

CONSIDERACIONES SOBRE LA MERCES, *IN PECUNIA NUMERATA*

BEATRIZ GARCÍA FUEYO
Universidad de Burgos

SÍNTESIS: El contrato consensual de arrendamiento de servicios en Roma tuvo como contraprestación contractual una cantidad de dinero, por lo que se insiste en las fuentes que consistía «*in pecunia numerata*». Esta característica se mantuvo invariablemente durante la Recepción medieval y se conservó en la Edad Moderna hasta el siglo XXI. La jurisprudencia clásica romana y la doctrina posterior insistió en ese requisito, para diferenciarlo de otros contratos, señalando esta contraprestación como uno de sus principales caracteres, que llega a los códigos civiles modernos, e incluso está presente en el contrato de trabajo, vigente en reglas positivas, tanto del Derecho interno como en las emanadas de los organismos internacionales.

ABSTRACT: The consensual contract for the leasing of services in Rome had as a contractual consideration a quantity of money, for which reason the sources consisted of «*in pecunia numerata*». This characteristic was invariably maintained during the Reception, from the Middle Ages to the 21st century. Classical jurisprudence and later doctrine insisted on this requirement, to differentiate it from other contracts, pointing out its main characteristics, which reach modern codes civils, are even present in the work contract, even formulated in positive rules, of domestic law and the international organizations.

PALABRAS LLAVE: *Locatio-conductio*; arrendamiento; *merces*; salario; Derecho romano; Recepción; contrato de trabajo.

KEYWORDS: *Locatio-conductio*; lease; *merces*; salary; Roman law; Reception; Work contract.

Esquema: I. Derecho romano. I. 1. Estructura y objeto de la *locatio-conductio operarum*. I.2. La *merces*. II. La *merces* en el trabajo de los gremios. III. Doctrina española anterior a la codificación de 1889. IV. Normativa positiva en los proyectos de Cc en el siglo XIX y en el Código civil vigente. V. La *merces* en el moderno contrato de trabajo.

I. DERECHO ROMANO

A mediados del siglo II a. C., el arrendamiento es uno de los cuatro contratos consensuales reconocidos por el Derecho romano, y Quinto Mucio, a principios del siglo I a. C., cita las dos acciones contractuales del mismo, que son *bonae fidei*. En el arrendamiento de servicios, que es consensual, bilateral perfecto y de buena fe, una de las prestaciones asumidas por una de las partes del contrato de *locatio-conductio* es la *merces*. Un fragmento de Paulo, D. 19, 2, 22, 1, resulta muy ilustrativo: «*Quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est*», sean *operae*, sea un *opus*, de modo que ningún trabajo libre quedaba fuera de esa figura: siempre que se da a hacer alguna cosa hay locación, y por tanto es un esquema contractual exclusivista, siempre que haya la contraprestación-*merces*, *in pecunia numerata*.

Se trata de uno de los modelos negociales, que entran en la unitariedad típica¹, denominada en Roma *locatio conductio operarum*², en la que el arrendatario, como empleador, abona al operario o trabajador una cantidad de dinero, como remuneración por los servicios prestados durante un cierto tiempo, dejando a salvo, en el arrendamiento de cosa, la peculiaridad de la *colonia parciaria*, en la que se puede abonar el canon o *pensio*, mediante una parte de los frutos³, aunque ello lo acerca al contrato de sociedad⁴.

I.1. Estructura del arrendamiento de servicios en Derecho romano

Prescindiendo de la discusión doctrinal, que ha mantenido la romanística europea en los últimos cien años, acerca de la existencia o no en Roma de las tres especies⁵, lo que no impediría admitir, en criterio del francés Giffard⁶, «*trois variétés*», una de las cuales es la *locatio operarum*, es innegable la unidad del arrendamiento en Roma, no tanto como dato terminológico, sino porque se funda en un interés común que se ha tutelado con la *actio locati* y *conducti* desde Quinto Mucio Scaevola, aunque según Olivier Martín⁷ no es

¹ Cf. BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II. Parte prima, Padova, CEDAM, 1960, pp.219-237.

² No fue muy frecuente en Roma, por la existencia de la esclavitud, por la dependencia de los miembros de la familia respecto del paterfamilias, y por el compromiso asumido por los libertos respecto de sus patronos, por lo cual muchas *operae* se ejecutaban gratuitamente.

³ C. Iust. 4, 65, 21. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Antoniae. *Si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem obtulit ponderationem recedi non oportet*. Año 293. Cf. MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 328; PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 529-537; RASCÓN, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho romano*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, pp. 294-295; SANTOS JUSTO, A. dos, *Breviário de Direito privado romano*, Coimbra, Wolters Kluwer, 2010, pp. 180-183; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho romano*, Cizur Menor (Navarra), IUSTEL, 2017, pp. 385-388.

⁴ D. 19, 2, 25, 6. Gayo libro decimo ad edictum provinciale: «... *apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiaris colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*».

⁵ Vid. una síntesis de este enfoque doctrinal romanista en una clave histórica, en TORRENT, A., *Manual de Derecho privado romano*, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 463-466.

⁶ GIFFARD, A. E., *Droit romain et ancien Droit français. Les obligations*, 4.ª ed. por R. Villers, París, Dalloz, 1976, pp. 76-77.

⁷ OLIVIER MARTIN, F., «*Des divisions du louage en Droit Romain*», en RHDFFE 15 (1936) 419-475, especialmente p. 467.

obra ni de los jurisprudentes clásicos, ni los juristas del Medievo, sino que esta teoría de los tres arrendamientos ha surgido entre 1675 y 1820, al margen de la tradición jurídica francesa y del Derecho natural, porque ni fue conocida por Pothier y Domat, ni por Vinnio, Grocio o Puffendorf, y el punto de referencia de los pandectistas va a ser Jean Voet, que la expone por primera vez en sus *Commentarius ad Pandectas*, edición de 1673.

En la clase, especie o modalidad que nos ocupa, es indudable que el objeto de este contrato son las *operae*, es decir, «*les journées de travail de l'ouvrier libre*», de donde dimana que quien arrienda sus servicios u obreros es denominado *locatores*, porque *locant operas*, o «*ils se placent*», mientras el *conductor* o patrón es el que recibe el beneficio de esos trabajos, y pagará por ellos⁸.

Dicho negocio no existió en Roma más que para algunos servicios, pero no para todos, puesto que solamente recaía contractualmente, tal como planteamos en Derecho moderno, sobre los trabajos honestos de las personas libres, que eran retribuidos a jornada, denominados «*quaestus illiberales et sordidi*», es decir, los manuales, por los que se percibía el salario o merced, según Pugliese, «*di regola in denaro*», que en latín se designaba *merces*, de donde deriva el término *mercennarius*⁹, y que no implicaban ni especial capacidad, ni conocimientos técnicos¹⁰.

Se contraponen los *illiberales ac sordidi quaestus* al de *artes liberales*, como recoge Cicerón, *De officiis* I, 42. 150. 151¹¹. Estos últimos son de naturaleza más noble o ilus-

⁸ Vid. ROSTOVITSEFF, M., *Historia social y económica del Imperio romano*. Trad. Del inglés por L. López-ballesteros, t. I, 2.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1962, pp. 311-323; MONIER, R., *Manuel élémentaire de Droit romain, t. II. Les obligations*, 4.ª ed. revue et complétée, París, Domat Montchrestien, 1948, pp. 168-174.

⁹ Vid. MARTINI, R., *Mercennarius*, Milano 1958; id., «*Servus perpetuus mercennarius est*», en *Labeo* 35 (1989) 189; MACQUERON, J., «*Réflexions sur la locatio operarum et le mercennarius*», en *RHDfE* 37 (1959) 600-616; BÜRGE, A., «*Der mercennarius und die Lohnarbeit*», en *ZSS* 107 (1990) 80-136.

