

Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra *

JUAN A. SAGARDOY BENGOCHEA

Encargado de la Cátedra de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Zaragoza

Law must be stable and yet it cannot stand still (Roscoe Pound, *Interpretations of legal history*, 1923, p. 1.)

SUMARIO: *Introducción.—I. El contrato de trabajo* (arrendamiento de servicios) *y el contrato de ejecución de obra*: 1. Antecedentes.—2. Examen de los criterios distintivos: A) Obligaciones de actividad y de resultado: a) En el arrendamiento de servicios; b) En el contrato de ejecución de obra; c) Conclusión.—B) El valor de la dependencia como elemento diferenciador.—C) El criterio temporal: Prestación instantánea y prestación de duración.—D) La asunción de los riesgos: a) Riesgos de ejecución y riesgos de explotación; b) Asunción de los mismos en el arrendamiento de servicios y en la ejecución de obra.—II. *Contrato de ejecución de obra y contrato de empresa*.—III. *La admisión del contrato de ejecución de obra en el Derecho del Trabajo*.

INTRODUCCION

Uno de los problemas de mayor entidad, entre los que tiene planteados el Derecho del Trabajo, es el de sus límites. Consagrada su autonomía científica, la base de ésta no reposa tanto sobre los sujetos como sobre “la singular naturaleza del trabajo humano en cuanto objeto de una relación jurídica” (1). Hoy parece incontestable que el objeto del Derecho del Trabajo es el *trabajo libre por cuenta ajena*, que al estructurarse en el llamado contrato de trabajo, constituye —la disciplina jurídica de éste— “*la zona centrale e fisionomica del Diritto del lavoro*” (2).

* Este artículo será publicado en Italia, en un volumen dedicado a la memoria de Ludovico Barassi.

(1) ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid 1963, página 122.

(2) BARASSI, *L'Elementi di Diritto del lavoro*. Milano 1957, pág. 2.

Sobre el contrato de trabajo como presupuesto del Estado de Derecho Social puede consultarse el documentado estudio de PÉREZ BOTIJA, *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*. Madrid 1958, págs. 24 y ss.

Respecto a la dependencia, si bien es exigida comúnmente en los distintos Ordenamientos, para la configuración del contrato laboral, es muy cuestionada en la doctrina (3). Hoy la tendencia más acusada en el Derecho del Trabajo es la expansiva, hasta el punto de querer configurarlo como el Derecho de la actividad profesional (4). Sin entrar en tal cuestión, nuestro intento se limita al examen del contrato de ejecución de obra, viendo si reúne los caracteres de un contrato de trabajo, si bien sea especial.

El interés teórico-práctico del tema es evidente de por sí. Incide, además, en un momento histórico de la evolución del Derecho Laboral, realmente apto para su planteamiento. Concretamente, en el tránsito de la singularidad de tal rama jurídica desde el plano subjetivo (aquel "Derecho especial de los trabajadores dependientes") al objetivo (Derecho del *trabajo*, libre, por cuenta ajena) (5).

En tal tesitura, lo que se pone una vez más de relieve es la relatividad de los conceptos jurídicos, que no son dogmáticos, sino históricos (6), ya que la noción del Derecho es fundamentalmente práctica, no reposa sobre ideas, sino sobre hechos (7), siendo la realidad social la que lo condiciona, en cuanto deben tenerse en cuenta, por aquél, sus insoslayables exigencias (8).

Enfrentar era palpable realidad —la ejecución de obra para un tercero— con el Ordenamiento laboral, es el objeto de nuestro análisis.

(3) Vid. BAYÓN, G.. *El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo*. "Revista Derecho Privado". Junio 1961, y la lograda síntesis que hace de las distintas posturas doctrinales respecto a la dependencia en pág. 456, nt. 56.

(4) Así LOTMAR, LEGA, DURAND, DEVEALI, BAYÓN, entre los más representativos, aunque difieran al matizar sus posiciones doctrinales.

(5) Agudamente observa ALONSO OLEA que el sentido protector del Derecho del Trabajo sólo se conserva hoy en la regulación de los accidentes de trabajo, y esto, "porque sus sujetos no son propiamente trabajadores, sino los trabajadores accidentados, lo cual es cosa muy distinta", en *Introducción...* cit., pág. 122. Insiste sobre el tema en *Principio de congruencia e irrenunciabilidad de derechos*, An. de Derecho Civil. XV-II, 1962 e incidentalmente en *La empresa desde el punto de vista social* (La Empresa, Madrid 1962), en donde afirma refiriéndose a la responsabilidad extracontractual que "es tuitivo todo Derecho que tiene por sujetos a accidentados, hacia cuya protección esta psicológicamente predispuesta nuestra cultura", pág. 74.

Asimismo BAYÓN, afirma que el momento de lo tuitivo, como imperativo de la conducta del juez ha pasado ya para el Derecho del Trabajo. Vid., *La Seguridad Jurídica y el Derecho del Trabajo* en Estudios en honor de PÉREZ SERRANO, Madrid 1959, II, págs. 683 y ss.; BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid 1963, I, pág. 228.

Más genéricamente PÉREZ BOTIJA, *El Estado...* cit.

(6) Vid. Díez PICAZO, *El sentido histórico del Derecho civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre 1959; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova 1953; FRANCISCI, *Del Derecho romano al Derecho moderno*, "Revista Derecho Privado", septiembre 1955; ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, "Riv. Dir. Lav." 1958, 4; SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris 1959.

(7) Vid. LIEVENS, R., *La relativité des concepts juridiques*, en Rev. de Droit international et de D. comp., 1958, 2-3, págs. 76 y ss.

(8) Vid. GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*, Sevilla 1961, pág. 56.

Si bien sea obligado añadir que:

- sin perjuicio de anotaciones de Derecho comparado, nos referiremos principalmente al Derecho del Trabajo español.
- no intentamos estudiar —*via recta*— el régimen jurídico total del contrato de obra, sino más bien individualizarlo —aunque para ello tengamos que tener en cuenta aquél (9)— y pronunciarnos sobre su inclusión en el Derecho del Trabajo.
- y, por último, que todo ello representa un modesto homenaje póstumo a Lodovico Barassi, cuya vida y obras constituyen el mejor aval de su personalidad científica y humana (10).

I. EL CONTRATO DE TRABAJO (ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA) (11)

1. Antecedentes (12)

La Pandectística del siglo XIX (13) agrupó la *locatio conductio* romana en tres variedades: *loc. cond. rei*, *l. c. operis* y *l. c. operarum*, según que la obligación de uno de los contratantes, a cambio de una *merces*, consistiera en ceder el uso temporal de una cosa, en prestar

(9) Conste expresamente mi convicción de que es de todo punto insoslayable para analizar una figura jurídica, atender al régimen que le otorga el Derecho positivo. Todo concepto es un régimen. “La mejor defensa —dice GARRIDO FALLA— de cualquier tesis jurídica (prescindiendo naturalmente de las cuestiones de *lege ferenda*) está siempre en encontrar una disposición, incluso de rango secundario, que coincida con ella” en *Dos métodos...* cit., pág. 68. Lo contrario significaría el “sacrificio de la realidad —que es la vida del Derecho— a la lógica —que es la arbitrariedad personal en muchos casos—”, dice BORRAJO, E., en *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid 1962, página 85, el cual aplica con fortuna tal postura metódica para dilucidar el debatido tema de la naturaleza jurídica de la cuota del seguro social.

Con tal salvedad y, precisamente, por el tema de nuestro estudio, serán indispensables ciertas observaciones de *iure condendo*.

(10) Citar su abundante producción científica, civil y laboral, excede de nuestro intento. Baste decir de BARASSI que fue un maestro, dejando un legado científico de inapreciable valor.

(11) “El arrendamiento puede ser de cosas o de obras o servicios”, dice el artículo 1.542 del Código civil (C. c.). Sin embargo, si el término arrendamiento es plenamente apropiado para el de cosas no lo es tanto para el de servicios u obra. Para el de servicios por la implicación de la persona humana; por ello, el laboral se denomina contrato de trabajo, quedando reservado el de arrendamiento de servicios para los no laborales o civiles, lo cual es igualmente criticable. Para el de obra sólo es apropiado en cuanto que se arrienda temporalmente material por el comitente para que el contratista ejerza sobre aquél su actividad y le devuelva después la obra hecha. Este sentido de arrendamiento de obra, que parece el genuino, nos indica, como veremos más adelante, la dificultad de configurar como contrato de obra aquél en el cual el contratista ponga el material (distinto de los útiles de trabajo).

(12) No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de los mismos, sino simplemente y por razones de sistema una breve alusión. Puede consultarse el documentado estudio de DI ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel Diritto Romano*, Milano 1946, y BAYÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid 1955, con un sugestivo estudio del trabajo en Roma, págs. 33-116.

(13) Aunque OLIVIER MARTÍN lo atribuye al holandés JEAN VOET.

servicios o en ejecutar una obra, respectivamente (14). Sin embargo, aparece hoy claro que tal tripartición debió de ser desconocida para la jurisprudencia clásica (15), siendo la *locatio* un tipo contractual único (16), al menos hasta el siglo III (17). Es precisamente la preponderancia del elemento *locare* lo que permite a la jurisprudencia romana elaborar un concepto unitario que abarque las variedades que la realidad jurídica ofrece para este contrato (18).

Fundamentalmente —siguiendo a D'Ors— se distinguen dos tipos de *locatio*: la locación de cosa (*rei*) y de obra (*operis*). Un tipo especial de la primera es la locación de un esclavo que es arrendado a otro, ganando una merced para su amo: es un *mercennarius* (19). Pero también —aunque sea poco frecuente al principio— puede una persona libre hacer esos trabajos serviles a cambio de una merced en propio provecho: tenemos entonces la *l. c. operarum*, por la que el arrendador *locat operas suas* (20). En este arrendamiento de servicios la merced es proporcional a la cantidad de trabajo y no a la obra hecha; por otra parte, el contrato se extingue al terminar cada jornada, concertándose tácitamente para la siguiente (21). Finalmente, es interesante señalar la opinión de D'Ors de que la locación de servicios se extendió a las relaciones de servicios profesionales dignos, cuando eran retribuidos (22).

En la *l. c. operis* se loca una cosa para que el *conductor* realice, a cambio de un precio, una operación determinada con aquella cosa. El objeto del contrato no es el trabajo, sino el resultado, el *opus perfectum* (23). La operación a realizar puede ser muy variada: reparar, instruir, fabricar, transportar, etc., siendo un elemento primordial el

(14) En consecuencia todos los Códigos de corte napoleónico recogen tal tripartición. Vid., artículo 1.542, C. c.

(15) Así lo afirman MAYER-MALY. *Locatio conductio*, Viena 1956, págs. 17 y ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in Diritto romano* "Riv. int. scie. giur.", 1927 (2) y 1928 (3). BAYÓN, *La autonomía...* cit. ARIAS RAMOS, apoya su afirmación sobre la unidad de la *locatio* en que no se presenta la tripartición ni en las *Instituciones*, de GAYO, ni en el título *locati-conducti* del Digesto (19,2), y en que los términos *locator-conductor* no se pueden traducir por arrendador y arrendatario, ya que tales palabras en la terminología latina no se refieren al precio, ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces paga el *conductor* y otras el *locator* (Derecho Romano, Madrid 1960, II, página 623).

(16) SOHM-MITTEIS- WENGER, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad. W. ROCES), Madrid 1928, pág. 377.

(17) Así lo afirma GUARINO, *Spirito del Diritto Romano en materia del contratto individuale*, Dir. e giur., en-mar. 1950.

(18) D'ORS, A., *Elemento de Derecho Privado romano*. Pamplona 1960, página 360.

(19) D'ORS, A., *Elementos de Derecho Privado romano*. Pamplona 1960,

(20) D'ORS, op. cit. loc. cit.

(21) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit. I., pág. 20.

(22) Op. cit., pág. 363. Sin embargo parece primar la opinión de que las *operæ liberales* se encajaron en la *l. c. operis*, mientras las *illiberales* en la *l. c. operarum*, distinguiéndose así el trabajo manual del intelectual.

(23) D'ORS, op. cit, pág. 363 y ampliamente Di Robertis, *I rapporti...* cit.

hecho de responder el *conductor* del deterioro o pérdida de la cosa, incluso por impericia ajena, en especial la de los auxiliares en su trabajo, aunque, y esto es importante, el *locator* asume los riesgos derivados de fuerza mayor (*periculum locatoris*) (24) ajenos a aquel oficio y de todos los que dependan de su propia negligencia (por ej., no avisar los defectos que tiene la cosa y que son la causa del daño). Por último, parece esencial al contrato, que verse sobre materia *qui locat* el comitente, para realizar sobre ella la obra: "*nec posse nullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret*" (25). Si así no fuera, el contrato existente sería la compraventa—*emptio venditio*—y no la locación (26).

En el Derecho germánico el contrato de obra tiene su punto de partida "en los contratos de los trabajadores manuales o artesanos—*Handwerker*—que realizaban su trabajo por encargo de alguien a cambio de una remuneración: la obra así realizada recibía el nombre de *Lohnwerk* o *Kundenwerk*" (obra a retribución o encargo, en contraposición al trabajo a la venta—obras hechas por el artesano para después venderlas—) (27).

Respecto a su régimen—al menos, en el Derecho común—, difiere muy poco de lo que antes hemos visto.

En la Edad Media el contrato en cuestión estaba bien reglamentado. Se fijaba el precio que cada uno podía recibir por la obra, según fuera la calidad (28). Cuando surge la industrialización, el contrato de ejecución de obra pierde valor porque el que necesita un artículo, en lugar de mandarlo hacer, lo compra hecho; por ello cobra un mayor interés el contrato de arrendamiento de servicios.

Al desaparecer los Gremios los dos contratos pasan a los Códigos civiles, englobados junto con el arrendamiento de cosa, en el género *arrendamiento*. Ahora bien, si en el Derecho romano no existía una sustancial diferencia de estructura dogmática, sino una distinción empírica del objeto (29), en nuestros días no es así. Hoy la distinción es esencial entre el arrendamiento de cosas y los de obra o servicios. Ver en qué medida y por qué existe o pueda existir tal distinción entre los dos últimos es lo que examinaremos a continuación.

(24) IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1958, pág. 381. BAYÓN-P. BO-TIJA, *Manual...* cit., pág. 21. Sobre la cuestión volveremos al tratar de la asunción de los riesgos. Baste decir que el *conductor* podía asumir una responsabilidad total si hacía una declaración expresa en tal sentido—*receptum*—, entendiéndose la jurisprudencia, desde LABEÓN, que aún sin tal declaración existía *receptum* tácito por parte de los navieros—*nautae*— (salvo lo previsto en la *Lex Rhodia* para el transporte marítimo), posaderos—*caupones*— y establecimientos—*stabularii*—. Vid. D'ORS, op. cit. loc. cit.

(25) Dig. 18, 1, 20, que se aplica en general a la *locatio*.

(26) IGLESIAS, op. cit., pág. 381; D'ORS, op. cit., pág. 363.

(27) PLANITZ, H., *Principios de Derecho privado germánico* (Trad. MELÓN, C.), Barcelona 1957, pág. 251.

(28) Para el Derecho español, vid. por todos a BAYÓN, *La autonomía...* cit., al cual nos remitimos.

(29) PERGOLESI, F., *Introduzione al Diritto del lavoro*, en BORSI-PERGOLESI, *Trattato de Diritto del lavoro*, Padova, 1955, I, pág. 12.

2. Examen de los criterios distintivos

Si teóricamente parece fácil la distinción (30), la verdad es que hoy en día los caracteres de ambos contratos se han mezclado, sin ofrecer en la práctica la limpidez y exactitud que poseen en la teoría. “Las necesidades múltiples de una vida cotidiana febril como la actual—escribe Barassi (31)—han insinuado en cada uno de ellos algunos elementos, casi diría perturbadores, que empañan la simplicidad del tipo y hacen de estas relaciones, a veces, algo indefinible e híbrido.”

Los autores han intentado delimitar ambas figuras poniendo el acento en diversas notas distintivas, sin lograr siempre un acuerdo sobre el valor de las mismas. Con todo, la polémica se agudiza al tratar de incluir el contrato de ejecución de obra, una vez delimitado, en el ámbito laboral (32).

En nuestro Código civil ambos contratos—con notable confusión—se encuadran en el Título VI bajo la rúbrica general “Del contrato de arrendamiento”, diciendo en el artículo 1.544 que “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” (33). En el capítulo III del mismo Título se trata por separado el “servicio de criados y trabajadores asalariados” (arts. 1.583-1.587) y las “obras por ajuste o precio alzado” (arts. 1.588-1.600), sin que, aparte de la insuficiencia de tales preceptos (34), se nos diga nada nuevo sobre los caracteres de ambos contratos.

La publicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 26-I-1944 (35) no ha significado realmente ningún adelanto en el empeño.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) en diversas ocasiones ha distinguido ambas figuras con bastante nitidez. Especialmente en la sentencia de 22-II-1954, que por su interés transcribimos

(30) Es normal efectuar una triple distinción: arrendamiento de servicios con dependencia (contrato de trabajo) o sin ella (a. de servicios civil) y finalmente contrato de obra.

(31) *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, Milano 1901, página 29. Asimismo DURAND, P., *Traité de Droit du travail*, París 1950, II, páginas 233 y ss.

(32) Como dice ALONSO OLEA, “al tratar de dar estructura a esta nueva rama del Derecho (del trabajo) la dificultad, existente en numerosos supuestos, de diferenciar el arrendamiento de servicios—hoy contrato de trabajo—de determinadas modalidades de arrendamiento de obra, hizo que éste quedara semidespreñado del Derecho civil y semiincorporado al nuevo Derecho del trabajo”, en *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid 1955, pág. 68.

(33) Aún dejando de lado la pobreza técnica de tal definición se le podría objetar el uso del término *servicio*, ya que distinguir un servicio determinado de una obra es realmente difícil. Tanto es así que ADNET distingue la ejecución de obra del arrendamiento de servicios, en que en la primera se suministra un *servicio*, mientras que en el segundo lo que se prestan son *servicios*. En *Le louage des services*. París 1892, pág. 5.

(34) Es clara especialmente en lo que se refiere al arrendamiento de servicios, configurado con un matiz claramente individualista.

(35) En el apartado III veremos la inclusión del contrato de ejecución de obra en la Ley de contrato de trabajo.

en su casi totalidad. Dice el TS: “la diferencia de mayor relieve entre las expresadas modalidades contractuales está en su aspecto económico, pues en el contrato de trabajo se retribuye el *tiempo* y en el de obras el *resultado*, de donde se sigue que el riesgo de trabajo en el contrato de esta denominación lo asume el empresario a quien se presta el trabajo, y en el de obras corre a cargo del contratista, el cual no puede exigir una retribución si la obra se destruye antes de entregarla y responde, después de entregada, de los vicios que determine su ruina (arts. 1.590-91 C. c.). En el contrato de trabajo el *locator* no tiene interés económico en el resultado, salvo en algunas modalidades de participación en los beneficios de la empresa, siendo, por tanto, su interés la *percepción del salario*, mientras que en el contrato de obra no se concierta salario, sino la retribución en que se calcula el coste de la obra, buscando el *locator* (36) una *ganancia aleatoria* en compensación de su trabajo y, a veces, de los elementos materiales que suministre. El contrato de trabajo no puede ser *rescindido* por el empresario, sin justa causa predeterminada en la ley, mientras que en el de obras puede el dueño rescindirle a su voluntad, con la oportuna indemnización (art. 1.594). El contrato de trabajo implica *subordinación* del trabajador en la realización del trabajo que la empresa dirige, en tanto que en el de obras la dirección corresponde al contratista, sin más que sujetarse a las condiciones pactadas, y por ello la realiza *por su cuenta y riesgo*, respondiendo del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra (art. 1.596 C. c.) (37)”.

Esta sentencia recoge de modo casi exhaustivo los tradicionales rasgos característicos de ambos contratos y puede constituir una pauta para el desarrollo de nuestro estudio.

A) *Obligaciones de actividad y de resultado*

En el Derecho romano, piensa Lorizio (38), de la *l. c. operarum* en la cual sólo se tenía en cuenta la cantidad de trabajo prestada, la jurisprudencia habría distinguido la *l. c. operis*, en la cual el deudor del *opus* se obligaba a cumplir un determinado trabajo en su totalidad.

El configurar el contrato de trabajo (arrendamiento de servicios)

(36) En este supuesto lo correcto sería decir *conductor* y no *locator*.

(37) RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina laboral del Tribunal Supremo*, Madrid 1955, II, pág. 36. El TS tras distinguir ambos contratos concluye, siguiendo su constante criterio, que el de ejecución de obra queda fuera del ámbito laboral.

(38) *Il contratto di appalto*, Padova 1939, pág. 7. MENGONI, sin embargo, pone en duda, en un excelente estudio, la distinción con base en el resultado, ya que “tanto poco le opere si confondono con l'idea di una semplice applicazione soggettiva del lavoratore che la locatio operarum originariamente inquadrata dai giuristi classici sullo schema dell'obbligazione di dare (dare operas) fu costruita dai bizantini come una figura de obbligazioni di facere (facere operas), in termini perfettamente simmetrici a quelli della locatio operis. Il conductor operis ed il locator operarum promettono entrambi aliquid faciendum cio é un risultato: ut pote fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas (D.45, I, 72) en *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi*. “Riv. Dir. Com., 1954, I, pág. 191.

como de actividad y el de ejecución de obra como de resultado, se encuadra en la más genérica distinción elaborada por la doctrina francesa y alemana entre las obligaciones de resultado y obligaciones de actividad o comportamiento (39). En las primeras el débito consiste en una realización final en la cual se resuelve, con plena satisfacción, el fin económico del acreedor, mientras que el objeto de las llamadas obligaciones (40) de actividad, es solamente un comportamiento cualificado por un cierto grado de conveniencia o utilidad (41).

Proyectando tal distinción al campo laboral, una corriente doctrinal—cada vez menos seguida—sostiene la correspondencia del contrato de trabajo (42) y del de ejecución de obra con el binomio actividad-resultado, respectivamente. En el arrendamiento de servicios lo que se pretende por el acreedor es que el trabajador le preste sus energías de trabajo según las directrices que se le marquen (43). Por tanto, el tra-

(39) La terminología es muy variada, pero en esencia responde a lo mismo. Los primeros intentos distintivos, se encuentran según afirma SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova 1957, I, pág. 78, núm. 114 en FISCHER, H., *Vis maior vim Zusammenhang mit unmöglichkeit der leistung*, en IHERINGS JAHR-BÜCHER, 1897, págs. 254, 267 y 269, el cual habla de obligaciones subjetivas (luego llamadas de *medios*) y obligaciones objetivas (después denominadas de *resultado*). BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, Berlín, 1910, págs. 330 y ss. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en "Riv. Dir. Civ.", 1918, pág. 350.

Más tarde aparece ya netamente enunciada la distinción en DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, París, 1925, V, págs. 538 y ss. (que distingue obligaciones de *medio* y de *resultado*). MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, París, 1947, I, pág. 108 y TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*. "Riv. Dir. Com.", 1947-48, I, páginas 126 y ss.

Una amplia exposición crítica reciente en MENGONI, *Obbligazioni...* cit. SUPPIEJ, op. cit., pág. 79, prefiere usar la expresión de "*obbl. di comportamento o di contegno*", más correcta a su juicio que la de obligaciones de "*medios*". MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957, páginas 15 y ss., propone el término de "*obbl. di (mera) attività*", con cuyo término entiende el autor el *opus* en sentido genérico, es decir, la ejecución de una fase del proceso productivo en vistas del término final. Aún siendo meritoria la precisión terminológica, en este punto, tal variedad de términos para designar el mismo fenómeno nos parece un tanto bizantina, con peligro de confusión para los lectores.

(40) Es más correcto hablar de *obligaciones* que de *contratos* de actividad o de resultado, por la correlación existente entre contenido del contrato y obligaciones derivantes del mismo. Cfr. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino 1956, pág. 54.

(41) ARANGUREN, A., *La qualifica nel contratto di lavoro*. Milano 1961, página 16.

(42) Cuando utilizamos el término, contrato de trabajo, sin más especificación, lo entendemos como arrendamiento de servicios.

(43) DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*. Torino 1931, II, página 149. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1952, IV, pág. 466. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*. Madrid, 1950, X, pág. 894, aunque señala que ambos contratos recaen sobre el trabajo "bien en sí mismo considerado (a. de servicios), bien en la concreción del llamado producto u obra (a. de obra)". HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*. Madrid 1960, I, páginas 123-124, que distingue las prestaciones de actividad y de resultado, en atención

bajador es deudor de actividad y el contrato que lo vincula con la otra parte será un contrato del mismo nombre (*Tätigkeitsvertrag*) (44). El derecho del acreedor, por tanto, es solamente un derecho a la prestación que ha sido el objeto del contrato; ello explica la prohibición de que se preste el trabajo por un tercero, distinto del deudor, el cual realizaría el *interés* del acreedor, pero no su *derecho* (45).

En la ejecución de obra, por el contrario, lo que busca el comitente es un resultado concreto, por el cual, y mediante su entrega, paga el precio convenido, al contratista. Existe un señorío del sujeto sobre el bien debido, pero tal bien consiste, no ya en la actividad del obligado, sino en aquello que se dirige a tal actividad (46). Es, por tanto, un contrato de resultado (*Erfolgsvertrag*) (47).

La utilización de tal criterio ha sido duramente criticada. Corrado, que dedica al asunto un amplio estudio (48), opina que hay que “negar radicalmente la posibilidad de establecer una neta contraposición entre un contrato de trabajo que tiene por objeto la prestación de *operae* implicando un deber de esfuerzo, y un contrato de obra que tiene por objeto el perfeccionamiento de un *opus*, es decir, la prestación de

a los fines útiles del contrato según que jurídicamente queden fuera de la prestación o formen parte de la misma. LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. J. SANTOS), Madrid 1959, II, pág. 306. HADEMANN, *Tratado de Derecho civil*. Madrid 1958, III, pág. 414, aunque une además el elemento *tiempo* (pág. 415).

(44) DE LA VILLA, L., opina que se estará ante una forma contractual u otra según que el personal deba *trabajar* o deba *realizar un trabajo*; distinción difícil, pero útil a su juicio, en *Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración pública*. Doc. Admva., Madrid, junio 1962, pág. 9 (separata).

Vid., asimismo, MOLITOR, *Das wesen des Arbeitervertrages*. Leipzig 1925, páginas 21 y ss.

(45) Vid. ORLANDO, S., *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*. Milano 1938, pág. 141.

(46) NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milano 1936, pág. 79.

(47) MOLITOR, op. cit. loc. cit.

Como dice ALONSO GARCÍA, “ambas partes quedan... sometidas a una relación de intercambio en la prestación del contratista se circunscribe a un *momento determinado* y se concreta en un *resultado preciso*”, en *Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra*. Cuad. de Pol. Soc. núm. 45, pág. 22.

No compartimos, sin embargo, la opinión de CASSI, para el cual el contenido del *rapporio di lavoro autónomo* puede consistir en “un dar, en un consignar o en un hacer”, en *La subordinazione del lavoratore nel Diritto del lavoro*. Milano 1961, pág. 104; pues aún dejando aparte la reciente opinión de que las obligaciones de dar no son sino una subespecie de las de hacer (vid. SUPPIEJ, op. cit., página 58 y ss. con la bibliografía que cita), pensamos que toda obligación de *trabajo* —autónomo o subordinado— se configura como un *obligación de hacer* (ya sea cosas materiales, *quae tangi possunt*, o inmateriales, como por ejemplo la enseñanza).

KASKEL-DERSCH, *Derecho de Trabajo* (trad. E. Krotoschin), Buenos Aires, 1961, pág. 35, distinguen, asimismo ambos contratos, según que el objeto sea el trabajo o el resultado.

LOTMAR, efectuaba la distinción según el precio se pagase por el tiempo (*Zeitlohnvertrag*) o por el resultado (*Akkord* o *Stücklohn*), en *Der Arbeitvertrag nach dem Privatrech des deutschen Reiches*. Leipzig 1902-1908, I, págs. 9, 339 y 423 y II, págs. 21 y 920.

(48) *La nozionc...*, cit. págs. 52 y 113.

un resultado" (49). Aunque tal afirmación es un poco tajante, en realidad la validez del criterio es un tanto dudosa por una doble razón: ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado, ni, viceversa, en la ejecución de obra de la actividad. Lo veremos por separado.

a) *En el arrendamiento de servicios*

De un modo general, la doctrina más reciente subraya que la actividad considerada en sí misma no tiene un valor económico que pueda justificar su asunción en el objeto de una prestación si no se resuelve en un resultado productivo (50). En virtud de ello, se afirma que la utilidad es un elemento esencial de la prestación de trabajo, justificándose el comportamiento del trabajador sólo en cuanto el mismo sea productivo de un resultado útil (51), aunque el significado de tal utilidad se un tanto oscilante en la doctrina (62). Todo ello es indudable, y de un claro relieve causal—en el plano objetivo y en el subjetivo del empresario—, en cuanto que lo que el Ordenamiento jurídico tutela es "la participación en la producción" (art. 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo: LCT), y en cuanto que la finalidad del empresario al contratar es cabalmente la obtención de unos frutos (53).

Además, se manifiesta más claramente si tenemos en cuenta lo siguiente:

a) La prestación debida por el trabajador no es una prestación cualquiera, sino concretamente aquella que surge de trabajar con la diligencia debida a su especialidad, facultades y peculiaridades, debiendo, además, prestar la clase y extensión de trabajo que marquen las normas legales, los convenios, el contrato o, en su defecto, los usos y costumbres (arts. 60 y 64 LCT) (54). Y aun siendo exacto que en las obligaciones de actividad el resultado consiste en la misma conducta del deudor (55) y que en la relación de trabajo tal resultado se identifica con la "conducta obligatoria" del trabajador, no puede olvidarse

(49) Op. cit., pág. 70.

(50) CORRADO, op. cit. pág. 75.

(51) Vid. ARDAU, *Corso de Diritto del lavoro*. Milano 1960, I, pág. 4. RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, en *Trattato...*, cit. de Borsari-Pergolesi, II, pág. 13. SANTORO-PASARELLI, *Nozioni di Diritto del lavoro*. Napoli 1960, pág. 64. MAZZONI, *Manuale di Diritto del lavoro*. Firenze 1958, págs. 2 y 184. GRECO, *Il contratto di lavoro*, en *Trattato di Diritto civile* dirigido por Vasalli. Torino 1939, pág. 10. BARASSI, *Elementi...* cit., pág. 33.

(52) Para unos se considera como expresión de patrimonialidad. Así BARASSI cuando afirma que la prestación debe ser útil "es decir, susceptible de cambio", en *Teoría generale delle obbligazioni*. Milano 1964, L, pág. 115. Otras veces se identifica con la idoneidad de la prestación para satisfacer el interés del acreedor y en un tercer significado, utilidad "è quella tipica della specie di comportamento considerato e coincide con il risultato". ASSANTI, C., *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*. Milano 1961, pág. 25.

(53) ALONSO OLEA, *Introducción...*, cit. págs. 110 y 111.

(54) Vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...*, cit., I, pág. 21.

(55) MANCINI, *La responsabilità...* cit., págs. 18 y ss.

que el acreedor de trabajo, a resultas de la clasificación profesional, concreta la genérica obligación de *facere* del trabajador, haciendo al mismo tiempo determinable el objeto de la prestación (56).

Y es en virtud de tal *clasificación* que condiciona al deber de diligencia, por la que se atemperan —como afirma Osti— los intereses opuestos del deudor y del acreedor, negando al primero la facultad de liberarse ofreciendo trabajos de ínfima calidad y al segundo la de pretenderlos de calidad óptima (57). Hay, por tanto, en materia de cumplimiento unos límites a la libertad de elección del trabajador, que de ser sobrepasados originan para él ciertas responsabilidades.

Podemos concluir, por tanto, que en el contrato de trabajo no se cumple *estando* simplemente a las órdenes del empresario (58), sino *trabajando*, y no de cualquier manera, sino de acuerdo con las facultades profesionales y con lo acordado en el contrato, lo cual se exterioriza en un *rendimiento adecuado* (59).

De un modo nítido —también a efectos de cumplimiento— se observa la dificultad de la distinción en el supuesto de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado (art. 27 LCT) (59 bis). En tal

(56) ARANGUREN, op. cit., pág. 25.

(57) OSTI, *Revisione...*, cit., pág. 349, lo cual está en concordancia con lo prescrito, de modo genérico, en nuestro C. c., artículos 1.256 y 1.258.

(58) Puede ocurrir, sin embargo, que tales órdenes se concreten en no trabajar, manteniendo la retribución. Aun siendo difícil que ello se dé, cabría pensar —si la situación fuera continuada— en la nulidad de contrato por falta de causa (art. 1 LCT “participar en la producción”) o bien en un caso de incumplimiento de la obligación del empresario de dar “al trabajador ocupación efectiva, cuando el no dársele perjudicase considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional” (art. 75 LCT). Sobre el asunto vid. las agudas observaciones de PÉREZ BOTIJA, *El contrato de trabajo*. Madrid 1954, página 212.

