilité de la custodia* (París 1926) 11 ss. y 21 ss.

⁵⁸ Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 2 de julio de 1925 (Repertorio de Jurisprudencia Civil [RJC.] t. 167, p. 449-452); de 31 de enero de 1929 (RJC t. 187, p. 463-469) y de 15 de Febrero de 1930 (Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi [Rep. Ar.] 674). *Cfr.* MARTÍNEZ GIRÓN, 24.

⁵⁹ De todos modos, se elimina en el arrendamiento de obra la necesidad de que quien hace el encargo entregue algo al trabajador (art. 1588: “Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material”), cosa que era imprescindible en la *locatio operis*. A pesar de ello, y de un modo casi inexplicable, si no fuese por la fuerza de la tradición, se sigue hablando aquí de arrendamiento sin que haya obligación de restituir nada, cuando tal restitución es consustancial a ese tipo de contrato.

cios, y de las artes liberales y la *locatio operis* con el arrendamiento de obras, se ve alterada.

Un primer intento de modificar esta situación fue la publicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, que conceptuó como verdaderos trabajadores a “los llamados trabajadores intelectuales”. Pero no hay un efectivo reconocimiento de la condición de trabajador a un típico profesional liberal hasta la STS de 17 de octubre de 1940 (Rep. Ar. 940) sobre la calificación del trabajo de un ingeniero. Pero debido a diversas reglamentaciones de trabajo, coetáneas a la sentencia citada, se restringió la contratación laboral de los profesionales hasta la STS de 21 de enero de 1964 (Rep. Ar. 460), en la cual se declara que no son necesarios los requisitos de la exclusividad y la preferencia, pues “ni la exclusividad ni el cumplimiento de precisa jornada son requisitos típicos del contrato de trabajo”. Sólo a partir de esta fecha se posibilita, de modo general, la utilización del contrato laboral para las profesiones liberales, llegándose incluso a admitir, años más tarde, la presunción de su existencia en virtud del artículo 3 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, o Estatuto de los Trabajadores.

Pero la posibilidad de que los servicios profesionales puedan ser regulados por medio del contrato de trabajo, no quiere decir que se haya producido su equiparación con los trabajos manuales. De hecho, el rasgo de la indivisibilidad, que pertenece al verdadero servicio profesional, pues no permite un cumplimiento parcial, rompe la presunción de contrato de trabajo. Dicho de otro modo, aunque es posible regular la prestación de servicios profesionales mediante el contrato laboral (de forma clara a partir de 1964), la presunción del mismo se deshace con un rasgo esencial de tales servicios, la indivisibilidad.⁶⁰ Por lo tanto, sólo se regularán mediante contrato de trabajo aquellas prestaciones de servicios en donde conste de modo expreso un pacto de remuneración no por acto sino, por ejemplo, por jornadas de trabajo. Esto no es sino el reflejo de lo establecido por la jurisprudencia romana. En efecto, supongamos, por ejemplo, la prestación de los servicios de un pintor. Lo normal será que el acuerdo consista en la obligación de entregar un trabajo terminado a cambio de un precio fijo, lo que constituye una *locatio operis*, que es indivisible; pero nada impide que se contemple en el contrato, en virtud de la libertad esencial de la voluntad contractual, no la obra terminada sino una remuneración por cada uno de los días que el pintor invierta en el trabajo. En este caso se trata de una obligación divisible que toma la forma de una *locatio operarum*.

En definitiva, frente a la esencial divisibilidad de la prestación de trabajo, se coloca la indivisibilidad del servicio profesional y su retribución por acto. Además en el análisis del régimen jurídico de la cesión de servicios profesionales debemos distinguir dos diferentes situaciones de hecho: A) aceptación de encargo único y B) aceptación de sucesivos encargos.

⁶⁰ STS. de 8 de julio de 1974 (Rep. Ar. 3472). Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, 33 ss.

A) Si se trata de un encargo único, su regulación jurídica sólo es posible en virtud de contratos extra-laborales. La naturaleza de estos contratos dependerá del tipo de prestación profesional que se demanda. 1) En casos concretos, o en circunstancias especiales, se pueden utilizar los contratos siguientes: a) de mandato, cuando los servicios profesionales requeridos implican una cierta representación, entendida ésta en sentido lato;⁶¹ b) de corretaje, si los servicios profesionales requeridos son los de un agente de la propiedad inmobiliaria;⁶² c) contrato administrativo, en los casos en los que es la Administración Pública quien realiza el encargo.⁶³ 2) Cuando no concurría ninguna de estas circunstancias excepcionales, la aceptación de un encargo único para prestar servicios profesionales debe ser regulada, según reiterada jurisprudencia, en virtud de los contratos civiles previstos en el Código Civil como “arrendamientos”, especialmente el arrendamiento de servicios.