¹⁰ Cf. PUGLIESE, G., con la coll. de F. Sitzia e L. Vacca, *Istituzioni di Diritto romano. Sintesi*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 1998, p. 444.

¹¹ «150... *qui sordidi sint, haec fere accepimus. Primum improbantur ii quaestus, qui in odia hominum incurrunt, ut portitorum, ut feneratorum. Illiberales autem et sordidi quaestus mercennariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur; est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant; nihil enim proficiant, nisi admodum mentiantur; nec vero est quicquam turpius vanitate. Opificesque omnes in sordida arte versantur; nec enim quicquam ingenuum habere potest officina. Minimeque artes eae probandae, quae ministrae sunt voluptatum: Cetarii, lanii, coqui, sartores, piscatores, ut ait Terentius; adde huc, si placet, unguentarios, saltatores, totumque ludum talarium. 151. Quibus autem artibus aut prudentia maior inest aut non mediocris utilitas quaeritur ut medicina, ut architectura, ut doctrina rerum honestarum, eae sunt iis, quorum ordini conveniunt, honestae. Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est; sin magna et copiosa, multa undique apportans multisque sine vanitate inperiens, non est admodum vituperanda; atque etiam si satiata quaestu vel contenta potius, ut saepe ex alto in portum, ex ipso se portu in agros possessionesque contulit, videtur iure optimo posse laudari. Omnium autem rerum, ex quibus aliquid acquiritur, nihil est agri cultura melius, nihil uberius, nihil dulcius, nihil homine libero dignius. De qua quoniam in Catone Maiore satis multa diximus, illum assumes quae ad hunc locum pertinebunt».*

Una exposición sucinta, pero bien fundamentada, del contexto social e intelectual existente en Roma sobre esta cuestión relativa a las relaciones laborales, a partir de la escasa consideración que merecieron los trabajos manuales, incluido el agrícola, en el mundo griego, y su influjo entre los romanos, vid. en RODRÍGUEZ MONTERO, R., «Notas introductorias en torno a las relaciones laborales en Roma», en *AFDUC* 8 (2004) 727-741: Este romanista hispano destaca que en Grecia existieron dos puntos de vista contrapuestos sobre la valoración o no del trabajo manual. Una visión positiva del trabajo y la fatiga, como instrumentos para alcanzar el bienestar, y prevalentemente el trabajo agrícola, lo vemos en Hesíodo y Solón, incitando al trabajo, o en Hipias hábil en el trabajo manual e incluso Anaxágoras que

tre¹², exigen conocimientos especiales y vienen remunerados, no mediante un salario, sino con los honorarios, cuya *persecutio* se realiza *extra ordinem*. Eran trabajos de mercenarios, según Cicerón, los que ejecutaban los revendedores, artesanos que trabajaban en una tienda, cocineros, carniceros, charcuteros, trabajadores del campo, perfumeros, pescadores, danzantes y todo el que vivía de juegos de azar¹³.

Los asalariados que se dedicaban a trabajar en el campo, habitaban en la casa del *conductor* y formaban parte, en cierto modo, de su casa, de modo que el arrendatario disfrutaba de un poder disciplinario sobre ellos, análogo al que tenía sobre sus libertos, y en caso de robo, cometido en perjuicio del *conductor*, disponía este de la *actio furti*¹⁴.

El *locator* puede hacerse reemplazar por cualquier tercero, si tenemos presente el fragmento de Ulpiano, en D. 38, 1, 9, 1: *Fabriles (operae) ejus generis sunt ut a quocumque cuicumque solvi possint*, salvo que se haya contratado *intuitu personae*, según Celso, a tenor del *responsum* de Ulpiano referido en D. 12, 6, 26, 12¹⁵, asumiendo la responsabili-

ensalzaba la labor del hombre con la mano para situarlo por encima del mundo animal, y frente a ellos una orientación nada favorable está en Jenofonto, Platón o Aristóteles, porque el trabajo intelectual es propio de gente culta, del hombre libre y ciudadano, y muy conveniente en el gobierno de la polis, mientras el manual, apropiado a gente inculta y a esclavos. Tampoco hay mucha diferencia en esta dicotomía respecto del mundo romano, con una visión aristocrática y elitista que atiende al criterio valorativo del decoro en relación con la dignitas. El *decorum* fue utilizado por Cicerón para fijar la escala jerárquica de actividades de trabajo y de producción de bienes y servicios, situando en el escalón superior a las artes liberales, que pueden ser ejercitadas con honor por los ciudadanos de buena condición social. Esto explica el rechazo y minusvaloración social de las actividades laborales, que suponían una subordinación en el trabajador libre, a cambio de obtener ganancia, ya que interpretaban que ello restringía la libertad del individuo, aproximándolo al esclavo, en razón de esa dependencia en la realización del trabajo por el que se le retribuía. Con el cristianismo se revaloriza el trabajo manual y el asalariado, estando obligados los hombres a realizar un trabajo respetando sus normas. Las actividades intelectuales no tuvieron cabida en el esquema contractual de la *locatio operarum*, al entenderse en época clásica que quien utilizaba esos servicios prestados por un operario intelectual, no estaba jurídicamente obligado a compensarlos, sino simplemente a reconocer, como deber ético-social, el valor de dichos servicios, honrándole con una gratificación denominada *honorarium*, si bien en algunas ocasiones asumió la figura de la *locatio operis*. El acuerdo contractual en el arrendamiento de servicios, durante el período clásico, quedaba al albur de las partes, donde regía la más absoluta libertad contractual, respecto del importe, forma o modalidad de retribución, duración del tiempo de la prestación, horario de ejecución, etc., casi totalmente a la iniciativa privada, salvo los usos y tradiciones profesionales, así como la organización económica del mercado en aquel momento, y solamente era preciso la capacidad para obligarse, a diferencia del Bajo Imperio en cuya época los emperadores adoptaron muchas medidas de intervención en la vida laboral, reglamentando los colegios y corporaciones, que sirvieron ahora a los municipios y al mismo Estado para muchos servicios públicos.

¹² CUQ, E., op. c it., p. 1291.

¹³ Según Posidonio, citado por Séneca, Epístola 88, las artes *iliberales et sordidi quaestus* se subdividían en *artes ludicrae* y en *artes vulgares et sordidae*. Las primeras tenían por objeto el divertimento del público o de particulares, causando, como dice Séneca, el placer de los ojos u orejas, como los histriones, danzantes, mimos, cantantes, músicos, juglares, prestidigitadores, funambulistas, gimnastas, gladiadores, etc., mientras las artes *vulgares et sordidae* son las de los artesanos, consistiendo en el trabajo mecánico, y tienen como único fin las necesidades de la vida, ejerciéndolas los mercenarios, como los aparitores y demás auxiliares de los magistrados, los trabajadores del campo, los cocineros, escribanos y demás operarii que trabajaban durante la jornada, mediante un salario o *merces*.

¹⁴ Cf. Varrón, *De re rustica* 1, 17, 2.

¹⁵ «... si operas patrono exhibuit non oficiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis aetas temporis

dad derivada del dolo y de la culpa o negligencia, en el supuesto de no conocer bien su oficio, porque se le trata a este respecto como un *artifex*, según Ulpiano en D. 19, 2, 9, 5¹⁶.

Los servicios prestados por los profesionales de las artes liberales, como médicos, abogados, profesores, nodrizas, agrimensores, etc.¹⁷, como advierte Séneca¹⁸, eran inicialmente gratuitos, porque se interpretaba en el mundo romano que eran oficios no susceptibles de una *aestimatio* valorable en dinero, por lo que se acudió, normalmente, al contrato de mandato¹⁹, pero también a otras figuras, como la sociedad²⁰, si bien, gracias a la costumbre, se terminaron admitiendo donativos socialmente obligatorios, que los romanos denominaron *honoraria* o *munera*, hasta que en época imperial se regularon normativamente dichas relaciones, con la posibilidad de ganar una retribución, siempre como obligación de actividad, y no de resultado, u *operis faciendi*, de modo que podían percibir los honorarios a través de la *cognitio extra ordinem*²¹.

opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus...».