Distintos son los supuestos de los “trabajos” que consisten en una actitud pasiva (por ejem. un modelo vivo) o en una disposición al trabajo (bombercs). Vid. KASKEL-DERSCH, op. cit., pág. 36. Y asimismo los supuestos de interrupciones en el trabajo, legales o no imputables al trabajador.

(59) Al menos lo es en la realidad social de nuestro tiempo, ya que existe un desplazamiento del salario por tiempo hacia el salario por rendimiento. Así se aprecia en la legislación y sobre todo en los convenios colectivos en los que, de un modo casi matemático, se miden los rendimientos y los clasifica a efectos de retribución. Vid., por ej., Convenio de la Industria de Artes Gráficas (Res. 8-II-1963), Transformación de Materias Plásticas (Res. 27-X-1962), etc.

El Prof. Bayón en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (25-III-1963) “*La defensa jurídica de la paz laboral*” Madrid, 1963, expone toda una serie de fenómenos sociales y económicos actuales que conducen a una consecuencia jurídica indeclinable: la inevitable decadencia futura del contrato de trabajo por tiempo y su aproximación al contrato de ejecución de obra, siendo necesario declarar de una vez para siempre que la dicotomía de las formas de la *locatio* aplicables al trabajo humano ha dejado en buena parte de ser útil para encuadrar jurídicamente los negocios jurídico-laborales.

(59 bis) Lo admite también el 1.583 C. c.: arrendamiento de servicios para “obra determinada” y de modo más complejo el 1.586: “... asalariados por cierto término para cierta obra”.

contrato, que sigue configurado como arrendamiento de servicios (60), la obra o servicio cumplen una función instrumental: concretamente la de fijar la duración del contrato, que se extingue automáticamente al ejecutarse la obra o prestarse el servicio (arts. 27 y 76, 2.º, LCT) (61). Pero el hecho de que se contrate para ejecutar una obra o prestar *un servicio* hace, en la práctica, difícil la distinción, como tendremos ocasión de ver en el apartado C.

b') En cuanto a la *retribución*, el afirmar que en arrendamiento de servicios se retribuyen éstos con independencia del resultado que se obtenga es, a todas luces, inexacto (62). Y ello tanto en la retribución por unidad de tiempo, como, de modo más claro, en la retribución a destajo (63).

— *En el salario por unidad de tiempo* claramente se estatuye que se fijará atendiendo a “la duración del trabajo y al *rendimiento mínimo* en la actividad y categoría profesional correspondiente” (64), pudiendo fijarse tales rendimientos por disposición legal, convenio colectivo (65), reglamento de régimen interior o, en defecto de éste, por la empresa oyendo a los enlaces sindicales, con respecto siempre a la norma superior (66).

(60) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación de trabajo de duración determinada*, Rev. Pol. Soc. Madrid, abril-junio 1961, p. 33 que así lo afirma con fundamento.

(61) Ello es lógico, por la falta de objeto del contrato al llegar al fin de dicha ejecución o prestación. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, p. 48. La jurisprudencia así lo entiende también reiteradamente: “no ha existido despido, sino simplemente una terminación del contrato por expiración del tiempo convenido para la realización del servicio contratado” S. 6-XII-1962. Sobre la cuestión vid. asimismo ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Barcelona 1961, II, págs. 287-289 y PÉREZ BOTIJA, *El contrato... cit.*, p. 109.

(62) Vid. núm. 59.

(63) Art. 38 LCT. PÉREZ BOTIJA distingue el destajo puro (por unidad de obra) en el que no se tiene en cuenta el tiempo y el destajo con garantía del tiempo invertido (salario por tarea). *El contrato... cit.*, p. 135.

En todo lo referente a salarios (arts. 37-60 LCT.) es preciso consultar varias disposiciones que modifican aquellos profundamente. Así el D. 21-IX-1960 sobre ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena. O. 8-V-1961 (reformada posteriormente en algunos puntos) D. 15-11-1962 y D. 17-I-1963.

(64) O. 8-V-61, art. 1; salario mínimo, que ha sido fijado para todos los trabajadores de la nación en 60 pesetas diarias por D. 17-I-1963.

(65) En todos los convenios debe de fijarse —salvo dificultades técnicas— tablas de rendimientos mínimos y en caso de que no existan se estará a los usos profesionales: O. 8-V-61, art. 12 y Res. de la Dir. Gral de Ord. del Trabajo de 14-VI-1961. Para BAYÓN el cálculo de los rendimientos mínimos puede significar el reajuste o el hundimiento de nuestra economía: *La nueva regulación de los salarios en España*, Madrid 1961.

Sobre estas cuestiones, aparte de las obras generales citadas de autores españoles, puede consultarse: BORRAJO, E., *Configuración jurídica del salario*, en Rev. Pol. Soc. Abril-junio 1961; PESO Y CALVO, *La ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena*, en Rev. de Trab. 1960, núm. 6; DE LA VILLA, *Criterios determinativos del salario (salario sustantivo y salario aritmético?)*, en Rev. Fac. de Der. de Madrid, 1960, núm. 8.

(66) O. 8-V-61, art. 11. Tal respecto a la norma superior había sido ya defendido por BAYÓN antes de aparecer la Orden, en *La nueva... cit.*, p. 66.

Es interesante observar que en las tablas de rendimientos se han de especificar las circunstancias que han de concurrir para que el *resultado* de trabajo condicione la percepción del salario (67) y que de un modo general forma parte del salario "cualquier percepción... que perciba el trabajador en compensación directa de su esfuerzo y *resultados* del mismo" (68).

Como nuestro intento, en este punto, es indiciario, basta con lo expuesto para apreciar cómo el salario del trabajador está íntimamente ligado a los resultados que produzca, a su rendimiento en el trabajo, siendo regla general la medición de tal rendimiento y excepcional lo contrario (69).

— En la *retribución a destajo*, la intervención del resultado obtenido a efectos de fijar el salario adquiere una singular relevancia. Una definición amplia del destajo podría ser la de aquel sistema de retribución que se atiene al producto obtenido, sin consideración del tiempo empleado; por ello, puede incluirse dentro del mismo el salario por unidad de obra, por tarea, a la parte y la remuneración con incentivo (70). Para Riva Sanseverino, "en la retribución por tiempo, el tiempo es el motivo jurídico y el resultado el motivo económico, en el sentido de que en el contrato a él relativo la causa viene dada por el cambio entre trabajo y retribución por un determinado período de tiempo, con independencia del resultado; en la retribución a destajo, el resultado es el motivo jurídico y el tiempo el motivo económico, en el sentido de que el contrato que a él se refiere la causa viene dada por el cambio entre trabajo y retribución, en vista de la consecución de un resultado (71).

En realidad, el contrato de trabajo a tiempo y el a destajo tienen una estructura base común (72), pero no cabe desconocer la relevan-

(67) O. cit. art. 13.

(68) D. 15-II-62, art. 3.

(69) Vid. arts. 15 y 16 de la O. de 8-V-1961.

Por paradoja son precisamente los rendimientos del personal que integra el servicio médico de la Empresa, los más difíciles de señalar, cuando precisamente los servicios médicos (y en general los de las profesiones liberales) han sido tradicionalmente encuadrados entre las obligaciones de resultado o más concretamente en la *l. c. operis*. Y precisamente por tal dificultad su retribución se identifica con la de otros trabajadores de la Empresa (Técnicos titulados para el caso de los médicos y Técnicos auxiliares para los Ayudantes técnicos sanitarios), art. 89 del Rgto. de los Servicios médicos de Empresa de 21-XI-1959, modificados en este punto por O. 3-V-1960.

(70) Realmente sólo el primero es el auténtico destajo. El resto (por tarea, etc.) lo son en cuanto entra el factor *resultado* con mayor relevancia que el tiempo a efectos de remuneración. Todos ellos están regulados por la O. de 8-V-61, arts. 21 y ss.

(71) *Il contratto... cit. en Trattato... cit.*, II, p. 77. En el mismo sentido SANTORO-PASARELLI, *Nozioni... cit.*, p. 76.

(72) Así lo afirman BARASSI, *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires 1953, III, p. 124 y CESARONI, *La disciplina giuridica del cottimo*. Milano, 1942, p. 8.

cia que en el segundo adquiere el resultado a conseguir, lo cual dificulta su distinción con el contrato de ejecución de obra. Hay autores que utilizan el criterio de la subordinación del destajista frente a la independencia del contratista (73), y aunque este criterio lo veremos más adelante, cabe decir aquí que aun poseyendo el destajista una mayor autonomía que el trabajador “por tiempo”, lo cual hace disminuir el *poder de dirección*, subsiste íntegro el *poder de mando*, lo cual, a su vez, puede diferenciarlo, en el sentido que veremos, del contratista.

A nuestro juicio, el criterio más fecundo, con base en el resultado y un claro apoyo en el Derecho positivo, está en la *garantía del salario mínimo* a favor del destajista. Realmente, quien trabaja a destajo *arriesga* algo más que el que lo hace por *tiempo*. Concretamente, el “riesgo de la dificultad”, es decir, el que necesite más tiempo o más esfuerzo del previsto para lograr el resultado. Pero, sin embargo, tiene asegurado el “salario mínimo establecido para los trabajadores análogos en la actividad o industria de que se trate”, aunque no se alcance el rendimiento debido, por causas no imputables al trabajador; y en el caso de que se hubiera previsto el salario total del destajo tendrá derecho a éste íntegramente (art. 40 LCT) (74).

En las Reglamentaciones de Trabajo es común calcular las tarifas del destajo de tal modo que el trabajador percibe un salario superior en un 25 por 100 al mínimo fijado para la categoría profesional a que pertenezca (75), garantizando *en todo caso* el salario mínimo, cuando no se produzca el rendimiento debido, *ya que aun en el caso de que tal falta de rendimiento sea imputable al trabajador*, se le abona el salario base, sin perjuicio de la sanción aplicable (76), existiendo, en cuanto al límite máximo, la *posibilidad* de revisar las tarifas cuando las ganancias superen en un 75 por 100 al salario base.

Por tanto, el destajista lo que realmente arriesga es el *exceso* sobre el mínimo. Ese es su *aleas*.

(73) Así SANTORO-PASARELLI, *Nozioni...* cit., p. 76; LEGA, *Il contratto...* cit., p. 425. CESARONI, *La disciplina...* cit., p. 54.

(74) Vid. art. 47 LCT párr. 2.º, en aparente contradicción con el art. 40. Para la remuneración con incentivo, da una regla análoga el art. 34 de la Orden de 8-V-61.

(75) Así Reglamentación de la Industria Papelera, de 28-XII-1958, art. 49; Reglamentación de conservas y salazones de 13-X-1958, art. 55; Reglamentación de la Prensa de 9-XI-1962, art. 56, etc.

(76) Así —y lo mismo en otras Reglamentaciones de Trabajo— en el art. 57 de la Reglamentación de la Prensa. Normalmente, y si la falta de rendimiento es continuada, la sanción será la correspondiente a una falta muy grave.

Respecto a la legalidad de estos preceptos reglamentarios frente a la I.C.T. que requiere en su art. 40 la “no imputabilidad”, es bastante clara por aplicación del principio *pro operario* en general y del de la *norma más favorable* en particular; sobre el asunto vid.: RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El principio de norma más favorable y las Reglamentaciones de trabajo* en Rev. Pol. soc. núm. 53, y BORRAJO, *Naturaleza jurídica de las Reglamentaciones de trabajo*, en Rev. Pol. Soc. número 53

Podemos afirmar, por tanto, que el destajo no da lugar a un contrato de ejecución de obra (salvo cuando el destajista tenga a sus órdenes otras personas que trabajen para él, pues entonces es un empresario, arts. 5 y 121 LCT), sino que se trata de un contrato de trabajo con una retribución típica (77).

b) *En el contrato de ejecución de obra*

Cogiendo el hilo de nuestra argumentación, decíamos que ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado —y así lo hemos visto a efectos de *cumplimiento* y de la *retribución*—, ni en la ejecución de obra se prescinde de la actividad, pues nos parece que ésta tiene unos claros efectos jurídicos relevantes para las partes.

Valgan como demostración tres argumentos principales:

1) En el caso de un desistimiento *ante tempus* de la construcción de la obra, por parte del comitente, éste debe de indemnizar al contratista todos sus gastos, *trabajo* y utilidad que pudiera obtener de ella (art. 1.594 C. c.). En realidad, lo que se paga por el comitente es el posible resultado obtenido hasta que se desiste; pero ocurre que para su valoración, al no haberse llegado al *opus* perfecto o final, se toma en cuenta, no ya el precio estipulado por él, sino el *trabajo* —entre otros factores— realizado (78). Se retribuye, en otras palabras, la actividad.

2) En el supuesto de que se encargue la obra a una persona por razón de sus cualidades, el contrato se rescinde por la muerte del contratista (art. 1.595 C. c.). Ello nos indica que lo buscado no es un resultado genérico, sino aquel concreto y específico que ha de obtenerse de la actividad técnica del contratista. Tan es así, que el legislador utiliza una forma imperativa, “se rescinde”, y no dispositiva (79). Además, en tal caso, y lo mismo cuando la obra no pueda acabarla por alguna causa independiente de su voluntad (80, el comitente debe de

(77) Vid. en tal sentido SS. de 9-X-1939, 22-VI-1933, 4-I-1934, etc. denegando en otras, nuestro TS, el carácter de destajista a quien percibe un lucro especial: así SS. 5-XII-1925, 21-III-1928, 5-XII-1941, 29-I-1953, etc. Tomadas de RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina...* cit.

“El tiempo o las unidades parciales de producción son simplemente módulos para fijar la remuneración...” afirma ALONSO OLEA, *Introducción...* cit., p. 114, para quien el destajo sólo consiste en una especial e intensa conexión del salario con la causa del contrato: a saber los resultados o frutos del trabajo.

(78) Da lo mismo que la obra se hubiera comenzado o no. En el primer caso hay un resultado parcial. En el segundo pueden haber existido unos gastos y un trabajo preparatorios —proyectos, etc.— que deben remunerarse sin que exista resultado. Sin embargo, el contrato de ejecución de obra había nacido ya siendo precisamente su existencia la que justifica la acción indemnizatoria.

(79) Este precepto puede entroncarse con el art. 1.161 C. c. según el cual “en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y las circunstancias del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

(80) No es muy afortunada la redacción de este ap. 3.º del art. 1.595, pues por el sentido del mismo se refiere al contratista por lo que no debiera usar la expresión “el que contrató la obra”.

abonar el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados; en definitiva, abona—entre otros conceptos— el trabajo realizado, ya que en la *valoración* de la obra el contratista hace entrar en juego como partida fundamental—como veremos en el ap. II— el trabajo que le costará realizarla.

3) Por último, y ya que los anteriores supuestos son un tanto “patológicos”, la valoración de la actividad toma un especial relieve, en el caso de las profesiones liberales, que han sido tradicionalmente encuadradas en el contrato de obra; así, por ej., en el Código civil italiano, bajo le denominación de *prestazione d'opera intellettuale* (artículos 2.230 y ss.) (81).

Como afirma Lega (82), en estas hipótesis se ha considerado resultado la misma actividad de trabajo, lo cual resulta impropio. Si lo que se pide al médico o al abogado es el que preste sus servicios, con la adecuada técnica y diligencia, siendo indiferente para el pago que se cure el enfermo o que se gane el pleito, realmente el resultado se esfuma (83); no existe diferencia sustancial con la prestación de servicios de un trabajador atendiendo a la actividad-resultado, aunque sí puede haberla en cuanto a la dependencia, por lo que cabría catalogar la prestación de servicios profesionales como un arrendamiento de servicios civil, no laboral (84).

c) Conclusión

Vemos, por tanto, que es muy difícil trazar la línea divisoria entre el contrato de trabajo (arrendamiento de servicios) y el de ejecución de obra, atendiendo al criterio examinado. Sin embargo, creemos que no hay que desecharlo, ya que constituye un elemento útil, aunque *no el único*, por estar como “telón de fondo” en los demás criterios que vamos a examinar. Por otra parte, la utilidad será mayor o menor según aparezcan el resultado o la actividad con más o menos nitidez como

(81) Sobre las profesiones liberales y su relación con el Derecho del Trabajo puede consultarse: LEGA, *La libera professione*. Milano 1952. DAPRA, *L'ordinamento della professione di avvocato e procuratore*. Torino 1951. SAVATIER, J., *La profession libérale*. París 1947. PÉREZ BOTIJA, *Los intelectuales y el Derecho del Trabajo*, en Estudios en honor de García Oviedo, Sevilla 1954, II.