B) En el caso de aceptación de sucesivos encargos por parte del profesional parecería lógica su regulación por medio del contrato de trabajo con una única, aunque divisible, obligación de hacer. Sin embargo, la jurisprudencia ha valorado que la retribución por acto es decisiva y presume la existencia de tantos contratos civiles cuantos encargos se hayan aceptado.⁶⁴ Distinto sería el caso de “las iguales” o compromiso, por parte de un profesional, de prestación de todos los servicios de su facultad a cambio de una cantidad periódica fija. La jurisprudencia, al eliminar el requisito de la exclusividad o preferencia en el año 1964, exige la presunción *iuris tantum* de que la iguala es salario, que hay contrato de trabajo entre el profesional y el igualado.⁶⁵

Como acabamos de señalar, cuando no concurren circunstancias especiales, la prestación indivisible de servicios profesionales también puede regularse mediante el contrato de arrendamiento de servicios. Pero, del mismo modo que la posibilidad de regular los servicios profesionales por medio del contrato laboral no supuso la equiparación con todos los demás tipos de trabajos, tampoco su regulación por medio del arrendamiento de servicios produce tal equiparación. Y ello es debido a que en nuestro ordenamiento jurídico se ha producido un desplazamiento del marco

⁶¹ Sobre todo después de la publicación del Código Civil, que en su art. 1711 párr. 2 presume la onerosidad “si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato”, en contra de su tradicional gratuidad (característica heredada también del derecho romano clásico). STS. de 1 de julio de 1924 (RJC. t. 163, p. 412-423) y STS. de 16 de Febrero de 1935 (Rep. Ar. 462). Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, 37 ss.

⁶² Existe jurisprudencia unánime, posterior a la reforma del art. 321 del Código Penal —acerca del delito de intrusismo—, que se inicia con la STS de 2 de mayo de 1963. Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, 50 ss.

⁶³ Tal relación puede tomar la forma de un contrato administrativo de obras y servicios públicos, siempre de contenido indivisible, en virtud del R.D. 1464/1985, de 17 de julio (B.O.E. de 27 de agosto). Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, 53 s.

⁶⁴ Sobre esta presunción *iuris tantum* y su destrucción, probando la falta de libertad para aceptar los encargos, MARTÍNEZ GIRÓN, 55 ss., y en especial para la reiterada jurisprudencia al respecto, 56 n. 200.

⁶⁵ La prueba en contra de la presunción corre a cargo del igualado que contrata con el profesional, que puede probar: a) que es profesional empresario él a su vez (ej.: bufete con personal contratado a su servicio); b) que hay libre designación de sustituto (ej.: caso de la sustitución de un médico); y c) que hay pacto de despido libre. Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, 59 ss.

jurídico que regula las relaciones laborales. Si antes existía una diferencia evidente entre el arrendamiento de servicios y el de obras, regulados por la legislación civil, ahora la diferencia se da entre las relaciones de trabajo que mantienen su regulación jurídica en las instituciones del Código Civil, y aquellas otras cuya regulación se ha trasladado al campo del derecho del trabajo.⁶⁶ El artículo 1 de la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 establece:

Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que sea su denominación, aquél en virtud del cual una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales, obligándose a ejecutar una obra o a prestar un servicio a uno o varios patronos o empresarios o a una persona jurídica de tal carácter bajo la dependencia de éstos mediante una remuneración, sea la que fuere la clase o forma de ella.

Este contrato de trabajo, como vimos, ya no se diferencia de la prestación de servicios profesionales ni en la intelectualidad, ni en el tipo de remuneración, ni en la vinculación exclusiva, sino en la indivisibilidad o remuneración por acto, característica que concede a los profesionales liberales una independencia de la que no se goza en el contrato de trabajo, como expresamente se dice en el artículo reproducido.⁶⁷ Pero incluso este rasgo de la independencia o no del trabajador, que justifica el seguir utilizando los criterios de la *locatio operarum* u *operis*, ha cambiado de significado. Si una relación laboral se constituye como contrato de trabajo, aquella primitiva idea de sometimiento cuasi-servil al *dominus*,⁶⁸ se ha transformado hoy, paradójicamente, en una dependencia que supone unas mayores garantías para el trabajador, por lo que se refiere a la estabilidad en el empleo y a mejoras o “prestaciones sociales”, conseguidas, frecuentemente, a través de la negociación colectiva. El vínculo más fuerte entre empleador y empleado, propio de la *locatio operarum*, se mantiene en el contrato de trabajo actual, pero ahora en

⁶⁶ MONTALVO CORREA *Fundamentos de Derecho del Trabajo* (Madrid 1975) 249 ss., examina el contexto social y jurídico en el que se produce este paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo. Esta nueva figura del contrato de trabajo supone un intento laudable de superar la consideración servil del trabajo, tal y como venía regulado por el arrendamiento de servicios. Sin embargo, esta superación conceptual evidente, no ha ido acompañada, como veremos a continuación, de una superación de los esquemas romanos del trabajo subordinado.