¹⁶ Ulpiano libro trigésimo secundo ad editum. *Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.*

¹⁷ Basta recordar D. 11, 6, 1 pr. y 1, a propósito del *agrimensor*, del que se interpretaba que no celebraba un contrato de *locatio conductio operarum* en el sentido técnico de la palabra, sino que conforme al criterio de Ulpiano se prestaba el trabajo en cierto modo como a título de beneficio: «*magis operam beneficii loco praeberi*», lo que explica que la remuneración del profesional se califique como *honorarium*, es decir, como reconocimiento de un honor que le corresponde en cuanto tal, y cualquier reclamación procesal, por medio de la acción contractual, sería rechazada como errónea, por error de derecho, al no tratarse de una «*opera salariata*». Cf. BETTI, E., op. cit., p. 246. Entiende Burdese, que no estando *a priori* excluida del contrato la actividad de trabajo cualificado, la valoración social y disposiciones legislativas hicieron que quedara al margen del tipo de negocio la actividad de naturaleza intelectual u *operae liberales*, cuya retribución u honorario solo se permite en la tardía edad clásica, con la sanción jurídica a través de la *cognitio*, recordando, este romanista italiano, que el *locator* responde en su actividad de dolo y culpa. BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano*, Torino, UTET, 1964, p. 543.

¹⁸ Seneca, *De beneficiis* 6. 15. 2: *Emis a medico rem inaestimabilem, vitam ac bonam valetudinem, a bonarum artium praeceptore studia liberalia et animi cultum; itaque his non rei pretium, sed operae solvitur, quod deserviunt, quod a rebus suis avvocati nobis vacant; mercedem non meriti, sed occupationis suae ferunt.*

¹⁹ Gayo 3, 162: Es sabido que si me comprometo a hacer gratuitamente un trabajo que, de haberse convenido un precio, significaría que se ha celebrado una locación, tengo la *actio mandati*, como por ejemplo, si yo diera a un tintorero vestidos para que los limpie o los apreste, o a un sastre para que los repare. Inst. Iust. 3, 26, 13:... *mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.*

²⁰ En opinión de Arangio Ruiz, mientras algunos servicios, como los del abogado, eran considerados, por su dignidad, ajenos a la materia del contrato de arrendamiento, otros, como los del médico podían dar lugar al arrendamiento de servicios u *operarum*, o a mandato si se prestaban gratuitamente, si bien en otras ocasiones se acudía a especiales aplicaciones del contrato de sociedad. ARANGIO RUIZ, V., op. cit., p. 348.

²¹ Cf. BONFANTE, P. *Istituzioni di Diritto romano*, rist., a cura di G. Bonfante e G. Crifó, Torino, Giappichelli, 1966, p. 492. Bastará recordar el fragmento de Ulpiano, referido en D. 50, 13, 1 pr y 1-2. Ulpiano libro octavo de omnibus tribunalibus, en el que se establecen las diferencias existentes entre los honorarios, exigibles en las profesiones liberales, y el salario que se percibe por el trabajo o servicio los que llevan a cabo oficios manuales y de artesanos. Los abogados, dado el carácter aristocrático de su oficio, tuvo prohibida la remuneración, sucediendo las primeras muestras de gratitud, no metálicas,

Destacaba Pugliese²², que en este contrato el objeto de la obligación contractual es la prestación de la actividad de trabajo en sí misma, independientemente del resultado final de dicha actividad, discutiéndose en la doctrina si el objeto del arrendamiento en este caso era la persona física del hombre libre, aunque estima que solamente podría tener lugar este enfoque en el momento de transición de la *locatio* del esclavo al del trabajo del hombre libre, sin que especifique el período cronológico del mismo, que bien pudiera haber sido a finales de la República, añadiendo: «*Certo è nondimeno, che in caso di prestazione professionale di lavoro manuale, il locatore, chiamato allora mercennarius, era per qualche aspetto, -ad es. per la soggezione al potere disciplinare del conduttore, che poteva direttamente punirlo in caso di furto-, equiparato ad uno schiavo*».

La terminología de las fuentes clásicas permiten observar la ausencia de un vocablo latino equivalente al moderno de actividad, en el sentido de la fuerza laborativa que se arrienda, tal como lo señalan de Robertis²³ o Pérez Leñero²⁴, aunque Glück²⁵ entiende que *opera* es un término muy adecuado para el trabajo, designando el servicio materialmente considerado. En criterio de Bayón Chacón²⁶, *opera* no se refiere a la acti-

una remuneración, cuando, a partir de Claudio, la abogacía se convierte en una profesión: Tácito, *Annales* 11, 5, y un rescripto encarga al juez de fijarla, si no pagare el cliente: D. 50, 13, 1, 10. Lo corriente era el pago anticipado, previa estipulación, pero en forma de honorarios, no de *locatio*. Esta se admite para los maestros: D. 19, 2, 13, 3 y para los médicos: D. 9, 3, 7, pero no para los filósofos o profesores de Derecho, que cobran por honorarios. Los profesores de Derecho conciertan libremente sus honorarios con los alumnos, y con cierto regateo, según BERNARD, J., *La rémunération des professions libérales en Droit romain classique*, Paris, Domat Montchrestien, 1936, pp. 95 y ss., para quien las profesiones liberales se remuneraban como auténticas *locationes*, aunque no parezcan reclamables judicialmente los honorarios: D. 50, 13, 1, 5. Es decir, Bayón p. 95, para las profesiones más estimadas no se admite el salario, se deja su remuneración a la autonomía con el beneficiado, y en cambio las de menor relevancia social se encuadran como *locatio*, y rige, salvo excepciones, la autonomía contractual para la fijación del salario. Vid. CAMACHO EVANGELISTA, F., *Las profesiones liberales en Roma*, Granada, Escuela Social de Granada, 1963; AGUDO RUIZ, A., *Abogacía y abogados: un estudio histórico-jurídico*, Logroño, Universidad de La Rioja, 1997; LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., «La importancia del Derecho romano en la formación del abogado», en AA. VV., *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2000, pp. 433-464.

²² PUGLIESE, G., op. cit., pp. 443-444.

²³ ROBERTIS, F. M. de, *I rapporti di lavoro nel Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 13-26. Jörs-Kunkel entiende que este negocio de arrendamiento de servicios tuvo en las fuentes romanas una importancia secundaria, porque las clases elevadas, conforme a las ideas dominantes, debían prestar sus servicios gratuitamente, bajo la figura del mandado, y por la abundancia de esclavos, quedando reducida la *locatio* a los jornaleros libres y artesanos, salvo que adoptaran su negociación la figura de la *locatio operis*, habiendo definido anteriormente que la prestación del *locator* consistía en el trabajo de una persona. JÖRS, P. – KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. de la 2.^a ed. alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1937, pp. 338 y 340-341.

²⁴ PÉREZ LEÑERO, J., *Antecedentes de la relación laboral en el Derecho Romano*, Madrid, Escuela Social de Madrid, 1948, p. 11: «*opera*, término abstracto, tiene el significado propio de «actividad del trabajador»: que luego se identifica con el tiempo o jornada en que se desarrolla esa actividad, de valor y contenido económico, mientras en el lenguaje jurídico pasa como *fructus*, que nace el día de la prestación del trabajo, como fruto natural del hombre, siendo depurado con el concepto de fruto civil o *merces*, al que se refiere Gayo: *in hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*.

²⁵ GLÜCK, F., *Commentario alle Pandectte. Trad. et arric. Di copiose note e confronti col Codice Civile del Regno d'Italia*. Dir. F. Serafini e P. Cogliolo. Libro XIX. Trad. e ann. Da U. Grego, Milano, L. Vallardi, 1891, pp. 37-38.