(82) *Il contratto...* cit., p. 409.

(83) Hay, sin embargo, un supuesto especial en el que el objeto del contrato sí que es un resultado. En el caso de la cirugía estética. Vid. KORNPROBST, *La responsabilité médicale*. París 1947, ps. 101 y ss.

Pero ello es la excepción. Lo normal es que el cumplimiento se concrete en la actividad diligente de la actividad profesional. Así se ha llegado a decir que “*talvolta le prestazioni dei professionisti e quelle di lavoro subordinato vengono accomunate nella contrapposizione a quelle di risultato*”. ASSANTI, *Autonomia...* cit., p. 33.

(84) Vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual* cit., II, p. 653. ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit, II, p. 105, con interesantes observaciones. La jurisprudencia, sin embargo, es cada vez más flexible al apreciar la dependencia de los trabajadores intelectuales. Vid. SS. 30-V-1952, 6-IV-1953, 14-IV-1959, 8-I-1960, 4-II-1960, 9-V-1961, 22-X-1962 (Sala 1.ª), etc. Vid. BAYÓN, *La dependencia...* cit. y SAGARDOY, *Una norma en blanco: el artículo 7.º de la Ley de Contrato de trabajo*, en Rev. Der. Trab. núm. 52.

objetos de los contratos (85). Por ello opinamos que la obligación del contratista es una obligación de *facere*, distinta de las prestaciones de dar (por ej., compraventa), por el hecho fundamental de que en aquélla ha de hacerse algo *ex novo*, no preexistente o coexistente con la actividad, sino el producto logrado con el desarrollo de ésta (86).

En última instancia estamos de acuerdo con la perspicaz observación de Alonso Olea, de que “la división del trabajo ocasiona la pérdida del valor del fruto aislado del trabajo de cada trabajador”, realizándose en tal momento lógico la trasposición desde el *fruto* al *trabajo* como objeto del contrato del mismo nombre (87). Es decir, que la distinción puede estar no tanto —pensamos— en que el arrendamiento de servicios se contrate actividad y en el de ejecución de obra resultado, sino en que en el primero el resultado es complejo (ya que se integra de resultados parciales) y en el segundo el resultado es único y aislado (88).

B) *El valor de la dependencia como elemento diferenciador*

El criterio de la dependencia, para distinguir ambos contratos, tiene una proyección más amplia, ya que constituye la “piedra de toque” para la división fundamental en el Derecho del Trabajo: trabajo autónomo y trabajo subordinado, constituyendo —según regla general del Derecho comparado— sólo este último el objeto de aquella rama jurídica. La amplitud del problema, por tanto, nos excusa de su tratamiento exhaustivo (89). Nos bastarán unas breves observaciones que incidan más directamente en nuestro propósito.

(85) Así, por ej., y sólo con la utilización de este criterio no podría distinguirse una ejecución de obra y un arrendamiento de servicios para obra determinada.

(86) Como afirma ALONSO GARCÍA, *Contrato de...* cit., p. 30, “mientras en la compraventa la cosa a entregar existe ya concluida al perfeccionarse el contrato, en la ejecución de obra el objeto del contrato es precisamente concluir la cosa que ha de ser entregada”.

Un paralelo en el campo administrativo, se da con la división de las prestaciones administrativas a los particulares en prestaciones de *actividad* y prestaciones de *bienes*. La primera consiste en un *facere* y los bienes tienen sólo una función de medio; en las segundas los bienes asumen la función de objeto y consisten en un *dare*. Vid. ALESSI, *La prestazione amministrativa rese ai privati*. Milano 1956, p. 37.

(87) *Introducción...* cit., p. 111.

(88) Por ello dice bien Alonso Olea que cuando el fruto de trabajo es tecnológicamente simple y el proceso de producción muy breve el fruto puede ser el objeto del contrato, tendiendo entonces a confundirse la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios. Op. cit., loc. cit.

(89) BAYÓN en *El concepto de dependencia...* cit., recogiendo ideas ya expuestas por él, con anterioridad, se muestra partidario de que el Derecho del Trabajo “llegue a ser un Derecho de la prestación profesional de servicios de todo tipo” dependientes e independientes, p. 467. Sobre las distintas posturas doctrinales, españolas y extranjerías, vid. p. 456, núm. 16.

En nuestra tesis doctoral, inédita, defendimos la necesidad del ingreso en el Derecho del Trabajo, de los trabajadores *autónomos* por cuenta ajena. Vid. SARGADOY, *El concepto de trabajador en el Derecho español*. Temis 1961, núm. 9.

Para ello tenemos dos caminos: 1) Considerar que la dependencia no es una característica esencial y exclusiva del contrato de trabajo, y que, por tanto, lo único importante para la configuración de tal contrato es el trabajar por cuenta ajena mediante una remuneración. 2) Anotar como esencial tal dependencia y ver a continuación si se da o no y en qué sentido en el contrato de ejecución de obra. En realidad, ambos caminos se complementan.

El primero cuenta más con un apoyo doctrinal que legislativo y jurisprudencial (aunque en ésta se vaya avanzando (90)). Por otra parte, su examen excede de nuestro intento.

El segundo se mueve ya en un terreno "*de iure condito*" (arts. 1.º, 2.º, 69 LCT), y si demostramos que en la ejecución de obra existe también dependencia, respecto al comitente, negamos la fuerza del criterio distintivo, al menos en el sentido en que nuestro Tribunal Supremo—que sigue en este punto una "vía muerta", según Alonso Olea—lo entiende para negar al contratista, de modo constante, el carácter de trabajador (91).

Es difícil, siendo muy diversas las opiniones (92), llegar a un concepto unitario de la dependencia, pero en general, se afirma que de sus tres aspectos—económico, técnico y jurídico—sólo el jurídico adquiere relevancia, definiéndose, bajo tal perfil, como la situación jurídica del trabajador que tiene la obligación de guardar el comportamiento debido, según los actos de volición del acreedor de trabajo, previstos y permitidos por la ley y por el contrato (93). De la dependencia dimanan un poder directivo y un deber de obediencia (artículo 69 LCT) que constituyen las dos caras de un mismo prisma. El poder directivo cumple la función de determinar en concreto las singulares prestaciones de trabajo que el contrato y la clasificación profesional predeterminan sólo en el género, y que las órdenes concretas del empresario (o de sus representantes) individualizan, haciendo posible al trabajador el cumplimiento de su prestación (94). De modo

(90) Ultimamente se nota una cierta amplitud al respecto especialmente al rechazar la dependencia técnica como requisito del contrato de trabajo. Así sentencias 4-II-1960, 9-V-1961, 15-III-1962 ("... amplísimas facultades..." dice esta última) y en especial la S. de 3-II-1961 (Sala IV) estudiada por BAYÓN detenidamente, *El concepto...* cit. Y en el Derecho positivo se ha dado un paso adelante con la admisión en el Derecho del trabajo de los representantes de comercio, al modificarse el art. 6 de la LCT.

(91) Tal suele ser el argumento clave, aunque a veces acuda al criterio del *lucro especial*, mucho más fecundo y sostenible. Vid. ALONSO OLEA, *La materia contenciosa laboral*. Sevilla 1959, ps. 38 y 43.

(92) Vid. CASSI, *La subordinazione...* cit., ps. 61 y ss. así como la lograda síntesis que ALONSO GARCÍA hace, *Derecho...* cit., I, ps. 43 y ss.

(93) CASSI, op. cit., p. 125.

En un proyecto doctrinal de LCT, cuyo ponente fue ALONSO OLEA, se sustituye el término "dependencia" por el de "dirección". Vid. Rev. Pol. Scc. 1962, núm. 54. Sobre los diversos aspectos de la dependencia: BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit., I, ps. 25 y ss.

(94) D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettivi del lavoratore dipendente*. Milano 1958. n. 79.

correlativo, por el deber de obediencia, el trabajador debe de seguir tales órdenes —con los debidos límites (95)— en cuanto que al estipular el contrato de trabajo renuncia a la propiedad de lo producido, ya que al empresario se le reconoce un interés preeminente: el interés al *resultado económico*, por el que se le atribuye el poder de organizar.

En cuanto a la autonomía, tres son las nociones que de la misma se han dado: con referencia a la *norma* como potestad de autoordenarse (Romano y Zanobini); con referencia a los *hechos* como potestad de decidir una regulación de intereses, que el legislador recibe al menos en sus líneas esenciales (Betti); y con referencia a las *relaciones jurídicas*, como potestad de autodeterminación en la esfera de libertad garantizada por un derecho subjetivo (Allara) (96). Sin embargo, como afirma Corrado, cuando se habla de autonomía en las relaciones laborales, el término asume un significado particular y restrictivo. No se considera como la genérica posibilidad de las partes de determinar el contenido del contrato según una valoración discrecional de los propios intereses, sino como la posibilidad de realizar un trabajo “*al di fuori di ingerenze della controparte*” (97) o, en frase de nuestro T. S., “sin más norma que su saber o entender” (98).

Con base en tal criterio se dice que en el contrato de trabajo existe una dependencia del trabajador respecto al empresario —debe de obedecer sus órdenes—, mientras que en el de ejecución de obra el contratista goza de autonomía, pues sólo se compromete a lograr un resultado con libertad de acción y, sobre todo de elección de los medios y criterios técnicos para conseguir la obra (99).

La doctrina civil francesa concuerda en que la dependencia constituye el elemento típico del arrendamiento de servicios, mientras que la autonomía lo es del contrato de obra (100); y en el campo laboral se acepta el mismo criterio, en general (101). El C. c. italiano sanciona tal diferencia al establecer que existe contrato de obra “*quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un*

(95) Aquí entrarían en juego los problemas de la “obediencia debida”, “desobediencia técnica”, así como lo referente al *ius variandi* enlazado con la clasificación profesional, todo lo cual es marginal para nuestro estudio. Vid. ARANGUREN, op. cit., especialmente ps. 40 y ss. PÉREZ BOTIJA, *El contrato...* cit., ps. 181 y ss. ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit., II, p. 369.

(96) Tomado de CORRADO, *La nozione...* cit., p. 96, que cita las correspondientes obras donde los autores señalados exponen su opinión.

(97) *La nozione...* cit., p. 97.

(98) S. 11-XII-1961.

(99) Hay que advertir con ALONSO GARCÍA que el término “trabajo independiente o autónomo” puede entenderse en dos sentidos: como trabajo por cuenta propia o como trabajo por cuenta ajena, pero sin dependencia. Sólo este segundo es el que nos interesa. Vid. *Derecho...* cit., I, p. 51.

(100) Por todos PLANIOL, *Traité...* cit., XI, 2, p. 16. El contrato de obra se regula en los arts. 1.787 y ss. del Code civil.

(101) ROUAST-DURAND, *Droit du travail*, Paris 1957, p. 389, entre otros.

servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente" (art. 2.222) (102).

En el Código civil español nada se dice al respecto. La LCT, por el contrario, exige la dependencia (arts. 1 y 2) como nota esencial del contrato por ella regulado, si bien se admite que la obligación del trabajador consiste en "la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio" (art. 1.º) (103). Ante ello cabe plantearse la cuestión de si la ejecución de obra es incompatible *per se* con la dependencia, o si, por el contrario, pueden existir ejecuciones de obra con subordinación del contratista, constituyéndose en tal caso un contrato *laboral* de ejecución de obra, siendo misión del juez examinar *en cada caso concreto* si el contratista tiene o no tiene autonomía.

La jurisprudencia parece haber seguido el primer camino, pues reiteradamente afirma que "el contrato de trabajo implica *subordinación...* en tanto que en el de obra la *dirección* corresponde al contratista" (104).

Tal criterio —*venia data*— nos parece poco fecundo. Y ello porque no puede negarse, so pena de negar la evidencia, que en la ejecución de obra existe una dependencia, si la entendemos ésta, según es normal, como sometimiento a las órdenes de la otra parte. El comitente ordena, en primer lugar, cuál y cómo ha de ser el resultado. Puede limitar el tiempo de ejecución y, desde luego, puede intervenir a lo largo de ésta para ordenar la modificación o diversas características del resultado. Todo ello en virtud de la titularidad que tiene del interés económico a cuya satisfacción se dirige la actividad del contratista. La dirección que al contratista se deja es un concepto eminentemente elástico, dice Barassi (105), y puede reducirse a proporciones mínimas. Si a ello unimos, por contraste, la auténtica independencia de que gozan ciertos trabajadores en la prestación de sus servicios (106), realmente es preciso concluir, con Alonso Olea, que no hay "términos hábiles para distinguir la ejecución de obra del contrato de tra-

(102) Distinto es el contrato de *appalto* (art. 1.655 Codice civile) que es aquél por el que una parte asume onerosamente la ejecución de una obra o servicio, contando con su organización, medios propios y riesgo a su cargo, siendo su disciplina bastante diversa de la del contrato *d'opera*. Vid. LORIZIO, *Il contratto d'appalto*. Padova 1939. Se parece a la llamada *contrata* en nuestro Derecho.

(103) Poco afortunada redacción porque "obra determinada y servicio determinado" parecen identificarse frente a prestación de "servicios".

(104) S. 22-II-1954. En otras muchas sentencias se apunta el mismo criterio; así las de 30-IV-1925, 16-II-1933, 14-IV-1945, 31-III-1953, 2-VII-1958, etcétera, aunque últimamente se admita, según vimos, una interpretación más flexible de la dependencia. Otras veces utiliza con más acierto el criterio del "lucro especial", S. 27-I-1959, entre otras.

(105) *Il contratto...* cit., p. 29.

(106) Bien afirma BAYÓN que "la dependencia como poder jurídico de mando exige el presupuesto de la igualdad o superioridad técnica del empresario" lo cual no siempre se da. Y por otra parte resalta cómo en los trabajadores "independientes" se dan fuertes limitaciones en su esfera de libertad de ejecución. En *El concepto...* cit., p. 464.

bajo si es la subordinación el elemento que quiere tomarse como criterio distintivo" (107). La fuerza de tal crítica incide en la inadecuada identidad entre dependencia y sometimiento a órdenes. Pero con arreglo a la *teoría de la incorporación* la distinción resulta, a nuestro juicio, muy fecunda.

Afirma Nikisch (108) que debe de considerarse anticuada la teoría que identifica la dependencia del trabajador con su sometimiento a dirección, ya que éste no es la causa, sino, a lo más, un síntoma de su dependencia personal, no comprendiendo, sino tan sólo marginalmente, la esencia de la relación de trabajo (109). Lo esencial de éste se encuentra en la "estrecha vinculación personal entre empresario y trabajador", que se traduce en una relación comunitaria dominada por los principios de fidelidad y protección.

Esta relación comunitaria surge con la incorporación del trabajador a la empresa (supuesto normal) o al *círculo privado de vida* del acreedor de trabajo (110); incorporación que por darse libremente y a través de una relación jurídico-privada presupone un contrato de trabajo, por lo que la relación comunitaria es una *fase posterior* de la relación de trabajo ya iniciada con la entrada en vigor del contrato (111).

Por último, y esto es importante, el trabajador se obliga no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a incorporarse a la empresa, y por tanto, la relación de trabajo, como toda relación obligacional de duración, se dirige a la constitución y sostenimiento de una situación duradera: la *pertenencia a la empresa o círculo privado* del acreedor de trabajo, durante la cual el trabajador se halla en estado de cumplimiento (112).

(107) *Introducción...* cit., p. 142. El autor (p. 141) entronca, con agudeza, el hecho de que puedan darse órdenes al contratista, lo mismo que se le dan al trabajador, en la identidad de causa del contrato de trabajo y del de ejecución de obra: *la obtención de los productos del trabajo humano*.

(108) NIKISCH, *La incorporación y su significación para el Derecho del Trabajo* (trad. Rodríguez Pifero) Rev. Pol. Soc. núm. 49. Las ideas del autor suponen un notable avance de la teoría de la incorporación (mal llamada "reacionista") de tan valiosa tradición entre los laboristas alemanes (Gierke, Pothhof, Molitor, Siebert).

En prensa este artículo nuestro, aparece la monografía de GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*. Pamplona 1963, que no hemos podido tener en cuenta.

(109) NIKISCH, op. cit., ps. 11-12.

(110) Justamente Nikisch al hablar de "círculos privados de vida" ensancha el valor de la incorporación frente a quienes objetan (por ej., CORRADO, *La nozione...* cit., p. 103 y Hueck), que existen trabajadores que no están incorporados a *empresa alguna*, ps. 14 y ss.