⁶⁷ La redacción del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de Marzo; B.O.E., de 14 de marzo), al utilizar una terminología pretendidamente más democrática y menos autoritaria, ha suprimido la referencia expresa a la dependencia, pero sigue manteniendo la idea de una cierta subordinación: “La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. La sujeción al poder de dirección del empresario, que no es otra cosa que la dependencia, viene desarrollada por el ET. en otros preceptos (arts. 23; 29; 40; 41. 1 y 3; 50. 1a).

⁶⁸ A pesar de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, está considerado como legalmente nulo todo acuerdo realizado de por vida (art. 1583 del Código Civil: “...El arrendamiento [de servicios] hecho por toda la vida es nulo”), imposibilitando las relaciones cuasi-serviles. Sobre la historia de las ideas filosóficas que permitieron la exclusión de tales relaciones *vid.* ALONSO OLIVA *De la servidumbre al contrato de trabajo* (Madrid 1979).

beneficio del trabajador. Por el contrario, si la contratación de servicios profesionales se realiza, como es habitual, por medio de los contratos civiles o administrativos, que hemos visto, la independencia del trabajador, propia de la *locatio operis*, se traduce en que la rescisión unilateral por parte del patrono es más fácil de conseguir y se evitan toda esa serie de ventajas o prestaciones sociales al trabajador. Es desde esta perspectiva desde la que cobra sentido el ánimo proteccionista al trabajador, por parte de la legislación laboral, imponiendo las presunciones de existencia de contrato de trabajo (tanto la del artículo 3 del ET para los profesionales liberales, como la jurisprudencial acerca de las "iguales"), que le es mucho más beneficioso.

IX. EL DERECHO LABORAL ESPAÑOL

9. De todo lo que hemos expuesto puede deducirse un dato objetivo o de experiencia: nuestro derecho laboral actual, aún a pesar de las grandes modificaciones incorporadas, no ha abandonado los esquemas generales fijados por los juristas romanos. Y ello a pesar de la superación del contrato de servicios por el contrato de trabajo.

Pero esto no debe ser interpretado o entendido como un interés en la perpetuación de una regulación iniciada con las relaciones serviles. En nuestra condición de romanista no hemos pretendido más que constatar la pervivencia, en una parcela de nuestro ordenamiento jurídico, de las concepciones jurisprudenciales romanas, pero sin incluir ningún juicio de valor.

De hecho, es un romanista insigne quien en la actualidad está proponiendo el cambio de los esquemas jurídicos vigentes con respecto a la prestación del trabajo. En efecto, Álvaro d'Ors propone, dentro de una más amplia perspectiva de actualización del concepto de derecho,⁶⁹ una revisión o reforma del concepto mismo de empresa. Ya en 1943, y partiendo de la necesidad de superar la crisis en la que ya entonces se encontraba el derecho civil, manifiesta la necesidad de superar el concepto de derecho subjetivo contemplado desde un esquema estático utilizado por el derecho de Pandectas. Tal superación vendría por la vía de un concepto dinámico o procesal del derecho, de modo semejante a como se estaba realizando en el derecho laboral, entonces incipiente. Pero, como por intuición, afirma que el camino que este derecho parece iniciar, reuniendo disposiciones dispersas, no parece que sea el que puede llevar a la formación de ese nuevo derecho. Hay que revisar, según Álvaro d'Ors, los conceptos anticuados y superados del derecho civil

⁶⁹ Sobre el derecho como "orden de servicios judicialmente exigibles", en donde se integra el trabajo como "servicio justo" *vid.* GÁNDARA-MOURE *El concepto de derecho en Alvaro d'Ors* (Santiago de Compostela 1993) 195 ss. *Cfr.* también Ana María Guadalupe ALVARADO LARIOS *El servicio del trabajo como concepto fundamental del Ordenamiento jurídico*, "pro manuscrito" (Pamplona 1992) 349 ss. Se trata de una tesis doctoral leída en la Universidad de Navarra, bajo la dirección de Álvaro d'Ors, en la que se desarrolla la idea de caracterización del trabajo como servicio exigible.