²⁶ BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Madrid, Tecnos, 1955, p. 38.

vidad laboral, sino más bien a la jornada de trabajo, pero a veces también identifica a la materialidad del trabajo realizado durante dicha jornada, como fruto de la misma²⁷, o del propio hombre²⁸, equiparable al del parto en la mujer, cuya equivalencia no resulta asumible, porque no es un fruto-actividad, sino un fruto-resultado²⁹.

Según Francesco de Robertis³⁰, las *operae* se consideraban como una de las categorías de las cosas en época clásica, dándole un contenido material, tal como interpreta una parte de la romanística moderna³¹, mientras que pertenece al Derecho justiniano su valoración como *factum*, habiéndose operado previamente la unificación de las *obligaciones operarum* y *operis faciendi* en el período posclásico, al incluir las primeras entre las obligaciones de *facere*, frente a la distinción ulpiana, contenida en D. 45, 1, 72 pr:

Stipulationem non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt... ídem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.

La contratación por el cabeza de familia de un *alieni iuris*, sometido a *potestas*, en base a cualquier título³², a saber, *conventio in manu*, justas nupcias, adopción, adrogación o *in mancipio*, hace que el trabajador, sin capacidad para contratar, porque la titularidad pertenece exclusivamente al que ejerce la potestad sobre su persona, deba realizar la actividad convenida. Existe entonces una sumisión en razón del *status familiae*, y por

²⁷ D. 7, 7, 1. Paulo libro secundo ad edictum. *Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si diez venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'.*

²⁸ D. 7, 7, 3. Gayo libro séptimo ad edictum provinciale: *In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes.* D. 7, 7, 4. Gayo libro secundo de liberali causa edicti urbici. *Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.*

²⁹ En el mundo romano, el trabajo no se concibe como actividad humana para un fin, sino como fruto físico del hombre, y por ello se aplican muchos aspectos del arrendamiento de cosa, con la categoría unitaria de *locatio-conductio* y sus diferenciaciones, *rei*, *operarum* y *operis*. Alemán Monterreal, siguiendo a Amirante, justifica que la *merces* es la retribución por los frutos del fundo, igual que en caso del esclavo, *pro operis ejus*, quedando equiparados las *operae* a los frutos. La *merces* es ajena al *uti frui*, ya que puede disponerse de una cosa arrendada, pagando la *merces*, sin que exista el *uti* ni el *frui* sobre la misma, concluyendo que mientras el pago o retribución por la actividad laboral de una persona libre sería la *merces*, los servicios no constituirían el objeto del contrato, porque el trabajo es el fruto del objeto del arrendamiento. ALEMÁN MONTERREAL, A., *El arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Almería, Univ. de Almería, 1996, pp. 97-98.

³⁰ ROBERTIS, F. M. de, *I rapporti di lavoro...*, op. cit., pp. 17-18.

³¹ Cuando se arrendaban los esclavos, realmente no existía una *locatio operarum*, sino *locatio* del propio cuerpo del esclavo, similar al que se hace de un animal o *res*, sin que el trabajo sea objeto de la regulación jurídica que recaía sobre el hombre, estimado como cosa. El arrendamiento de la actividad-fruto del trabajador se inicia con los libertos y se articula como obligación de hacer, y esta estructura negocial es la que presenta similitud con el moderno contrato de trabajo, dando un valor genérico al vocablo *operae*, sin entrar en su diferenciación entre fabriles y oficiales, que pertenecería al Bajo Imperio.

³² BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 46-47.

ello no podrá iniciar por sí mismo una relación laboral, sino a partir de la muerte del padre, o de su emancipación³³.

Por lo que se refiere a la vida de la relación laboral, en los trabajos de los *alieni iuris*, el padre no tiene limitación alguna en cuanto a la edad del trabajador, ya que no influye ni repercute en los problemas de capacidad, dado que el contratante es siempre el padre y no el hijo, aunque a los impúberes se les encargarán trabajos ligeros o de servicio doméstico y no fue corriente la prestación de verdaderos trabajos, a pesar de no existir ningún inconveniente jurídico para ello, conforme a D. 40, 12, 44, 2, de Venuleyo:

In eum qui impubes iuraverit, scilicet qui et iurare potuerit, danda est utilis actio operarum nomine, cum pubes tamen factus erit. Potest tamen et impubes operas dare, veluti si nomenclator sit vel histrio.

Evidentemente, estaban exceptuados aquellos supuestos laborales en que no se produce la posibilidad física normal de ese trabajo, como ocurría en los infantes, según el *responsum* de Ulpiano, recogido en D. 7, 1, 12, 3: «*aegrotante servo vel infante cuius operae nullae sunt*».

Puesto que el Derecho romano no dispuso de instituciones autónomas para regular la relación laboral, ya que todo el conjunto de relaciones jurídico privadas entraban bajo el régimen previsto para el contrato de arrendamiento en el *ius civile*³⁴, en D. 45, 1, 54, 2,

³³ El nacimiento de justas nupcias y los hechos o actos jurídicos que engendran la dependencia del cabeza de familia, como el nacimiento de justas nupcias, la *adoptio* y la *adrogatio*, e incluso en caso de las personas *in mancipio*, implican automáticamente el deber del *alieni iuris* para trabajar para aquél, independientemente de que dicha obligación sea o no exigida por el padre, al margen de los vínculos afectivos, pudiendo el *paterfamilias* obligar a que un *alieni iuris* desarrollara un trabajo a favor de otra persona, percibiendo por ello una remuneración. La jurisprudencia clásica muestra algunos testimonios de los contratos de locación concluidos por los padres y que afectaban a sus hijos, en fase de aprendizaje de un oficio, determinando que si el maestro se excedió en la corrección, conforme a D. 19, 2, 13, 4 de Ulpiano libro 32 ad edictum: «*ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit*», y en D. 9, 2, 5, 3 del mismo jurisconsulto, libro octavo decimo ad edictum: «*sutor puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit... dicit igitur Iulianus... an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito*». El Derecho romano no niega la capacidad de obrar del hijo conforme a su edad, aunque la restringe por la sumisión a la *potestas*, y en cuanto a la titularidad patrimonial de su remuneración, o resultados del negocio que ha celebrado, entrarán en el patrimonio del *paterfamilias*, tal como señala Gayo 2, 86. No obstante, la concesión de peculios, faculta al hijo, en ese ámbito, ya durante la República, para gestionar determinados negocios por su cuenta y concertar libremente relaciones de trabajo directamente vinculadas con dicho negocio al que pueda dedicar los bienes del peculio cedido por el padre, especialmente en caso de prestaciones de *operae* o de *operis faciendi* con materiales propios, con tres posibles restricciones: a) superior derecho del padre a emplear el trabajo del hijo en su beneficio; b) la *ademptio peculii*, o derecho del padre a reingresar los bienes del peculio en su exclusiva disposición, puesto que el peculio sigue perteneciente al dominio paterno, siempre que se refiere al peculia profectivo, y c) escasa tendencia del ingenuo a prestar a un tercero trabajos manuales y retribuidos. Esta incapacidad patrimonial del hijo se mitiga desde Augusto con el peculio castrense, y en época posclásica con el cuasi-castrense y adventicio.

³⁴ El francés Molitor, después de definir el contrato, con la contraprestación en una retribución pecuniaria llamada «*merces, pensio* o *manu pretium*», susceptible de aplicación a todos los servicios mercenarios por su naturaleza, añade: «La *merces* cumple la misma función que el precio en la venta, conforme el texto de Gayo D. 19, 2, 2, y debe reunir las mismas condiciones: consistir en dinero, existir

Juliano se refiere a los *genera operarum*, en relación con las estipulaciones y la forma de ejecutarlas: «*operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit*», de modo que si un siervo común hubiera comprometido un trabajo, «*necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere. Solutio autem eius obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur*»³⁵.