(111) NIKISCH, op. cit., ps. 15 y 19. En este punto es interesante la observación que el autor hace de que "la entrada del trabajador en la Empresa conduce a una relación de trabajo, cuando el contrato que le sirve de base es inválido". Al no contradecir esta solución la teoría contractual, realmente se liquida la polémica doctrinal mantenida por los defensores de aquélla con los de la teoría de la incorporación, p. 22.

(112) Op. cit., ps. 16, 17 y 22. Tal estado de cumplimiento —dice Nikisch—

Aceptando esta teoría —que no contradice a la contractual, sino que la completa—, pueden, a nuestro juicio, distinguirse fecundamente el contrato de trabajo (como arrendamiento de servicios) (113) y el de ejecución de obra. Efectivamente. Todo lo antedicho se da en el primero, mas no en el segundo. Cuando comitente y contratista se ligan por un vínculo contractual no nace entre ellos una relación comunitaria jurídico-personal, ni, por tanto, surgen los correlativos deberes de fidelidad y protección. Lo único que adquiere importancia es el derecho del primero al resultado y del segundo al precio, aunque para ello deban obrar con buena fe, pero no con la buena fe cualificada que constituye la fidelidad.

La razón está precisamente en que el contratista no se incorpora o entra en la empresa o círculo privado de vida del comitente. El contacto —el de relieve causal— entre ambos se reduce a dos momentos: el *inicial*, de estipulación del contrato, y el *final*, de su cumplimiento, con las recíprocas entregas. La zona central o de intervalo —entre uno y otro— queda relegada a un segundo término y se desconecta de la relación entre las partes (114). La actividad desarrollada durante ese tiempo es necesaria para conseguir el resultado, pero irrelevante a efectos de cumplimiento. Con tal actividad el contratista *prepara* el cumplimiento de lo pactado, pero sólo *cumple* cuando entrega el resultado. Por tanto, es un contrato que se agota en un acto singular.

El hecho de que durante la situación de pendencia del resultado el comitente pueda dar órdenes no afecta a nuestra postura. Cuando se dan tales órdenes el comitente *sale de su postura pasiva* y entra en la esfera del contratista para colaborar con él en el logro del interés que persigue con el contrato. Por el contrario, en el contrato de trabajo el trabajador *entra* en la esfera del acreedor de trabajo, cumpliendo con la pertenencia al círculo vital de éste (normalmente, la empresa).

Así se aprecia también la diferencia entre ejecución de obra y arrendamiento de servicios para obra o servicio determinado. En este último, el trabajador no contrata *para* lograr un resultado, sino que se pone a disposición del empresario, *hasta* que se ejecute la obra o

“no puede agotarse en singulares actos de ejecución, pues una comunidad en sentido jurídico no sufre ninguna interrupción”, p. 17.

(113) En general sirve para la distinción entre arr. de servicios —civil o laboral— de la ejecución de obra. Pero habrá que atenerse al Derecho positivo de cada país. En el nuestro no es contrato de trabajo —sin razón jurídica que le apoye— el servicio doméstico (art. 2.º b LCT.), configurándose, por tanto, como un arrendamiento de servicios civil. Sin embargo, se admite en el campo de aplicación de la Seguridad Social: L. 19-VII-1944, D. 17-III-1959 y Estatutos de 6-IV-1959.

(114) En el arr. de servicios (c. de trabajo), sin embargo, la duración entre el momento inicial y final, no es “sufrida”, sino “querida” por las partes, en cuanto que lo útil de la relación es proporcional a la duración misma. Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 197 y RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación...* cit., p. 29.

se preste el servicio. Por tanto, su trabajo hasta tal término sí que tiene una relevancia causal. Trabajando, cumple.

En definitiva, tales rasgos de ambos contratos están íntimamente ligados con la diversa incidencia del tiempo en uno y en otro, como ahora vamos a ver.

C) *El criterio temporal. Prestación instantánea y prestación duradera*

En la actualidad se ha puesto de relieve con singular fuerza el valor esencial que la duración tiene para configurar el contrato de trabajo, hasta el punto de justificar la especialidad del Derecho laboral por el carácter duradero del contrato de trabajo (115); pues se afirma que tal contrato es de ejecución continuada (o de tracto sucesivo), frente al contrato de ejecución de obra, que pertenece a la categoría de los de ejecución instantánea (o de tracto único).

La incertidumbre de la doctrina sobre la misma noción de contratos de duración y sus opuestos de prestación instantánea, requiere llegar a una determinación de los mismos antes de referirlos a la hipótesis que nos interesa.

Los resultados doctrinales en punto a definir las relaciones obligatorias de ejecución continuada pueden agruparse fundamentalmente en dos categorías (116):

a) Los que sostienen que existe una obligación de ejecución continuada cuando la prestación deba ser realizada durante un cierto tiempo (117).

b) Existe una obligación de tal especie cuando la relación *se fracciona en una serie de prestaciones autónomas y distintas*; aunque esta teoría, que gravita sobre la autonomía de los singulares actos de ejecución, haya asumido diversas posturas: para unos existe unidad de relación y pluralidad de obligaciones (118); para otros se da un solo sinalagma genético al que corresponden varios sinalagmas funciona-

(115) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación...* cit. que recoge esta opinión, haciendo un sistemático estudio de la incidencia del tiempo en las relaciones de trabajo. En general el tema ha sido muy poco atendido por la doctrina patria.

(116) Seguimos a DEVOTO, *Appunti per una definizione delle obbligazioni a esecuzione continuata*. Riv. Dir. com. 1942, núms. 9-10, ps. 297 y ss.

(117) Tal teoría fue formulada por primera vez, de un modo claro, por GIERKE, *Die Dauernde Schuldverhältnisse* en *Ihering's Jahrbücher*, 1914, vol. 64, página 356, el cual distingue entre obligaciones de no hacer, de hacer continuado y obligaciones periódicas, reconduciendo los tres tipos a una sola categoría: relaciones obligatorias de duración, por el criterio de la *extensión en el tiempo de la actividad ejecutiva del deudor*. En las obligaciones instantáneas, sin embargo, el deudor presta en un solo momento del tiempo.

Sobre su teoría se han hecho agudas observaciones críticas. Así STOLFI, *Appunti critici sui contratti di durata* en *Studi in memoria di Bernardino Scorsza*, 1940, p. 837 y DEVOTO, op. cit., p. 298 y ss.

(118) Así OSTI, *Appunti per una teoria della soppravvenienza*, en Riv. Dir. Civ. 1913, p. 481.

les (119); y finalmente, se ha observado que en las obligaciones de ejecución continuada se consigue no uno, sino varios resultados contractuales (120).

Cualquiera que sea el juicio que pueda hacerse a tales opiniones —lo cual es un tanto marginal a nuestro estudio—, hacemos nuestra la concepción de Devoto, para el que la obligación de ejecución continuada “es un complejo de obligaciones simples que nacen de una misma fuente y que son formalmente idénticas, diferenciándose tan sólo por el elemento temporal” (121). Es decir, que en tales obligaciones no son las prestaciones las que se concentran en una sola, sino la *determinación de la voluntad de las partes, que es única* (122). Ello es posible, únicamente, por la *identidad formal* de las singulares prestaciones; es por tal identidad por lo que es factible para las dos partes querer toda la serie de prestaciones con un solo acto (duradero) (123). Y por otra parte, cada prestación singular se distingue —dada su identidad formal— de las demás de la serie sólo por el tiempo (124), en el sentido de que el tiempo es el único elemento diferenciado de cada una de las prestaciones. Por ello las obligaciones de ejecución continuada se extinguen *progresivamente*, ya que cada acto singular de ejecución consigue su fin y está justificado por su causa (125).

A su vez el tiempo, en las obligaciones duraderas, hay que entenderlo en función de la *satisfacción de un interés duradero*, sin confundirlo con la duración de la prestación (tiempo que el deudor debe de emplear para cumplir, como es el caso del contratista), ni con el momento o período de tiempo en el que la prestación debe cumplirse (negocios a término esencial) (126).

Tales obligaciones de ejecución continuada, junto con las de ejecución periódica (aunque con caracteres distintos), constituyen genéricamente las obligaciones de duración, frente a las obligaciones instantáneas (127).

(119) FERRI, *Vendita con esclusiva*, en Dir. e prat. comm. 1933, p. 501. DONATI, *Il contratto di assecurazione in abbonamento*, 1935, p. 195.

(120) D'AMELIO, *Contratti d'acquisto e contratti di somministrazione*, Riv. Dir. Com. 1909, II, p. 501 (esta nota y las dos anteriores son citadas por DEVOTO, *Appunti...* cit., p. 299).

(121) DEVOTO, op. cit., p. 303.

(122) Las partes de *una sola vez* consideran las exigencias, estudian el modo de ejecución y configuran el esquema del contrato, como el más apto para la satisfacción de sus intereses.

(123) Como agudamente observa DEVOTO, op. cit., p. 302, aun queriendo (por el ahorro de energías y de gastos) determinar una sola vez mi voluntad y lograr con un solo contrato de venta de una casa, el arrendamiento de un piso y la permuta del terreno, no podría hacerlo, sino que mi voluntad contractual tendría que dirigirse sucesiva y ordenadamente a la consecución de tres propósitos tan distintos.

(124) La forma, el espacio y el tiempo, constituyen según CARNELUTTI, los tres aspectos por los que la realidad se nos revela. Por ello, y dejando aparte por hipótesis, el espacio, es cierta la opinión que consignamos.

(125) DEVOTO, op. cit., p. 307.

(126) Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 196 y DEVOTO, op. cit., p. 304.

(127) Tal distinción es jurídica, no natural, ya que la duración es nece-

Aplicando tales conclusiones a nuestro tema, puede afirmarse que en el contrato de ejecución de obra el tiempo tiene la función de preparar el cumplimiento de la obligación, siendo valorado como un medio para llegar a la prestación final, por lo que es un contrato de prestación instantánea; y que, por el contrario, en el contrato de trabajo el tiempo asume un decisivo relieve jurídico, en cuanto que se caracteriza por un *empeño continuado*, de tal manera que trabajar en razón del tiempo es cumplir, siendo indiferente que la duración del contrato sea determinada o indefinida (128).

El acreedor de trabajo y el trabajador, en lugar de pactar sucesivas prestaciones, pactan por un solo acto las prestaciones continuadas, las cuales poseen una identidad formal, distinguiéndose tan sólo por el elemento temporal, de tal modo que aunque cada una de ellas se va extinguiendo con el paso del tiempo, subsiste, en cambio, el fundamental vínculo contractual por el que se satisface un interés duradero, a través de sucesivas prestaciones.

Ello explica el juego de la retroactividad en el contrato de trabajo, que opera *ex nunc* (129), y el hecho —en materia de resolución del contrato— de que las causas extintivas dependientes de la voluntad de las partes operen con independencia de los anteriores comportamientos (130).

Ahora bien, tal distinción es un tanto simple, pues se advierte que pueden existir contratistas que se obliguen de modo reiterado o periódico a conseguir diversos resultados, para el mismo comitente, por lo que parece introducirse en el contrato que estipule un elemento de duración indiscutible (131). Para salvar tal objeción se ha sostenido que los contratos con prestaciones reiteradas son contratos que causan una pluralidad de relaciones que corresponden con cada prestación o cada grupo de prestaciones sucesivas (132). Pero tal opinión resulta un tanto artificial, no salvando, por otra parte, la unidad negocial.

Parece más acertado pensar que tales ejecuciones de obra constituyen contratos de *ejecución periódica*, en los que la relevancia del tiempo viene dada por el interés que la satisfacción de una necesidad tenga en *un momento dado* (que se distingue del siguiente) (133) o, en otras palabras, que la reiteración es de *prestaciones instantá-*

saria para toda actividad humana que tiende a conseguir resultados. Por ello al decir "acto instantáneo" no se emplea el término en un sentido natural, sino como acto en el que, para los fines jurídicos, es indiferente la duración. Vid. CORRADO, *La nozione...* cit., p. 125.

(128) Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 196 y ss.

(129) ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit., II, p. 286.

(130) El trabajador que siempre ha obedecido, pero que el día X comete una falta muy grave de desobediencia puede ser despedido, pero no porque no haya cumplido hasta entonces, sino por su incumplimiento actual. Lo mismo puede decirse del rendimiento, respeto, etc. Es decir que el contrato de trabajo por ser de duración, exige un debido *comportamiento duradero*.

(131) CORRADO, *La nozione...* cit., p. 132.

(132) STOLFI, op. cit., p. 843.

(133) ARDAU, *Corso...* cit., p. 197.

neas (134), mientras que en los contratos de ejecución continuada (contrato de trabajo) la reiteración es de *prestaciones continuadas* que satisfacen un interés duradero (135).

Como afirma Oppo, “es necesario advertir que la exclusión de la *l. c. operis* del contrato de duración sólo es útil cuando se deba un *opus* singular y aislado; nada excluye que pueda ser debida la repetición de tal resultado, y en tal caso estamos en presencia de un contrato de duración (de ejecución repetida). *Pero se tratará de un contrato, precisamente, de ejecución periódica, no continuada*” (136).

Podemos concluir que la verdadera esencia del contrato de trabajo parece estar en su función de satisfacer un interés duradero a través de prestaciones continuadas, frente a las ejecuciones de obra en las que se da una prestación instantánea, unas veces, o una reiteración de las mismas (ej. periódica), en otras (137).

O sea, que en definitiva, por decirlo con Mengoni, del contrato de trabajo nace una obligación única o, al menos, una obligación fundamental unitaria, en la que las singulares pretensiones, correspondientes a los sucesivos períodos de ejecución, están fundamentalmente ligadas en vista de una *prestación de carácter continuado dirigida a la satisfacción de un interés duradero* (138). De ahí viene, a nuestro juicio, la peculiaridad del contrato de trabajo (como arr. de servicios) y la necesidad de que el trabajador, para cumplir, se incorpore a la empresa o círculo privado de vida del acreedor de trabajo. Lo cual no se da en el contrato de ejecución de obra, aunque las ejecuciones se reiteren en el tiempo.

D) *La asunción de los riesgos*

Es doctrina común que en el contrato de trabajo los riesgos corren a cargo del empresario, mientras que en el de ejecución de obra los asume el contratista, viéndose en tal criterio un elemento diferencia-

(134) CORRADO, *La nozione...* cit., p. 134.

(135) ARDAU, op. cit. loc. cit.

(136) OPPO, *I contratti di durata*, Riv. Dir. com. 1943, I, núm. 9.

En este punto se da justamente el reverso de lo que acertadamente afirma ALONSO OLEA, respecto a la difícil distinción del contrato de trabajo que tiene por causa frutos de producción muy breve y la ejecución de obra (*Introducción...* cit., p. 111). Aquí tienden a confundirse la ejecución de obra de resultados periódicos o reiterados y el contrato de trabajo normal (es decir, el que da frutos de producción larga).

(137) Pero aun en tal caso de ejecuciones de obras repetidas o periódicas, las obras singulares conservan su naturaleza de prestaciones instantáneas, no asumiendo valor jurídico, hasta el momento en que vienen a la existencia como un todo orgánico, siendo irrelevantes por sí mismas la actividad y el tiempo necesarios para conseguirlos. Vid. CORRADO, op. cit., p. 135.

(138) MENGONI, *Ancora sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*. Temi 1951, núm. 50.

O como afirma MESSINEO, en la ejecución de obra el tiempo se refiere a la producción de resultado, no a la *ejecución* del contrato; en *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano 1954, III, I, t. I, p. 194.

dor de primer orden (139), lo que justifica, a su vez, el poder directivo y de organización que el empresario posee (140).

Parece demostrado, sin embargo, que el riesgo en el contrato de obra se atiende más a los efectos jurídicos (*Rechtsfolgen*) que a los elementos constitutivos (*Tatbestände*) del contrato. Es decir, que el contrato de ejecución de obra no es un *contrato aleatorio*, al menos en sentido técnico, por cuanto que el riesgo, entendido como posibilidad de ganancia o de pérdida, no es el objeto del contrato (142). El objeto está constituido por un resultado a cambio de un precio cierto (artículo 1.544 C. c.), con la particularidad de que, según doctrina del T. S., existe *precio cierto* no sólo cuando se fija previamente, sino cuando encargada una obra sin convenir de antemano su coste, *variable durante su ejecución*, por las exigencias de quien la encarga y la calidad de los materiales, resulta el precio conforme al valor de éstos, según facturas del contratista, y justificado todo por prueba pericial (sentencia 25-I-1909). No existe, por tanto, un *aleas* en sentido técnico-jurídico (como ocurre en el contrato de seguro) (143), sino, a lo más, en un sentido económico. En otras palabras, el riesgo no es la base del

(139) Así entre otros, RIVA SANSEVERINO, *Il contratto...* en *Trattato...* citado, p. 25; SANTORO-PASARELLI, *Nozioni...* cit., p. 70; BAYÓN-PÉREZ BORTIJA, *Manual...* cit., I, p. 22, los cuales afirman que en el contrato de obra "el riesgo económico, el riesgo de empresa, se desplaza, el empresario deja de serlo y se transforma en un simple contitente y el trabajador se convierte en su propio empresario". CASSI, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano 1954, página 66. BORRAJO, *Derecho del Trabajo*. Madrid 1960, p. 82. Y un notable antecedente en RÜNMELIN, *Diensvertrag und Werkvertrag*, Tubinga 1905, ps. 16 y ss. en especial.