a la luz de los nuevos que ofrece el derecho laboral, pero se muestra convencido de que tampoco éste nos va a ofrecer la panacea a la actual crisis.⁷⁰ Esta intuición viene a ser confirmada bastantes años después, en 1985,⁷¹ abogando por la reunificación en un nuevo derecho civil del estudio de las instituciones jurídicas en las que se desarrolla la prestación del trabajo. Se trataría de dar marcha atrás en la desmembración que ha tenido lugar en el seno del derecho civil, ya que, por un lado, la empresa es estudiada por el derecho mercantil desde los postulados del liberalismo económico; sin embargo, y por otro lado, el contrato de trabajo pasa a ser estudiado por un derecho laboral, que atrae a su estudio una serie de instituciones totalmente ajenas a su origen civilístico, y con unos planteamientos muy distantes de aquel liberalismo. Por ello, propugna una revisión de la empresa —ya preconizada unos años antes—,⁷² que se base en un orden laboral no conflictivo y que debería apoyarse en un nuevo orden jurídico. Tal nuevo orden debe pasar por una superación de la actual configuración de la empresa. Generalmente, esta configuración establece la formación de sociedades anónimas que dan la condición de socios a meros prestamistas de dinero y, por el contrario, excluyen de tal condición de socio al trabajador.⁷³ La situación actual, según el profesor Álvaro d'Ors, viene a perpetuar la consideración servil del trabajo productivo: el trabajador sigue siendo objeto de arrendamiento, pues produce unos “frutos”. Su proposición se centra en dos puntos fundamentales. En primer lugar, el inversionista debe considerarse como un mero prestamista, no como socio; pero en virtud de los riesgos que corre su expectativa de recoger dividendos, deben asegurársele unos intereses elevados y debe tener derecho, también, a unas garantías que pasen por el derecho a la información y aún por cierto control de la gestión en beneficio de sus intereses económicos. En segundo lugar, y es lo que más nos interesa aquí, la empresa debe configurar sus relaciones con los trabajadores, no por medio de un contrato de trabajo, sino con un contrato de sociedad. De esta forma, la empresa se convertiría en una forma de convivencia laboral con personalidad jurídica libre —no como cosa en propiedad de los “socios capitalistas”— y constituida por los que se integren responsablemente en ella y vivan de ella.

Tales proposiciones pueden ser objeto de distintas valoraciones, pero, en definitiva, vienen a propugnar el abandono del “arrendamiento” de los servicios del trabajador en favor de la constitución de un contrato de sociedad, dentro de la

70 A. d'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* (Salamanca 1943) 24 ss.

71 *Id.* *Prelección jubilar* (Santiago de Compostela 1985) 27 ss.

72 *Id.* “Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa” en *La Ley* 74 (Buenos Aires 1979) 1-2.

73 *Id.* “La función de la propiedad en la historia del ordenamiento civil” en *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a F. Valls i Taberner* (Barcelona 1988) 2859 ss. En esta conferencia pronunciada en la Universidad de La Coruña, pasa revista a sus puntos de vista sobre la reforma del concepto de derecho y vuelve a hacer hincapié en la necesaria reforma de la empresa. Todas estas proposiciones han tenido un escaso eco en el mundo del derecho laboral, si exceptuamos las valiosas aportaciones en este campo del catedrático de Derecho del trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela, Gonzalo DIEGUEZ CUERVO. *Vid.*, por todas, su reciente contribución: “Nueva función del trabajo en el orden de la empresa” en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo* 62 (nov.-dic. 1993) 841 ss.

nueva concepción de la empresa. Esta sugerencia, que parte del ámbito romanista, creemos que nos libera a los que nos dedicamos al estudio del derecho de Roma de toda sospecha de querer perpetuar una situación nacida en un entorno socio-jurídico totalmente superado en la actualidad.

Porque, aún en el caso de que la propuesta comentada tuviese éxito y el contrato de sociedad se estableciese como medio para regular las relaciones entre trabajadores y empresa, también en este caso el derecho romano tendría su lección que dar a los juristas actuales. No en vano se debe al gran jurista de la época republicana Servio Sulpicio Rufo la aprobación de la existencia de un socio que aportara, no bienes, sino sólo sus propias energías de trabajo.⁷⁴ A partir de entonces se puede hablar de “socio industrial”.

En todo caso, a pesar de que hoy en día la calificación de las relaciones de trabajo no se basan en construcciones doctrinales de técnica jurídica, sino que el voluntarismo político-jurídico, bajo la forma de positivismo legal, invade el campo del derecho laboral, estimamos que el conocimiento de la tradición jurídica clásica (utilizando el término “clásico” en su acepción más genuina de “modelo digno de imitación”), puede seguir siendo de gran utilidad al jurista moderno. Pero, todo ello, sin olvidar la también clásica idea de que todo pueblo que desconoce su historia es un pueblo que está condenado a repetirla.

⁷⁴ Gayo nos transmite las diferencias de opinión entre los dos insignes juristas de la primera etapa clásica, Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo, siendo la opinión de este último la que prevaleció, en Gai.3,149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quinius Mucius contra naturam societatis esse sensit. Sed Servius Sulpicius cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. Vid.*, también, en el mismo sentido, D.17.2.29.1 y D.17.2.30.