La contratación de un trabajador «*sui iuris*» implicaba un acuerdo entre dos personas libres, con plena capacidad jurídica, quienes acuerdan la prestación de un trabajo, en sus diversas formas, a cambio de una retribución, con todos los requisitos exigibles de capacidad, consentimiento, objeto y causa, que son los elementos del negocio jurídico, elaborados por la Pandectística a partir de las fuentes romanas y vigentes en el contrato moderno, aunque en Roma se concierte siempre mediante la utilización de instituciones jurídicas propias del Derecho civil. En estas situaciones, los derechos y obligaciones surgen del contrato, y no de relaciones de dominio o de ámbito familiar, ya que falta la alteridad entre partes, indispensable en las relaciones obligatorias³⁶.

y venir determinada, salvo la excepción de la colonia parciaria, en la que se entregan una cuota de frutos o una cantidad fija, asimilándose los frutos a la merces, según C. Iust. 4, 65, 8 y 21, aunque en su criterio es una especie de contrato de sociedad, que por interés de la agricultura se enfocó como arrendamiento «*pour donner plus de fixité aux rapports juridiques des contractans*». Este romanista admite que la merces pueda ser determinada por un tercero, aunque las partes pueden referirla a las leyes, o reglamentos o al precio corriente, y debe ser correspondiente al valor del objeto, aunque la cuantía esté por debajo del mercado, ya que en su opinión «no se puede rescindir por lesión enorme, porque no se aplica la norma del C. Iust. 4, 44, 2». MOLITOR, J. D., *Les obligations en Droit Romain, avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français*, 2.^a ed. rev. et corr., t. I, Paris, Auguste Durand, 1874, p. 637.

³⁵ Sería suficiente compararlo con la unificación conceptual de las diversas obligaciones de trabajo de Ulpiano, como obligaciones de *facere*, en D. 45, 1, 72 pr., aunque es un texto, casi seguro, interpolado. Vid. por todos, MITTEIS, L., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, cur. E. Levy-E. Rabel, t. III. *Ad libros Digestorum XXXVI-L pertinens*, Weimar 1935, reimpr. cur. G. Brogini, Wien, Böhlau Verlag Köln, 1969, ad h. l.

³⁶ El trabajo del liberto, a favor de su patrono, venía limitado, en época clásica, a las prestaciones concertadas, antes y después de la manumisión, pero entonces estaban más dulcificadas respecto de las durísimas condiciones precedentes, a tenor de D. 38, 2, 1pr de Ulpiano, citando a Servio Sulpicio Rufo: «*hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque ut Servius scribit, ante soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in liberos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducantur*», y quedó modelado dicho trabajo sobre la *locatio-conductio*. Se trata de una relación con el patrono que aparece regulado minuciosamente, afectando las limitaciones impuestas al problema de la licitud, al considerar al liberto como persona y no como cosa, sin posible ejercicio del *ius abutendi*, y prohibiciones de *operae*, contrarias al decoro y dignidad, muy en consonancia con la legislación moderna en las relaciones laborales, si examinamos D. 38, 1, 7, 3, de Ulpiano, que se refiere a la dignidad del trabajador: «*Iurare debet operas donum munus se praestaturum, operas qualescumque, quae modo probe iure licito imponuntur*», e igualmente D. 38, 1, 38, 1: «*operae quae non contra dignitatem eius fuerint..., negotium eius exerceat*», o en D. 38, 1, 38 pr, del mismo jurista Calístrato: «*hae demum impositae operae intelleguntur, quae sine turpitudine praestari possunt et sine periculo vitae. Nec enim si meretrix manumissa fuerit, easdem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat: nec harenarius manumissus tales operas, qui istae sine periculo vitae praestari non possunt*», donde se habla de honestidad, de lo lícito jurídico, de la dignidad, de los trabajos peligrosos para la vida o de un *opus turpe*, como sería el ejercicio de la prostitución. Vid. LAMBERT, Jac., *Les operae liberti: contribution a l'histoire des droits du patronat*, Paris, Dalloz, 1934; WALDSTEIN, W., *Operae libertorum: unter suchungen zur dienstpflcht freigelassener Sklaven*,

Según De Robertis³⁷, los niños carecían de edad mínima para el trabajo, y el único límite era el criterio de sus progenitores y tutores, o la conveniencia económica del empleo. Fueron ampliamente utilizados en servicios domésticos y trabajos agrícolas livianos, de modo que aparecen especialmente en el sector servicios y en el aprendizaje, conforme a los testimonios epigráficos que nos han llegado, donde un niño de ocho años, que pertenece a un colegio artesanal, y otro de 12, que viene incluido en el ámbito militar para hacer guardia o para el cuidado de animales, además de otros, que vienen situados al frente de algunas *tabernae*, en cuyo caso el patrón o maestro le podía abonar alguna pequeña contraprestación en dinero. Más que enseñarle un oficio, se buscaba, según el romanista italiano, que el niño se habituase a un negocio profesional, y adquiriese su práctica, interviniendo en actividades que no precisaban gran esfuerzo físico, y el maestro disfrutaba del poder de corrección, al que se refiere Ulpiano en D. 9, 2, 5, 3 y D. 9, 2, 8, 6.

La jornada de trabajo, recuerda Bayón Chacón³⁸, era una e indivisible, y no se podía computar por horas: D. 38, 1, 3, 1³⁹, aunque su vigencia no siempre fue rigurosa ni unánimemente admitida, conforme a D. 38, 1, 15, 1⁴⁰, y dependía en gran medida de los usos y costumbres: a) duraba, como regla general, de sol a sol, un día, aunque tácitamente se renueva cada día: D. 38, 1, 1⁴¹, si bien esta jornada era muy variable, conforme a las estaciones; b) el horario era diurno, para los libertos, como regla general, salvo excepciones, convirtiéndose el nocturno de excepcional, a corriente y necesario, en muchas actividades, especialmente en invierno, por la escasa duración del día; c) un receso tenía lugar entre la séptima y octava hora, de las doce en que se dividía la jornada, con objeto de alimentarse y descansar, sin olvidar que debía terminar con tiempo suficiente, en los trabajadores no esclavos, para atender las necesidades del aseo personal: D. 38, 1, 50, 1: «*Non solum libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda*», según el *responsum* de Neracio; finalmente, d) el trabajo estaba prohibido totalmente, para los hombres libres, en las fiestas públicas, y su contravención era un sacrilegio, sancionado económicamente, además de requerir una expiación para reconciliarse con los dioses.

Señala Ferraris⁴², que «*non solum locantur, aut conducuntur ipsae res, sed etiam personae, seu potius operae, et labores personarum, ut patet in famulis et ancillis, operariis, officialibus, artificibus, et huiusmodi, qui se, seu operas suas aliis locant, et ab aliis conducuntur*⁴³. Dicitur

Stuttgart, Franz Steiner, 1986; MASI DORIA, C., *Civitas operae obsequium: tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, Jovene, 1993.

³⁷ DE ROBERTIS, F. M., *La organizzazzione e la técnica produttiva. Le forze di lavoro e i salari nel mondo romano*, Napoli, Librería Scientifica editrice, 1946, pp. 37-62, 123-145 y 154-156.

³⁸ BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 79-80.

³⁹ Pomponio libro sexto ad Sabinum. «*Nec pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni. Itaque nec ei libertus, qui sex horis dumtaxat antemeridianis praesto fuisset, liberatio eius diei contingit*».

⁴⁰ Ulpiano libro trigensimo octavo ad edictum. «*Neque promitti neque solvi nec deberi nec peti pro parte poterit opera*», pero dice Papiniano: «*si non una sed plures operas sint et plures heredes existant patrono qui operas stipulatus est, verum est obligationem operarum numero dividi*», y lo mismo opina Celso.