(140) Así ARDAU, *Corso...* cit., p. 20; SANTORO-PASARELLI, op. cit., p. 70. BARASSI, *Elementi...* cit., p. 35, que se refiere especialmente al riesgo económico: que haya o no ganancia, ese es el riesgo.

Una vez más se aprecia la fecundidad de la teoría de la incorporación, pues si por dependencia se entiende *sometimiento a órdenes* y se justifica por la asunción de los riesgos por parte del empresario, ¿cómo se explica que en el contrato de obra —en el que se dice que asume los riesgos el contratista— pueda dar el comitente órdenes para la configuración del resultado? El hecho de que tales órdenes deban de circunscribirse a la consecución de la obra prevista nada nos dice, ya que tampoco en el contrato de trabajo se puede exigir trabajo distinto del acordado, de conformidad principalmente con la clasificación profesional (art. 64 LCT). Los trabajos extraordinarios, para remediar males urgentes, etc., o el *ius variandi* son la excepción, y la razón de que puedan pedirse aquéllos o ejercitarse éste, se encuentra precisamente en el *bien* de la empresa a la que el trabajador se ha incorporado.

(141) CORRADO, op. cit., p. 82.

(142) Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevinida de la prestación del empresario*. Rev. Pol. Soc. número 56, pág. 80.

Nuestro Código civil define el contrato aleatorio en el artículo 1.790, con evidente falta de rigor, pues parece confundirlo con los contratos condicionales. Vid. CASTÁN, *Derecho...* cit., pág. 636.

(143) Para los seguros sociales, vid. BORRAJO, *Configuración jurídica de los riesgos sociales*. Rev. Ibér. de Seg. Soc., 1961, ns. 1 (en especial pág. 59) y 2.

contrato, sino, a lo sumo, una consecuencia del negocio, un *posteriorius* (144).

a) *Riesgos de ejecución y riesgos de explotación.*

En el proceso productivo laboral pueden darse, a nuestro juicio, dos tipos de riesgos: de ejecución y de explotación (145).

El riesgo de ejecución consiste en la posibilidad del advenimiento de ciertos sucesos que impidan o hagan más onerosa la prestación de los servicios o la ejecución de la obra. Tal riesgo puede afectar a la persona o a los materiales, y con los dos efectos de imposibilidad o mayor onerosidad, desde la estipulación del contrato hasta la entrega del resultado (en la ej. de obra) o mientras se prestan los servicios (en el c. de trabajo).

El riesgo de explotación incide más directamente sobre el aspecto económico del resultado o fruto de trabajo (que tanto se persigue en un contrato como en el otro, aunque con distinta valoración jurídica) (146) que pasa al patrimonio del comitente o del acreedor de trabajo. Realizada la cesión (si es originaria o no en el c. de ej. de obra, lo veremos más adelante), el trabajador o el contratista se desentiende de la utilidad económica de lo cedido, que sólo afecta al que lo recibe (147). Si los riesgos de explotación se comparten, el contrato será societario, no laboral, y el trabajo por cuenta propia (148).

b) *Asunción de los mismos en el contrato de trabajo y en el de ejecución de obra.*

De lo anterior ya podemos concluir que la distinción se refiere a la distinta incidencia de los riesgos de ejecución, ya que los de explotación ni los asume el trabajador ni tampoco el contratista (149).

(144) CORRADO, op. cit., pág. 78.

(145) La división de tales riesgos se ve muy clara en la legislación administrativa sobre obras públicas. Para conseguir una obra pública la Administración tiene tres posibilidades: *ejecución directa* (corre con los riesgos de ejecución y si luego la explota con los de explotación); *contrato de obras públicas* (no corre con los riesgos de ejecución) y *contrato-concesión* (no asume ninguno de los dos). Tales figuras pueden ser afectadas, sin embargo, por cláusulas de interesamiento (la *règìe interessè*), según ha demostrado la doctrina administrativa. Vid. MARTÍN RETORTILLO, *De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*, Rev. Ad. Púb. número 36 y NIEVES BORREGO, *La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*, id., número 26.

(146) ALONSO OLEA, *Introducción...* cit., pág. 111.

(147) Una editorial puede encargar la redacción de un libro, con su trabajo personal, a un científico, por el que y mediante su entrega se le abonará un determinado precio. Los riesgos de ejecución—si no se dispone otra cosa—pesan sobre el autor. Pero entregado el manuscrito a la editorial, es ajeno por completo a las ganancias o pérdidas que de la venta del libro provengan. Es ajeno, en suma, a los riesgos de explotación.

(148) Y en el caso de que una de las partes sólo aporte su trabajo, se constituirá como socio industrial, cuyos derechos y obligaciones vienen regulados en el C. c., artículos 1.683, 1.689 y 1.691. La participación en beneficios es un problema distinto que veremos más adelante.

(149) Con referencia al trabajador lo expresan BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, Ma-

Por otra parte, es importante consignar que sólo será útil la distinción cuando la refiramos a las variaciones de rendimiento útil dependientes de *causas no imputables* al trabajador, ya que en el supuesto de imputabilidad, el riesgo, traducido en hecho, pesará sobre el mismo (150). Con tales advertencias, podemos ya entrar en la consideración del asunto.

1. En el contrato de ejecución de obra

Trataremos de responder a dos preguntas: ¿Qué es lo que arriesga el contratista?, y ¿por qué asume los riesgos?

a') A la primera se puede contestar diciendo que el contratista arriesga, por una parte, que el resultado le cueste más de lo previsto (mayor onerosidad), que no pueda conseguirlo o que se le destruya, una vez conseguido, antes de su entrega y recepción; por otra, lo que

nual... cit., I, pág. 20, al decir que aquél "es extraño al riesgo y ventura del proceso económico; por ello el resultado económico de la relación laboral es jurídicamente un asunto ajeno a él" y de modo semejante ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit. I, p. 39 para el que "es, sobre todo, el riesgo económico favorable o adverso, el que se da en aquél por cuenta del cual se trabaja".

Pero interesa resaltar desde ahora que lo mismo puede predicarse del contratista (no participa de los riesgos de explotación) y aún nos atrevemos a decir que con un mayor rigor que en el caso del trabajador (ligado por contrato de trabajo). Este último no participa *directamente* de las pérdidas, pero sí que puede hacerlo *indirectamente*. Cuando ALONSO OLEA (*La empresa... cit.*, p. 106), afirma con acierto, que al inmovilizarse los costes de la empresa, nadie tiene un riesgo específico o, mejor aún, todos participan genéricamente de los riesgos, ya que en la medida en que el riesgo sigue subsistiendo "subsiste para la empresa como conjunto y para absolutamente todos los elementos personales que en la empresa están integrados" (riesgo de quiebra, por ejemplo), lo que nos dice es, que en *cierto modo* el trabajador participa de los riesgos de explotación, del resultado económico favorable o adverso de la empresa. Puede influir, por ejemplo, en la posibilidad de despido por crisis (D. 26-I-1944), o sin tanta gravedad en la participación en beneficios.

Tal participación indirecta radica, a nuestro juicio, precisamente en la *incorporación* del trabajador a la empresa, a cuya vida y marcha está, quiérase o no, estrechamente vinculado el trabajador. Ello no ocurre, sin embargo, con el contratista, que no se incorpora, que no se une al comitente y por ende es ajeno por completo a los riesgos de explotación. Al entregar el resultado el contratista se desvincula del comitente (salvo el caso especial de la construcción de edificios); el trabajador, sin embargo, sigue *unido* a la empresa, por lo que es de interés para él la prosperidad de la misma: se trata de *su* empresa, en la cual trabaja. Y en la medida en que el contrato de trabajo vaya tomando elementos del contrato de sociedad, de modo inevitable participará el trabajador más intensamente de los riesgos de explotación de la *empresa*.

(150) Así por ejemplo la disminución continuada y voluntaria del rendimiento, causa justa de despido (art. 77, f. LCT), los daños causados a los locales, máquinas, etc. que deben indemnizarse (art. 63 LCT) y en el caso de un riesgo personal como es el accidente, el dolo o la voluntariedad del mismo exonerada de responsabilidad al empresario; vid. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, *La conducta delictiva de la víctima en la calificación de accidente de trabajo*. RISS, 1961, 2, p. 519 y ss.

arriesga es su trabajo personal y, por ende, la remuneración del mismo, con exclusión de un lucro o beneficio especial. Veámoslos por separado.

— *la mayor onerosidad*

Puede ocurrir que durante la ejecución sobrevengan una serie de acontecimientos que sin imposibilitar la prestación hagan ésta particularmente onerosa. El objeto de la obligación puede alcanzarse, pero en condiciones más gravosas para el deudor, por causas que afecten directamente a la persona del contratista o bien a los materiales (151). La alteración de las circunstancias es subjetiva y relativa, porque ni la misma referencia al sujeto es en términos absolutos de imposibilidad, sino de dificultad y, por tanto, de relativa imposibilidad (152). El problema cardinal que la alteración de las circunstancias plantea es el de si en virtud de aquélla procede una revisión del contrato para equilibrar de nuevo las recíprocas prestaciones (153).

Respecto al contrato de ejecución de obra, el Código civil nada dice al respecto, salvo para un caso especial: el de construcción de edificios; convenida la construcción con arreglo a un plano, no puede el contratista o arquitecto pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales (art. 1.593 C. c.) (154). Pero salvo esta disposición específica, que nada autoriza a convertirla en genérica, el Código no se refiere a la mayor onerosidad sobrevenida en la ejecución.

En principio, y atendiendo a la noción de arrendamiento de obra que da el artículo 1.544, será preciso concluir que la obligación del contratista consiste en la realización y entrega de la obra por un pre-

(151) El C. c. sólo se refiere a los materiales defectuosos para el supuesto de destrucción, artículo 1590.

(152) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid 1956, p. 308. Siguiendo a este autor, la configuración jurídica de la mayor onerosidad, requiere que las prestaciones se desarrollen en el tiempo, que el contrato sea oneroso, no aleatorio, y que sobrevenga efectivamente las circunstancias que hagan más gravosa la prestación. Aunque la ejecución de obra no sea de tracto sucesivo, el hecho de que la obra deba de ejecutarse requiere un elemento temporal indudable, con valor para este supuesto. Además, no puede olvidarse que la cláusula *rebus sic stantibus* aplicada en un principio sólo a los contratos de tracto sucesivo se amplió más tarde: *omnis pactum omnis promissio, rebus sic stantibus intelligenda est*. Un buen estudio histórico de BARMANN, J., *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contract consensuel*. Rev. inter. de droit comp., en marzo, 1961, ps. 18-53.

(153) Un examen de las distintas teorías en BELTRÁN, *El cumplimiento...* cit.

(154) El hecho de que pueda pedirse el aumento, por modificación del plano que exija aumento de las obras y *siempre con la autorización del empresario* (art. 1593, *in fine*), no es en realidad una genuina alteración de circunstancias, sino un pacto novatorio posterior del precio y de la obra.

Por otra parte, como veremos en el ap. II, el contrato de construcción de edificios, se configura en la realidad, casi sin excepción, como un contrato de empresa, no de obra.

cio y que, por tanto, el comitente es ajeno al mayor sacrificio que pueda constituir la consecución de aquélla.

Sin embargo, tal principio general sufre una notable restricción, a nuestro juicio, en tres supuestos. Tales son: que la ejecución suponga un sacrificio extraordinario para el contratista; cuando se precise la cooperación del comitente; y, por último, en el caso de fijación previa de un presupuesto de gastos, simplemente orientador.

En el primero de ellos, es opinión común que cuando la consecución de la obra, por la causa que sea (desde luego, no imputable al contratista), suponga para éste la puesta en juego de un sacrificio extraordinario, queda exento de responsabilidad. La dificultad extraordinaria —dice Castán— (155) se ha de considerar como imposibilidad liberatoria, de suerte que no pueda exigirse al deudor que venza esa dificultad (la llamada prestación exorbitante). En el mismo sentido Terraza (156), según el cual “si las contraprestaciones no son ya una relación equitativa de valor por sobrevenir un cambio en el estado de hecho anterior, es legítima la resolución del contrato”, y así un amplio sector doctrinal (157). Y aunque ello tropiece con el artículo 1.184 C. c., que exige para la exoneración en las obligaciones de hacer que la prestación sea legal o físicamente imposible, opinamos con Pérez González y Alguer, que el principio de buena fe (art. 1.258 C. c.), puede y debe de ser base suficiente para que tal artículo no se interprete en su rigor literal llevándolo a un extremo incompatible con un prudente espíritu de justicia (158). Si entendemos así el sacrificio extraordinario, puede constituir una de las causas por las que el contratista no pueda acabar la obra, dando lugar, si se le contrató por sus cualidades personales, a la rescisión del contrato y oportuna indemnización (artículo 1.595 C. c.) (159), aunque se trate de una imposibilidad subjetiva y relativa.

En los casos en que la alteración de las circunstancias no suponga un sacrificio extraordinario o prestación exorbitante, sólo con gran cautela se podría aplicar la cláusula “*rebus sic stantibus*”, por razones de seguridad jurídica, y en todo caso “la revisión contractual al amparo de esa cláusula sobreentendida con fundamento subjetivo en la voluntad de los contratantes, sólo debe tender a la modificación equita-

(155) *Derecho...* cit. III, p. 264.

(156) *Modificación y resolución de los contratos*. Barcelona, 1947, p. 45.

(157) Vid. FERNÁNDEZ CANTOS, *La resolución de los contratos por causa de incumplimiento*. Rev. gral. de Leg. y Jur., julio-agosto 1960 y bibliografía que cita en p. 198, n. 156.

(158) Así lo apoya el TS.: “es justa consecuencia de la buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de la finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median excepcionales circunstancias”, s. 23-XI-1962 (sala 1.ª).

(159) Tal artículo (1595) puede constituir una base muy útil para una interpretación jurisprudencial menos rigorista del principio *pacta sunt servanda* en los contratos de obra; máxime cuando en el contrato de obra, como veremos, existe un trabajo *personal* del contratista.

tiva de los pactos del contrato, sin darle un alcance rescisorio o exoneratorio de las obligaciones" (160). La razón está en que *se puede cumplir*.

En el segundo supuesto, cuando para la ejecución de la obra se precisa la cooperación del comitente, como por ejemplo, suministro de material, poner el local de trabajo, dar ciertas medidas, etc., si aquélla no se da, estamos en presencia, por analogía, en un caso de mora, que exime de responsabilidades al contratista. En el Derecho alemán en tales casos de omisión debe dar el comitente la indemnización adecuada (161).

Y, por fin, es frecuente que antes de comenzar se confeccione por el contratista un presupuesto de gastos con arreglo al cual se ejecutará el resultado. Tal presupuesto, al que se ha llamado "base subjetiva del negocio" (162), sirve en la generalidad de los casos como una orientación para el comitente de la cuantía aproximada de los gastos, fijándose definitivamente el precio con arreglo a los gastos efectivos, número de horas empleadas, etc. En tales casos existe también *precio cierto* (s. 25-I-1909), quedando los riesgos notablemente disminuidos.

— *imposibilidad o destrucción de la obra*

La doctrina civil distingue una imposibilidad objetiva—que afecta a la entidad intrínseca del contenido de la obligación—y una imposibilidad subjetiva—cuyo fundamento reside en las relaciones simplemente personales del deudor o de éste con la cosa—.

En nuestro Código, salvo la referencia a la imposibilidad del 1.595, sólo se atiende a la destrucción de la obra antes de ser entregada.

Cuando el contratista se obliga a poner el material debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo que hubiese existido morosidad en recibirla (art. 1.589). Nada dice este artículo de la aprobación por el comitente (163), de la obra que se le entrega, por lo que hay que entender que los riesgos de la destrucción pasan al comitente una vez hecha la entrega, salvo en el caso de construcción de edificios, en el que responden el arquitecto o contratista durante diez años desde que se terminó el edificio (164).