⁴¹ Paulo libro singulari de variis lectionibus: «*Operae sunt diurnum officium*».

⁴² FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, jurídica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica...* in octo tomos distributa, 4.^a ed., t. IV, Bononiae, sed prostant Venetiis, apud G. Storti, 1763, p. 340.

⁴³ D. 19, 2, 51, de Javoleno, y D. 19, 2, 22 & 2, de Paulo.

certo pretio, sive mercede constituta, quia pretium, seu merces in locatione necessario intervenire debet⁴⁴ et in hoc differt locatio a comodato et precario», para añadir una cuestión terminológica relativa a la identificación de las partes contratantes: «Ex contractu locationis contrahentes varia sortiuntur nomina. Qui pro usu vel fructu rei, aut opera personae pretium vel mercedem dat, dicitur conductor. Qui praedium urbanum vel domum conducit, dicitur inquilinus; qui conducit agrum vel praedium rusticum, dicitur colonus; qui conducit operam personae, dicitur redemptor; qui conducit vectigalia dicitur publicanus».

I.2. La merces

El *locator* puede exigir la remuneración, que ha de consistir en un salario cierto, y cuya cuantía se podrá fijar por cantidad de trabajo hecho en la jornada, o por tiempo de servicio⁴⁵, aunque no se hayan utilizado sus servicios, siempre que se haya debido a causas ajenas a su voluntad, el que no haya ejecutado los trabajos convenidos⁴⁶, o por razones que dependen del *conductor*⁴⁷, si no media un pacto en sentido contrario, a tenor del fragmento de Paulo, en D. 19, 2, 38 pr:

Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet⁴⁸.

Si el trabajador u obrero es despedido sin motivo, tiene derecho a la reparación del perjuicio que se le causa, aunque debe justificar este perjuicio, demostrando que no ha podido encontrar trabajo en otro patrón⁴⁹, que ha sido objeto de recepción en el Derecho español de la Edad Moderna⁵⁰.

⁴⁴ D. 10, 3, 23. Ulpiano libro 32 ad ed.: «... puto magis communi dividendo iudicium quam ex conducto locum habere, quae enim locatio est, cum merces non intercesserit...», aunque sea un inciso que se reputa interpolado, al menos parcialmente.

⁴⁵ PANERO GUTIÉRREZ, R., op. cit., p. 537.

⁴⁶ En el tríptico de Transylvania, del año 164 a. C., publicado por GIRARD, P. F., *Textes de Droit romain publiés et annotés*, 5.^a ed. rev. et augm., París, Arthur Rousseau, 1923, p. 860, recogido en FIRA, *pars tertia. Negotia*. Ed. V. Arangio Ruiz, Florentiae, apud S. A. G. Barbèra, 1968, pp. 466-468, n.º 150, está previsto para el trabajo en la mina, de modo expreso, una reducción del salario proporcional, si durante cierto tiempo no se pudo llevar a cabo a causa de una inundación, aparte de asignar a los mineros un régimen salarial muy bajo. ARANGIO RUIZ, V., «Epigrafía jurídica greca e romana» (II), en *SDHI* 5 (1939) 621-622 y nota 74.

⁴⁷ Cf. VOICI, P., *Istituzioni di Diritto romano*, 6.^a ed., Milano 2004, p. 455; AMIRANTE, L., en *NNDI*, 3.^a ed., t. IV, Torino, UTET, 1959, pp. 994-995, s. v. Locazione (in generale). Diritto romano, con bibliografía.

⁴⁸ El parágrafo 1 se refiere a los honorarios de los abogados: «*Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent*».

⁴⁹ D. 19, 2, 19, 9. Ulpiano; D. 19, 2, 28 pr., Paulo.

⁵⁰ Desde el ángulo del *locator*, éste debe prestar personalmente en ocasiones su trabajo, si fue celebrado el negocio en función de sus peculiares características, durante el tiempo convenido, si bien el contenido de la prestación admite fraccionamiento, según criterios cuantitativos o cronológicos, aunque en caso de enfermedad del trabajador, que le impide trabajar, no podrá exigir la retribución, sin olvidar que la muerte del *conductor* no extingüía el contrato, sino que pasaba a sus herederos. Vid. ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto romano*, 14 ed. riv., rist. anast., Napoli, Jovene, 1968, p. 348.

La principal obligación del *conductor* en el arrendamiento de servicios consiste en pagar la *merces*, que al igual que el precio en la compraventa, pero debe ser cierta y determinada, conforme Gayo 3, 142⁵¹, reiterada por Justiniano en Inst. Iust. 3, 24, pr: «*sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur, si merces constituta sit*», y lo recuerda la Paráfrasis de Teófilo⁵², así como Los Basílicos⁵³, mientras en C. Iust. 4, 38, 15, 3, añade que si el tercero, en cuyo arbitrio se dejó la fijación de la *merces* «*vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto... quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus*».

La contraprestación a favor del *locator* consistía, con carácter general, en Derecho republicano y clásico, en una suma de dinero, como se demuestra en D. 16, 3, 1, 9. Ulpiano libro 30 ad Ed.:

Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datus actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.

No obstante, se contemplaba la excepción en los arrendamientos rústicos, en los que producía la figura de la *colonia partiaria*, donde la *merces* consistía en una parte de los frutos de la finca arrendada, la cual podía asumir una de las dos modalidades, o era *pars quota*, o era *pars quanta*.

Amirante⁵⁴ insiste en que está fuera de toda duda, la obligación de pagar la *merces* como elemento fundamental de la *locatio-conductio*: «*nisi merces certa statuta sit non videtur locatio et conductio contrahi*», de Gayo 3, 142. Sin embargo, mientras en la *emptio* el pago del *pretium* constituye la obligación típica del comprador, el pago de la *merces* sirve, según su criterio, para indicar la calidad de la relación como *locatio-conductio*, pero no puede decirse que constituya una obligación típica del *conductor*, o en su caso del *locator*. Es decir, desde su punto de vista, «no es necesario para tipificar la figura del *conductor* que pese sobre el la obligación de pagar la *merces*», justificándolo porque no sirve para el contrato de arrendamiento de servicios del hombre libre, sobre lo que se pregunta este romanista ¿qué se restituye?, al interpretar que necesariamente tiene que existir una cosa física, como devolución, al terminar el negocio⁵⁵.

⁵¹ En este fragmento de su *Instituta*, Gayo afirma que «si no se ha fijado un precio cierto, no puede considerarse celebrado el arrendamiento», mientras el en 3.143 examina el supuesto de asignar la fijación del precio al arbitrio de un tercero, que era objeto de discusión jurisprudencial, junto a otros supuestos que enuncia el jurisconsulto de los sabinianos.

⁵² Cf. *Paraphrase grecque des Instituts de Justinien par le professeur Théophile, trad. En Français; précédée d'une introduction et de divers travaux critiques, par M. J. C. Frégier*, París, Vicecoq fils ainé, 1847, pp. 478-479.

⁵³ HEIMBACH, C. G. E., *Basilicorum libri LX*, t. II, lib. XIII-XXIII continens, Lipsiae, sumt. J. A. Barth, 1840, p. 334, libro XX, 2, nota 1, s. v. *merces*: «*Locatio conductio in pecunia numerata definienda est. Nam si in pecunia numerate non consistit, location non est...*».

⁵⁴ AMIRANTE, L., «Ricerche in tema di locazione», en *BIDR* 62 (1959) 9-119, especialmente 102-119.

⁵⁵ AMIRANTE, L., op. cit., p. 111: La *merces* es la contraprestación del *uti frui* que una de las partes del contrato hace para la otra, y no importa que el *fructus* o la *opera*, de la que goza la parte que paga la *merces*, sean los de la cosa o de la persona arrendada.

Es el mismo planteamiento que vemos en Lepointe-Monier⁵⁶, para quienes la *locatio conductio* es un contrato por el qual una persona promete a otra de proporcionarle el goce de una cosa o el de sus servicios, mediante una retribución «fixée en principe en argent». El obrero, el artesano, «se place lui-même (se locat) à la disposition du patron qui l’emmène (conduit). La merces est le prix de la rémunération en contrepartie de la jouissance des services: elle est payée par le conductor operarum», y debe ser cierta : «c’est la redevance à payer pour la jouissance de la chose ou des services, elle doit être fixée d’avance: d’ordinaire payée en argent elle peut exceptionnellement être payée en nature, c’est le cas de biens ruraux où la merces consistera en une part des fruits ou revenus produits par l’exploitation». La merces es debida «dans la mesure de ladite jouissance, il y a corrélation étroite entre les deux éléments du contrat. C’est une créance successive, s’il y a interruption de jouissance il y a interruption de la dette de la merces». Si el obrero ha cesado de trabajar por su culpa, el conductor no pagará la merces, pero si es sin su culpa la cesación del trabajo, la merces es debida: la pérdida es para el locator, salvo en caso de culpa, imputable al conductor.

Esta regla, por la que era imprescindible, para la existencia del contrato, que el conductor abonara una cantidad en numerario, según Arangio Ruiz⁵⁷, es absoluta en Derecho justiniano, donde, en su criterio, la colonia parciaria no viene ya considerada como arrendamiento, a pesar de que el fragmento del Digesto habla de una «quasi societas», y le aplica las reglas de la *locatio*, si bien en sentido contrario se pronunció Carlo Longo⁵⁸, al defender la naturaleza del arrendamiento en su configuración, también en este supuesto.

Macqueron⁵⁹ sostiene que la remuneración, merces, renta, salario, debe ser en dinero amonedado, y el contrato no se concluye mientras ese montante no esté determinado: Gayo III, 142-144. Si no hubiera remuneración, no habrá arrendamiento, sino otro contrato: comodato o mandato. La jurisprudencia clásica aplica a la merces casi los mismos principios que formula para el precio en la venta, pero su aplicación es más flexible en materia de arrendamiento.

En época de Catón, la merces podía estar indeterminada y venir pagada *in natura*: la exigencia de una merces «certa» y en dinero proviene de un endurecimiento de la normativa aplicable, realizado por los jurisconsultos. El colono parciario no paga en dinero, sino en parte de frutos con el propietario, conforme indica Gayo en D. 19, 2, 25, 6, constituyendo, en opinión del citado romanista francés, una especie de sociedad, con cuya expresión no respeta este romanista francés el fragmento compilatorio. Para este estudioso, el arrendamiento de servicios: «C’est le contrat de travail: un ouvrier, locator, met son activité, ses journées de travail, à la disposition d’un employeur-conductor; celui-ci s’engage à lui payer un salaire-merces, d’où le nom de mercennarius donné au salarié... c’est le locator qui reçoit une merces, contrepartie de l’avantage qu’obtient le conductor du fait qu’il profite de l’activité de l’ouvrier»⁶⁰.

⁵⁶ LEPOINTE, G. – MONIER, R., *Les obligations en Droit Romain et dans l’Ancien Droit français*, Paris, Sirey, 1954, pp. 261-268.

⁵⁷ ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni...*, op. cit., pp. 347-348.

⁵⁸ LONGO, C., *Sulla natura de la merces nella locatio conductio*, en *Mélanges P. F. Girard*, t. II, Paris Arthur Rousseau, pp. 105 y ss.

⁵⁹ MACQUERON, J., *Histoire des obligations. Le Droit romain*, Aix en Provence, As. Auguste Sumas, 1975, p. 157.

⁶⁰ Un problema que aborda el romanista es la contrapartida a la merces, que enuncia como *res locata*, con el deber de restituir en cualquiera de las formas, porque debe identificar en qué consiste,

En criterio de Pippi⁶¹, «*le travail de l'homme est considéré comme une chose; il est alors normal que les Romains placent la fourniture des services sous l'égide du louage*».

Consecuentemente, en la *locatio operarum*, «*varieté de la locatio conductio*», las cosas, que son objeto del contrato, son las *operae*, es decir, «*les journées de travail de l'ouvrier libre. Les ouvriers qui louent leur travail portent le nom de 'locatores', pues locant operas*», ellos se emplean, mientras el *conductor*, es el que paga.

La *locatio operarum* nunca tuvo mucho desarrollo normativo en Derecho romano, dada la abundancia del trabajo de los esclavos, y de la existencia de libertos que habían comprometido sus *operae* a favor del antiguo amo⁶².

Por otra parte, solamente estaba permitido para algunos trabajos ordinarios retribuidos por jornada, los denominados *quaestus illiberales* y *sordidi*, que no implican ni capacidades ni conocimientos especializados. Por el trabajo prestado, el *conductor* debe entregar la *merces*, pero solamente por la jornada de trabajo, ya que los riesgos corren por cuenta del trabajador, al menos en caso de enfermedad, como puso de relieve el tríplico de Tansilvania.

Así lo reconoce la romanística francesa, como muestra Ortolán⁶³, para quien «El precio del arrendamiento, incluido la *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, *merces*, llamado también a veces simplemente *pretium*, en D. 19, 2, 28, 2 de Labeón,

para explicar la transición de la *locatio rei* del esclavo a la *locatio operarum* del hombre libre, sin tomar en consideración que un individuo, sujeto de derechos, no podía actuar como *res*. Lo interpreta del siguiente modo: «*Dans le louage de services, quelle est la res locata? Les services? Ces operae, ce sont des journées de travail qui ne commencent à avoir une réalité que lorsqu'elles ont été complètement exécutées. Ce sont des choses futures. On peut admettre sans trop de difficulté qu'un louage puisse avoir pour objet des choses futures. Mais ce qui est beaucoup plus embarrassant c'est de savoir ce que, dans ce genre de louage, le conductor-empresario devra restituer à l'expiration du contrat. Il doit restituer la res locata; si nous considérons que la res locata ce sont des journées de travail, toute idée de restitution est absurde*». Parece pues que el contrato de arrendamiento no podía servir, de ningún modo, como esquema jurídico al contrato de trabajo. Sin embargo, es lo que ha hecho el Derecho romano. Esta anomalía se puede explicar históricamente. Los romanos han conocido en primer término el supuesto del amo que, para sacar dinero de la actividad de su esclavo, lo daba en arrendamiento a una persona, que tenía necesidad de mano de obra. «*Ce n'était pas autre chose qu'une locatio rei: la cosa arrendada era el esclavo, y a la terminación del contrato, el empresario-empleador restituía el esclavo a su propietario. Le contrat par lequel un maître louait son esclave a servi de modèle au contrat de travail conclu par l'ouvrier homme libre. La situation était cependant assez différente: dans le cas de l'ouvrier libre, le contrat est conclu par le travailleur lui-même, en son nom et pour son propre compte et c'est lui qui a droit au salaire convenu. On est passé facilement d'une situation à l'autre par l'intermédiaire de l'hypothèse de l'esclave qui, lui-même et de sa propre initiative, se mettait à la disposition d'un employeur: le salaire allait au maître, mais pouvait aussi tomber dans le pécule de l'esclave: D. 33, 2, 22: si servus se locaverit*».

⁶¹ PIPPI, F., op. cit., pp. 22-23.

⁶² D. 38, 1, 1. Pescani trae a colación los servicios prestados por un liberto médico, conforme a D. 38, 1, 25, 4, observando que el patrono pudo usufructuar las *operae* del liberto, porque éste se lo solicitó, y él no recibe una *merces*, sino un precio por dichos servicios, que vendía al cliente; no le pagaba una *merces* como mercenario, consiguiendo dinero por sus obras, y autorizando al patrono a arrendarlas. PESCANI, P., *Les operae libertorum. Saggio storico-romanistico*, Trieste, Università, 1967, pp. 142-144. Vid. GIFFARD, A. E. – VILLERS, R., *Droit Romain et Ancien Droit français (Les obligations)*, París, Dalloz, 1958, p. 77.