(160) Aunque para un supuesto diferente sienta esta doctrina el TS. en s. 23-XI-1962 (sala 1.ª). Vid. además, ss. 17-V-1957, 21-X-1958, 6-VI-59, 31-III-1960 (todas de la sala 1.ª).

(161) LARENZ, op. cit., p. 324.

(162) LARENZ, op. cit., p. 323.

(163) La cual, en todo caso, ha de ser como conviene a un hombre honorable, "*Si in lege locationibus comprehensum sit, ut arbitratur domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit*" (D. 19, 2, 24) Vid. TRAVIESAS, M., *El contrato de arrendamiento*, Rev. De. Priv. 1919, p. 45.

Nuestro C. c. parece subordinar la producción de efectos de la aprobación, a la estipulación expresa de tal extremo en el contrato (art. 1598).

(164) Art. 1591 C. c. La bifurcación de la responsabilidad entre el arquitecto y el contratista responde a la diversa función de uno y de otro: técnica

Queda claro, por tanto, que la destrucción de la obra, sin culpa del deudor, extingue la obligación (art. 1.182 C. c.) sin ningún derecho para las partes y una mayor carga para el contratista. En el caso de que intervenga dolo, culpa o negligencia, nos parece que no sólo deberá el contratista sufrir la pérdida del material, sino que cabe que deba una indemnización de daños y perjuicios al comitente (arts. 1.101 y concordantes del C. c.), ya que éste tiene un derecho a la obra que no puede desconocerse (art. 1.546 C. c.) (165).

Es importante añadir, sin embargo, que la admisión del contrato de obra con aportación de materiales (no sólo de *útiles* de trabajo) por el contratista es un tanto cuestionada en la doctrina, que discute si es un contrato de obra, una compraventa o un contrato mixto de locación y venta. Suele distinguirse según que la cosa a entregar sea fungible o no lo sea. En el primer caso se tratará de un contrato de compraventa porque la obligación de *hacer la cosa personalmente* es menos importante que su entrega y transmisión. Será una compraventa “con la particularidad de que ordinariamente el vendedor es al mismo tiempo fabricante de la cosa” (166). Si se trata de algo no fungible (traje a medida, mueble especial, etc) será un contrato de obra *impropio* (c. de obra nueva o *Werklieferungsvertrag*), pues “el comitente se interesa esencialmente por la actividad del contratista para la ejecución del trabajo que pretende y *después* por la adquisición de la obra” (167). Aún en este último caso, nos parece que se tratará de un contrato de empresa y no de obra, sin posibilidades de encaje en el Derecho del Trabajo, por razón del lucro especial perseguido por el contratista, como luego veremos (168).

Si el contratista “se obliga a poner sólo su trabajo o industria no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada”, salvo el caso de *mora accipiendi* o de que la destrucción provenga de la mala calidad de los materiales, siempre que se haya advertido esta circunstancia al dueño (art 1.590 C. c.).

y directiva la del primero y ejecutiva y económica la del segundo. Sin embargo, no parece existir una presunción de culpa, sino que la prueba de la misma corresponde al dueño. Vid. MANRESA, op. cit., p. 921. Para la responsabilidad frente a terceros vid., art. 1.909 C. c.

(165) En el Derecho romano, afirma GARCÍA ENTERRÍA, la *vis maior* que destruya la obra desplaza la responsabilidad al *locator*, el cual debía pagar la remuneración si la obra destruida antes de la entrega estaba acabada de tal suerte que hubiese tenido que aceptarla. Y la remuneración sería parcial cuando le destrucción fuese parcial. En *Riesgo y ventura en el contrato administrativo*, Rev. Ad. Púb., n. 2, p. 94.

(166) LARENZ, op. cit., p. 328. ENNECERUS, *Tratado*. II, 2.º, p. 298 y ss.

(167) LARENZ, op. cit., p. 329.

(168) Vid. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos...* cit., p. 150.

Distinto es a nuestro juicio lo dispuesto en el artículo 5.º LCT, según el cual “se consideran empresarios... los contratistas, subcontratistas, destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo, *dando o no los materiales y útiles de trabajo*” Creemos que se está pensando en la posibilidad de que el trabajador ponga los materiales y (no emplea la disyuntiva) útiles, pero no la materia prima sobre la cual desarrollará su actividad.

El hecho de que los materiales sean propiedad del comitente, hace que el contratista sólo arriesgue su trabajo, el valor del mismo, sin que deba ninguna indemnización por la destrucción, salvo que a él sea imputable.

— *trabajo personal y ausencia de lucro especial*

El Tribunal Supremo, con buen criterio, hace un llamamiento al lucro especial para deslindar las figuras del contratista-empresario y del contratista-trabajador. Así dice que “el demandante no tiene el carácter de obrero, pues si bien él trabajaba, lo hacía por su cuenta y riesgo, obteniendo una *ganancia independiente* del trabajo manual (s. 10-XII-1929), ya que “la típica distinción entre trabajador en sus distintas modalidades y empresario o contratista se advierte en la idea de *lucro* obtenido por sí mismo o con el esfuerzo de otros; es decir, que el primero no pretende más que salario, y el segundo pretende, además del suyo si él trabajó, *otro especial y aparte* (s. 2-X-1951). Criterio repetidamente usado en numerosas sentencias (169).

Alonso Olea (170), de modo rotundo afirma que “para que el contrato de ejecución de obra siga subsistiendo como contrato de trabajo y no pase a ser un contrato de empresa es absolutamente preciso que lo que el contratista arriesgue sea exclusivamente su remuneración”.

Aun adhiriéndonos a tal criterio, vemos la dificultad de saber cuándo se busca o no un lucro especial distinto del salario. No parece apto acudir a un criterio cuantitativo, por su enorme variabilidad. Por ello pueden ser muy útiles unos índices distintos. Concretamente, el hecho de que el contratista trabaje *personalmente*, siendo su trabajo lo único que arriesgue. Si arriesga los materiales (en el sentido de materia prima), un capital previo, el trabajo de otros a su servicio, etc., entonces se tratará de un contrato de empresa, no de obra (encajando aquí el artículo 1.589 C. c.). De todo ello se deduce que el verdadero contrato de obra “es el celebrado entre el comitente y el realizador directo del trabajo” (171), que no busque o arriesgue un beneficio especial.

(169) “trabajo... del que obtenía un lucro que lo constituyó en patrono de sí mismo”, s. 17-XI-1944. “Resalta el propósito de lograr particular lucro distinto y excedente del posible personal, y por ello le convierte en empresario a quien así procedió”, s. 21-XI-1941 y con idéntica doctrina en ss. 7-V-1918, 11-II-1926, 31-XI-1941, 27-V-1949, 29-I-1953, 4-II-1960, etc.

(170) *Pactos...* cit., p. 150. ...

(171) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit. II, p. 647, distinguen una serie de supuestos, atendiendo al contratista, afirmando que cuando el contratista trabaja personalmente solo o ayudado por otros a la parte, no puede ser indiferente al Derecho del trabajo, por ser un hombre que vive de su trabajo. Late en tal postura la idea de *profesionalidad*, para la delimitación del Derecho del Trabajo. Vid. BAYÓN, *El contrato de intercambio...* cit. NAPOLENTANO, *Il lavoro...* cit., p. 102. DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del Trabajo*. México 1949, p. 407. DEVEALI, *Lineamientos del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires 1956, p. 223. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*. Padova 1948, p. 77 y ss. Para LEGA la nota común del trabajo autónomo con el trabajo subordinado consiste en que ambos “se caracterizan por la obligación

Que el trabajo sea personal no significa que sea único, pues cabe un contrato de obra con un grupo de trabajadores, siempre que entre los mismos no exista uno que se constituya en empresario de los demás aunque sí puede existir un jefe de grupo (172), trabajador como los demás.

Por otra parte, la prestación, como afirma Alonso García (173), evita la confusión con aquellos supuestos de ejecuciones de obra en los que actúa un intermediario que, a su vez, contrata con un tercero o terceros al verdadero prestador del trabajo. Tal intermediario, en sus múltiples formas, no es un trabajador, aparte de la normal configuración delictiva de su actuación (174).

Nos queda, por último, resolver la segunda pregunta que hicimos: ¿Por qué responde el contratista de los riesgos, que hemos visto, cuando no son los hechos imputables a él?

El asunto es delicado por su entronque con la misma esencia del contrato de ejecución de obra.

En principio, una limitada tradición jurídica, que viene ya desde las Partidas (175), fundamenta la responsabilidad del contratista en una presunción de culpa por su parte. Pero ello puede constituir un fundamento material poco convincente.

Más riguroso parece opinar que la asunción de los riesgos por parte del contratista reposa en el hecho de que su compromiso obligatorio se contrae a un resultado concreto y completo, en virtud del cual, y no por el trabajo o tiempo empleados, el comitente entrega la remuneración. Por tanto, mientras el resultado esté en manos del contratista —salvo *mora accipiendi*— no se puede decir que ha *cumplido*,

de prestar una actividad personal de trabajo, profesionalmente por cuenta de un tercero, no a título especulativo, sino de sustentamiento”, en *Il contratto...* cit., p. 439.

(172) Muy expresivo al respecto era el artículo 3.º, ap. 3, del Rgto. de Accidentes de Trabajo, de 31-I-1933, que consideraba como trabajadores a “los contratistas de un trabajo por parejas o grupos, bien contraten su salario y el de sus compañeros y auxiliares, bien el contrato se haga a su solo nombre, por una cantidad alzada o a destajo, siempre que el contratante no obtenga por ella un *lucro especial distinto del salario* o parte que en la cantidad alzada o en el destajo le corresponda como obrero”.

Sobre la cuestión nos remitimos a ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., y al minucioso estudio de RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El auxiliar asociado*. Sevilla 1960.

(173) *Derecho...* cit., p. 53 y de modo más amplio en su estudio, *Contrato...* cit.

(174) Vid. ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., p. 152 y ss. Asimismo, s. de 7-IV-1960 (Sala 1.ª). La reacción legislativa contra tales actividades de tráfico de mano de obra, se manifiesta en el D. L. de 15-II-1952 (sobre cesión de mano de obra), y en Italia recientemente por L., de 23-X-1960, que prohíbe los intermediarios en las prestaciones de trabajo. (Vid. Serie Legislativa, OIT, Ginebra, mar-abr. 1962).

(175) “... e si por ventura la labor que fuese fecha de nuevo se derribase o se moviese antes que acabase o quince años después que fuese fecha sospecharon los sabios antiguos que por mengua, culpa o falsedad de aquellos que eran puestos para hacerlas aconteciera aquel fallecimiento”, Ley 21. Tít. XXXIII, Part. 3.ª

y por ello los sucesos desfavorables a la obra pesan sobre él. Sólo cuando *cede* el resultado al comitente queda libre de los riesgos. Se trata, sencillamente, de la aplicación de la regla *res perit domino*.

Tal parece ser la construcción de Alonso Olea, para el cual “mientras en el contrato de trabajo los resultados del esfuerzo del trabajador pasan originaria y automáticamente a ser propiedad del empresario, que en esto consiste la ajenidad del trabajo, en la ejecución de obra hay una *asunción inicial de titularidad* por parte del ejecutor seguida de una cesión al que ha hecho el encargo” (176). Esta teoría constituye una notable aportación a la difícil tarea de separar el contrato de trabajo y el de la ejecución de obra, apoyándose su autor en la diferencia *causal* de ambos contratos: en un caso, *trabajo*, y en el otro, *resultado*.

Aun admitiendo la coherencia de tal opinión no podemos aceptarla sin algunas observaciones. La semejanza con la compraventa a que Alonso Olea se refiere nos parece predicable del contrato de empresa más que del de ejecución de obra, en cuanto que aquél más que éste es un “procedimiento de lanzar al mercado frutos completos y complejos del trabajo por cuenta ajena” (177). Y es que, en realidad, la obligación del contratista-empresario termina configurándose como una obligación *in dando*; se compromete a *dar* un resultado que *otros* —*trabajadores suyos—harán*. La intervención de terceros hace que el resultado conseguido sea *inicialmente* del contratista, y *posteriormente*, del comitente.

En la genuina ejecución de obra —trabajo personal con ausencia de lucro— existe una relación *directa* entre el ejecutor y el comitente. Aquél trabaja para éste o, si se quiere, busca un resultado que se integrará en el patrimonio del segundo. No creemos que el resultado, ya sea parcial o completo, sea en ningún momento propiedad del contratista; y no es propiedad porque no tiene el “derecho de gozar y *disponer* de la cosa” (art. 348 C. c.). Desde el nacimiento del contrato, el comitente tiene *un derecho a la obra* (art. 1.546 C. c.), un *ius exigendi*, que no puede vulnerarse sin la oportuna indemnización. Y tal derecho existe no desde que la obra se completa, sino *ab initio*, es decir, desde el momento en que el contratista se compromete a hacer aquella obra.

En la ejecución de obra no existe, como en la compraventa, un desinterés de las partes por el proceso productivo de la cosa que se adquiere, pues precisamente se contrata con el ejecutor la consecución de tal o cual cosa, que luego la entrega, sí, pero entrega *algo que él personalmente ha hecho*, porque así se lo encargó el comitente (178).

(176) *Introducción... cit.*, p. 112 y también en p. 48.

(177) ALONSO OLEA, *Introducción... cit.*, p. 112, aunque se refiere genéricamente a la ejecución de obra.

(178) No sin razón emplea el C. c., verbos distintos al tratar ambos institutos jurídicos. Así en el artículo 1.445 (compraventa) utiliza el de *entregar*, mientras en el 1.544 (c. de obra) utiliza el de *ejecutar*. Como dice HEDEMANN, *op. cit.*, p. 415, “la compraventa da lugar a una *transmisión* de bienes, mientras que el contrato de obra se concibe como una forma de ayuda o asistencia para la *elaboración o producción* de bienes”.

Se trata de una obligación *in faciendo*, y si adquiere una relevancia especial *el momento de dar* el resultado conseguido, ello se debe, a nuestro juicio, a que el contratista *está fuera de la empresa o círculo vital del acreedor de trabajo*, resaltando por tal motivo el momento de contacto por el que se realiza la entrega (179).

Así se resuelve la aparente contradicción que existe entre los artículos 1.589, 1.590 y el 1.595 del C. c. Los dos primeros son una aplicación estricta del principio *res perit domino*: cada uno pierde lo que pone, el trabajo o el material (180). Sin embargo, en el supuesto del 1.595, si no se puede terminar la obra o muere el contratista (181), se instaura una rotunda excepción a la regla según la cual si no hay resultado no hay precio. ¿Por qué razón, en el caso de contratación por cualidades personales, debe de abonarse el valor de lo ejecutado sin que se haya conseguido aún la obra? ¿Cómo se justifica, si el resultado —aun parcial— está en el patrimonio del contratista, que repercuta su no consecución en el del comitente? A nuestro juicio, la respuesta está en que cuando se contrata atendiendo primordialmente a las cualidades personales del contratista, en realidad se valora más el trabajo que el resultado; o dicho de otro modo, interesa el resultado *no en sí mismo*, sino en lo que tiene de *expresión del trabajo de tal persona*. Existe una implicación de la persona que de algún modo indefinible se vincula más estrechamente al comitente. Hay un declive del resultado frente a un robustecimiento de la actividad.

Podemos concluir, por tanto, que la asunción de los riesgos por parte del contratista está en íntima conexión con su obligación de entregar un resultado, el cual condiciona el pago del precio (art. 1.599 Código civil). Las observaciones anteriores no tienen otro objeto que resaltar adecuadamente lo que el contrato de ejecución de obra tiene de prestación personal de trabajo, de obligación de hacer, con todas las consecuencias que de ello se derivan, especialmente las señaladas en el artículo 1.595 C. c. Y aunque nuestras reflexiones sean un tanto de *lege ferenda*, ello se debe a que aunque “la teoría de los riesgos en el contrato privado de obra cuenta a su favor, sin duda, con una innegable coherencia lógica-dogmática, acaso no pueda decirse que llegue

Lo que ocurre es que una vez ejecutada debe de *entregarlo* a quien la encargó existiendo tal deber, precisamente porque la obra no es *suya*, es para el comitente, siempre claro está que éste cumpla su contraprestación, pues si no la cumple, el contratista puede (si la ejecución se ha hecho en cosa mueble) retenerla en *prenda* hasta que se le pague (art. 1.600 C. c.).

(179) En realidad el trabajo a domicilio se resuelve, en la mayoría de los casos, en auténticos contratos de ejecución de obra.

(180) Cuando *sólo* se pone el trabajo (caso normal del c. de obra), en el supuesto de destrucción el contratista *no pierde la obra*, sino el trabajo que ha incorporado a la misma, del cual es únicamente titular, perdiendo por el contrario el comitente aquello que es o era suyo: el material.

(181) Si la obra encargada en razón de cualidades personales se termina y destruye antes de ser entregada, parece que deben aplicarse los artículos 1.589 ó 1.590, según proceda, pues el 1.595 sólo se refiere al supuesto de que el resultado no pueda alcanzarse (por muerte del contratista u otras causas independientes de su voluntad).

siempre a consecuencias justas; y es obvio que entre la deducción lógica y la exigencia de la justicia, si el conflicto llega efectivamente a plantearse, el Derecho —que no es un artificio dialéctico, sino una disciplina social— deberá inclinarse a favor del segundo término” (182).

Por último, parece evidente que en la medida en que los riesgos se compartan (así el repetido art. 1.595) (183) se efectúa de modo insensible una trasposición del resultado a la actividad, a la mayor valoración del trabajo, con el consiguiente interés del contrato de ejecución de obra para el Derecho del Trabajo, para el cual la división fundamental no sería tanto la de arrendamiento de servicios (c. de trabajo) y ejecución de obra en razón del resultado o de la actividad, sino más bien la de *trabajo desarrollado dentro de la empresa y trabajo fuera de ella*, sin que exista en tales formas una valoración única y separada de la actividad o del resultado (184).

2. En el arrendamiento de servicios

Poco hay que decir al respecto. No es el trabajador el que asume los riesgos, sino que estos se traspasan al acreedor de trabajo. Este responde del posible riesgo de que no se llegue al resultado que él ha previsto (riesgos de ejecución) (185) y, además, de la posibilidad de ganancia o pérdida que aquél pueda reportarle (riesgos de explotación). La razón está en que ha contratado al trabajador para que le preste sus energías. Por tanto, *si las presta adecuadamente* y no producen lo previsto, el trabajador es ajeno a tal riesgo, no es responsable (186).

Ello se ve claro en el destajo, pues según el artículo 40 LTC, cuando no da el rendimiento debido por causas imputables al empresario, el trabajador tiene derecho al salario total previsto o al mínimo (187). El hecho de que, fuera de tal caso, la retribución veríe según sea el resultado obtenido, no significa *exactamente* que se retribuya éste y no el trabajo, pues frente *al contrato de ejecución de obra, en el que el resultado condiciona el precio, en el destajo los resultados miden la retribución*.

Ahora bien, por ser el trabajo lo que el trabajador aporta es por

(182) GARCÍA ENTERRÍA, *Riesgo...* cit., p. 93, el cual demuestra —frente a opinión muy difundida— cómo el contrato de obras públicas es menos riguroso, en cuanto a la asunción de los riesgos, que el privado de obras.

(183) En el Cód. civile italiano se ordena “que si la ejecución de la obra resulta imposible por causa no imputable a alguna de las partes, el prestador de obra tiene derecho a una compensación por el trabajo prestado en relación con la utilidad de la parte de la obra cumplida”, artículo 2.228.

(184) Vid. LEGA, *Il contratto...* cit., p. 439.

(185) No hay en la vigente LCT de 1944, un precepto tan claro, respecto a la titularidad de los resultados, como el artículo 23 de la LCT, de 1931.

(186) Por ello a falta de rendimiento —causa justa de despido— es precisamente la *voluntaria* y continuada (art. 77 LCT).

(187) Y en el caso de interrumpirse el destajo antes de su terminación el trabajador tiene derecho al salario correspondiente al trabajo u obra realizados (art. 41 LCT).

lo que se explica que los riesgos que sobre aquél pesan repercutan en el trabajador mismo, con independencia de la voluntariedad. Nos referimos a la ineptitud —justa causa de despido—, la cual se refiere al trabajo y no ya al resultado (como lo hace la falta de rendimiento). Esa ineptitud del trabajador vale tanto como “habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se ofreció, para cumplirlo según las circunstancias de lugar y tiempo que el momento exija” (188). Tal ineptitud, que puede sobrevenir, es un riesgo que afecta al trabajador, por ser justo título para la extinción del contrato, mediante el despido sin derecho a indemnización (189).

II. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA Y CONTRATO DE EMPRESA

Todas las consideraciones anteriores nos eximen de tratar el asunto largamente. Baste señalar los caracteres del contrato de empresa para que, por acotamiento, emerja más nítida la figura del contrato de ejecución de obra.

En el contrato de empresa, como en el de obra, se persigue un resultado. Pero aquí acaban las semejanzas.

En el contrato de empresa, aunque no existe un riesgo de explotación en el sentido que vimos, ya que entrega el resultado al comitente, se da un *riesgo de ejecución cualificado*. Ello proviene del hecho de utilizar terceras personas respecto de las cuales se constituye en empresario, surgiendo así un contrato de trabajo entre éste y aquéllas.

Por otro lado, si se pone el material (útiles y materia prima) para elaborar el resultado, o un capital previo, realmente los riesgos afectan a su patrimonio de modo más intenso que al simple contratista que sólo pone su trabajo. En definitiva, la obligación del contratista-empresario tiene más de *dar* que de *hacer*, y lo que arriesga no es tanto su remuneración, supuesto que él trabaje, sino un beneficio especial que procede de la organización de bienes y de personas que tiene a su servicio. Por ello parece exacto denominarle *contrato de empresa* (190). Se encarga una obra no a una persona aislada, sino a una persona que tiene una empresa (en sentido amplio).

Sólo del contrato de obra puede predicarse el carácter laboral y del contratista su condición de trabajador, ya que el vínculo que nace entre el contratista-empresario y el comitente tiene un claro carácter civil (191).

(188) S. 21-XII-1943. Además el TS. afirma que no es preciso que la ineptitud sea absoluta (es difícil que así ocurra) para que pueda despedirse justamente.

(189) Vid. ss. 2-X-1940, 9-III-1943, 7-VIII-1945, etc.

(190) Vid. NART, *Contrato de obra y de empresa*. Rev. Der. Priv., 1951.

(191) Un supuesto curioso de admisión del contrato de empresa en el ámbito laboral es el de los toreros. El TS. ha declarado que los toreros (en virtud de la Reglamentación de 17-VI-1943) están ligados con la empresa taurina por un contrato de trabajo por pactarse “voluntariamente entre la empresa y los matadores la celebración del espectáculo en el que éstos

III. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Después de perfilar la figura del contrato de ejecución de obra, parece evidente que se trata de una realidad social que reúne todos los caracteres para que sea regulada por el Derecho del Trabajo.

Fundamentalmente, porque el contratista (en el c. de obra) se compromete a la consecución de un resultado para un tercero, mediante su trabajo libre y personal y sin perseguir un lucro especial, sino simplemente una remuneración.

Los elementos que en tal contrato resaltan de un modo especial, son, por un lado, el resultado, y por otro, el hecho de conseguirlo fuera de la esfera del comitente, fuera de la empresa o de su círculo de vida; es decir, con la autonomía que antes vimos. Es por ello por lo que puede hablarse de un *contrato especial de trabajo* frente al general o típico regulado en la Ley de Contrato de Trabajo, que se configura como arrendamiento de servicios.

Como afirman Bayón y Pérez Botija, "junto al contrato de trabajo estricto, cabrá considerar otros tipos posibles de contratos de trabajo" (192). Asimismo, Alonso García opina que el Derecho del Trabajo no puede rechazar de plano el llamado trabajo de ejecución de obra, "que además de ser por cuenta ajena, por prestarse personalmente, cuenta con el proceso total de su desenvolvimiento y hasta la consecución del resultado último, con un conjunto de relaciones que, objetivamente, en nada se diferencian de las auténticas prestaciones de servicios" (193).

Y en un intento más avanzado, algunos civilistas —de modo un tanto futurista e incierto— pretenden unificar toda clase de contratos que tengan por objeto un trabajo, frente a los que lo tienen en una cosa o en un derecho (194).

se comprometen a tomar parte en lugar, fecha y hora determinadas, mediante una retribución fijada de antemano y bajo la dependencia también de la empresa respecto al número y clase de reses que hayan de lidiar", s. 25-VI-47. En idéntico sentido la s. 9-VI-1947. Pero a continuación se señala que ello no obsta para que a su vez sean los toreros "patronos del resto del personal que forma la cuadrilla", s. 15-III-1962. Vid. nuestro artículo: *Notas sobre la prestación de trabajo del torero y su cuadrilla*, en Rev. Pcl. Soc. (en prensa).

(192) *Manual...* cit. I, p. 30.

(193) *Derecho...* cit. I, p. 53. De un modo claro LEGA, *La libera...*, p. 39 para el que el punto central, tanto se trate del arrendamiento de servicios como de la ejecución de obra "es la actividad laboral humana" como fuente de sustentamiento y no de especulación. Vid., asimismo, ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., p. 150.

(194) Así PLANIOL, *Traité...* cit. II, n. 1.352. STOLFI, *Diritto...* cit., p. 5 y ss. Tales construcciones nos parecen un tanto peligrosas y estamos de acuerdo con RIVERO de que *frente a las grandes síntesis parece que la investigación científica de nuestro Derecho debe de optar por el análisis en Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*. Archives de Philos, du Droit, Nouvelle Serie, 1952, p. 166. Tal postura metódica ha presidido la redacción de este artículo nuestro y creemos que puede ser muy fecunda para toda la investigación laboral, por sus intensas raíces sociales.

En nuestro Derecho positivo, en el artículo 1.º LCT se admite como contrato de trabajo a la ejecución de obra que se haga bajo la dependencia de uno o varios patronos o empresarios, mediante una remuneración.

La inclusión de la "ejecución de obra" no fué fruto del azar o precipitación del legislador. Como hace notar Alonso Olea (195), en el primer Proyecto de Bases de la Ley de Contrato de trabajo de 1904, el contrato del mismo nombre tenía por objeto la *prestación retribuida de servicios*, sin incluir el contrato de obra. Con cierta indecisión y confusión, los Proyectos de La Cierva (1908) y el de Burgos (1919) no admiten el contrato de ejecución de obra como contrato de trabajo, hasta que la cuestión se resuelve definitivamente, en el Código de Trabajo y subsiguientes leyes de 1931 y la vigente de 1944, en el sentido que hemos indicado.

Aparte de los artículos 1.º y 2.º, los más importantes, en la LCT, con cierto descuido y bastante imprecisión, se habla en sucesivos artículos de "obra ejecutada". Así, en el artículo 6, al definir el obrero a domicilio; en los artículos 27 y 28, respecto a la duración del contrato. En el 47 se dice que si el trabajador no pudiera prestar sus servicios o *producir sus obras...* Respecto al artículo 56, ha dicho Pérez Botija que no es muy feliz su estilo. Efectivamente, ya que en él se incluye como contrato de trabajo el trabajo por unidad de obra, por tarea o *por precio alzado*. Por último, y baste la enumeración, se hace referencia a "obra" en los artículos 23, 24 (contrato de obras públicas, distinto del contrato de obra laboral, pues se trata de un contrato de empresa regulado por el Derecho administrativo, en cuanto a las relaciones del contratista y la Administración), 73, 75, 76 y 118, 2.º, a) (196 bis).

En la Ley de Accidentes de Trabajo de 22-VI-1956 se define al trabajador con criterio más amplio, como "toda persona que ejecute un trabajo por cuenta ajena fuera de su domicilio" (art. 3.º). Y en el Reglamento de la misma fecha, con cierta ligereza, se nos da una definición distinta: "se entiende por trabajador toda persona que ejecuta *habitualmente una obra o un servicio* por cuenta ajena fuera de sus domicilio" (art. 9). En este artículo se introduce la habitualidad y se traduce el trabajo, del artículo 3 de la Ley, por obra o servicio (196).

(195) Pactos... cit., p. 70 y ss.

(196) BAYÓN, *La nueva legislación de accidentes de trabajo*, RDT, número 15, p. 52, opina que se trata de una imprecisión debiendo de entenderse por *obra*, el trabajo administrativo, de dirección, etc. Nosotros entendemos que hay que interpretarlo o como admisión pura y simple de la ejecución de obra, o bien como admisión del arrendamiento de servicios para *obra o servicio determinado* (art. 27, LCT). La interpretación jurisprudencial parece inclinar la balanza por la segunda opinión.

(196 bis) Las referencias que la LCT hace a la "obra" no hay que entenderlas, sin embargo, como al "contrato de ejecución de obra", sino que en la

Pues bien, la jurisprudencia, de modo reiteradísimo, excluye el contrato de ejecución de obra del ámbito de la LCT. Puede citarse las sentencias de 29-I-1940, 2-XII-1957, 13-III-1952, 31-III-1953, etcétera, etc. Y en materia de accidentes su criterio es aún más rigorista: sentencias 8-VI-1949, 31-V-1951, 27-V-1950, etc.

En este punto no podemos menos de disentir del camino seguido por el Tribunal Supremo, que ha procedido con un criterio excesivamente conservador. Hay un dato fundamental, y es que el artículo 1 de la LCT admite como contrato de trabajo la ejecución de obra. El hecho de que luego no se regule a lo largo de la Ley (que sólo se atiene al arrendamiento de servicios), no nos parece un obstáculo insuperable para admitir al contratista como trabajador, lo mismo que no lo fué para el mismo Tribunal el admitir la enfermedad profesional o el accidente "*in itinere*" (lo cual es loable) como accidentes de trabajo, cuando aún no estaba regulada la primera por una Ley específica y el segundo sólo con una interpretación amplia podía ser encajado en el concepto de accidente. Y qué duda cabe que tanto la enfermedad como el accidente *in itinere* son *accidentes de trabajo especiales* (199 bis).

Por tanto, cabe concluir que el contratista que trabaje personalmente mediante *remuneración* (197) es un trabajador por cuenta ajena (198) y el contrato que le liga con el comitente un *contrato de trabajo especial*, al cual es aplicable, en lo posible, la LCT, y en lo que en ella no esté previsto (que es lo más), el Código civil, según ordena el artículo 16 de este cuerpo legal, aunque sería deseable una regulación específica del contrato de ejecución de obra que tuviera en cuenta sus peculiaridades (199).

Como acertadamente ha dicho el profesor Bayón —y con ello terminamos—, "la ampliación de los supuestos personales de obligación que reciben la calificación de trabajo, se realiza en lo jurídico con una

mayoría de los casos utiliza la palabra a efectos retributivos o de duración, no así en el art. 1.º vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual...* cit. I, pág. 278.

(197) La dependencia como sometimiento a órdenes vimos que puede darse tanto en el c. de trabajo como en el de ejecución de obra. Y el prestar el trabajo incorporado o no a la empresa sirve para regular el c. de ejecución de obra de un modo especial, no para excluirlo del Ordenamiento laboral (que por otra parte está incluido aunque no regulado). Por tanto, el buen criterio es el de la remuneración. Vid. la interesante s. de 13-V-1950.

(198) No es autónomo porque no vende directamente al público los productos (art. 115 LCT) y es por cuenta ajena en cuanto realiza la obra "por encargo de otra persona, sin más beneficio para el que lo realiza que el sueldo o remuneración que por él recibe", artículo 3 de la L. de Descanso Dominical de 1940 (Incidentalmente, hay que alabar la precisión jurídica de tal definición del trabajo por cuenta ajena).

(199) Aunque es un problema marginal, para los indudables problemas que ofrece la inclusión de los contratistas en la Seguridad Social, podrían utilizarse las fórmulas que brindan las Mutualidades de trabajadores autónomos o la Mutualidad de Previsión Social Agraria.

(199 bis) En prensa este artículo se ha publicado la Ley de Bases de la Seguridad Social (28-XII-1963) que cambia profundamente toda la legislación sobre la materia, estando pendiente de promulgarse el texto articulado.

parsimonia que produce una desarmonía entre las realidades sociales y su regulación por el Derecho (exclusión del servicio doméstico, de los cargos directivos, de los contratos de ejecución de obra, etc.). De esta forma, el momento jurídico actual nos ofrece un "contrato de trabajo" que no es sino uno de los tipos posibles, el más frecuente, pero sólo uno, de los "contratos de trabajo" que la realidad nos muestra como vigentes cada día y por timidez legislativa no comprendidos dentro del ámbito laboral" (200).

(200) *El contrato de intercambio...* cit., pág. 19. Timidez legislativa en el caso del servicio doméstico o de los cargos directivos (arts. 2 y 7 LCT) pero timidez jurisprudencial en el supuesto del contrato de ejecución de obra admitido en la LCT, aunque regulado en el Código civil, como antes de promulgarse disposiciones específicas lo estaba también en éste el arrendamiento de servicios, hoy contrato de trabajo.

Sobre la especialidad de los diversos *contratos* de trabajo, vid. DE LA VILLA, L., *Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas*, en Rev. Fac. Der. Madrid 1959, número 6, págs. 349 y ss."