⁶³ ORTOLÁN, J. L. E., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, 4.^a ed. rev. y aum., trad. por F. Pérez de Anaya y M. Pérez Rivas, t. II. Libros III y IV de la *Instituta*, Madrid, Librería de L. López, 1877, pp. 319-320.

y en 19, 2, 51, de Javoleno, debe ser esencialmente, lo mismo que en la compraventa, determinado (*certum*) y consistir en una suma de dinero.

Por su parte, Maynz⁶⁴, reconociendo que es difícil definir de manera precisa la distinción, entre el arrendamiento de *operae illiberales*, a cambio de un salario, y las *operae liberales*, que no pueden ser objeto de arrendamiento, ya que se basaba en las costumbres romanas, perdiendo incluso su importancia en aquel pueblo, afirma que en este contrato sinalagmático una persona se obliga respecto de otra a procurarle a hacer «*les travaux*» para ella, de la manera y tiempo convenido mediante un precio que debe pagar esta última, dicho precio, «*doit consister en une somme d'argent déterminée*». Esta contraprestación se denomina *merces*, *pensio*, *pretium*, *manupretium*, siguiendo a Varrón, *De lingua latina* 5, 178, y 8, 19⁶⁵, haciendo derivar *merces* de *merere*. El precio ha de ser, como en la venta, serio o existir realmente, y cierto, y puede ser atribuido al arbitrio de un tercero, reiterando nuevamente, «*et consister en une somme d'argent déterminée*», siguiendo a Teófilo en su paráfrasis a las Instituciones de Justiniano 3, 24 pr. y 2, viniendo corroborado en D. 19, 5, 5, 2, de Paulo: «*Si... pecunia data locatio erit... si res, non erit locatio...*».

Cuando se trata del arrendamiento de un objeto que produce frutos, el contrato puede prever la entrega de una cantidad de productos, tanto si esta cantidad está determinada de manera invariable, conforme a D. 19, 2, 19, 3, de Ulpiano, y C. Iust. 4, 65, 18, 21, de Diocleciano y Maximiano, o consiste en una parte alícuota de los productos. En este último caso, el *locator* se llama *colonus partiarius*⁶⁶.

En el inicio, el arrendamiento de servicios pudo implicar un cambio de prestaciones, una operación al contado, por jornada de trabajo. Las transformaciones económicas producidas en época de Catón el Antiguo o censor, que aparecen en su *De re rustica*,

⁶⁴ MAYNZ, Ch., *Cours de Droit Romain, précédé d'une introduction, tontenant l'Histoire de la Législation et des Institutions politiques de Rome*, 4.^a ed., t. II, Bruxelles, Bruylant-Christophe et compagnie, 1877, pp. 236-237 y 246-250.

⁶⁵ VARRÓN, *De lingua latina*, ed. bil. Introd., trad. y notas de M.-A. Marcos Casquero, Madrid, MEC, 1990, pp. 32-33: V, 44: «*Merces dicitur a merendo et aere*», y lo explica: la paga, *merces*, dicha así por derivar de *merere* (ganar) y *aes* (moneda de cobre) que se abonaba por el transporte en una balsa. Su cuantía era un cuarto de as = *quadrans*. Ibid., pp. 134-135, V, 178: *Si quid datum pro opera aut opere, merces a merendó. Quod manu factum erat et datum pro eo, manupretium a manibus et pretio*», o lo que es lo mismo, aquella cantidad que se entrega a cambio de unos servicios o por un trabajo, se denomina *merces* (salario), a partir de *merere* (merecer). Lo que se hacía a mano, y la cantidad que por ello se recibía se llamó *manupretium*, vocablo acuñado sobre *manus* y *pretium*. Ibid., pp. 302-303, VIII, 19: derivados de una acción, «*merces* (paga) de *mereri* (merecer)».

⁶⁶ Si hay consentimiento sobre la cosa y el precio, está perfeccionado el contrato, pero si no es así, porque no existe acuerdo sobre la cuota a pagar, si el precio del *conductor* es menor que el solicitado por el *locator*, no hay consentimiento y por tanto no hay contrato; en caso contrario, hay consentimiento por la cantidad menos elevada, de acuerdo con D. 19, 2, 52, de Pomponio. Según Maynz, (MAYNZ, Ch., op. cit., pp. 246-247), el carácter distintivo de las *operae liberales* consistía en que no podían ser pagadas en dinero, pero bajo los emperadores se asumió que las personas que ejercían las profesiones liberales podían recibir un salario, según D. 50, 13, 1, de Ulpiano: *Praeses provinciae de mercedibus ius dicere solet, sed praeceptoribus, tantum studiorum liberalium...* Este salario recibe el nombre de *honorarium*, y en lugar de la *actio locati*, se le concedió una *extraordinaria cognitio*, para exigir el pago. En general, la operación era considerada como un mandato, más que como un arrendamiento, y el juez tenía facultad para apreciar y moderar los honorarios reclamados. Si los honorarios se pagaban por anticipado, el acuerdo tomaba el carácter de un contrato innominado, *do ut facias*, exigible con la *actio praescriptis verbis*, de D. 19, 5, 5, 2, de Paulo.

capítulos 14⁶⁷, 16⁶⁸, 144⁶⁹ y 145⁷⁰, respecto de la recogida de las aceitunas para hacer aceite, dan lugar a un cambio de promesas, es decir, un verdadero contrato consensual del que surgen obligaciones «*solo consensu*», y a la posterior aparición de las dos acciones *bonae fidei* con Quinto Mucio Scaevola⁷¹.

Según Macqueron⁷², el salario se paga, en la *locatio operarum*, en las fechas convenidas. Es la correspondencia entre el día a día del trabajo, en contrapartida de las *operae* efectivamente ejecutadas, por lo cual el salario no es debido para las jornadas en las que el obrero, por cualquier motivo, no ha trabajado, pues los riesgos en el arrendamiento de servicios son del obrero. No obstante, la jurisprudencia, examinando el problema no bajo el ángulo de los riesgos, sino de la responsabilidad contractual, ha llegado a una solución más favorable al trabajador, a la luz de D. 19, 2, 38, puesto que el operario tiene derecho al salario si la falta de ejecución de las *operae* es debido a una causa que no le sea imputable. En caso de cesación injustificada del trabajo, el obrero no solamente pierde su salario, sino que debe pagar una fuerte penalidad, porque se obliga a prestar las *operae* de una persona sana, y expresamente se pacta que el obrero no tiene derecho al

⁶⁷ *Villa aedificanda*.

⁶⁸ *Calx quo pacto*.

⁶⁹ *Lex oleae faciendae*.

⁷⁰ *Lex oleae pendentis*.

⁷¹ La *merces* es esencial, relevante y «*certa*», como en la venta, aunque al parecer la noción de salario justo no ha encontrado acogida en el mundo romano, en razón del tipo de trabajo que se realizaba, rigiéndose por la ley de la oferta y de la demanda, de la que surgiría el *quantum* justo, según Aristóteles. En realidad, es el *locator* quien decide frecuentemente lo que es justo en el salario que percibe o no, aunque dependía de las alternativas que el *conductor* pudiera encontrar ante el trabajador. Dicha *merces* debía ser abonada por jornada de trabajo, aunque en ocasiones se satisfacía globalmente, para todo el tiempo de duración del contrato, sin que falte el pago del salario por semanas o por quincenas, y algunos supuestos, en los que el obrero recibía también la manutención de su patrón. Un caso singular es el relativo al aprendizaje. En materia de aprendizaje, la libertad de las partes aparece plenamente consagrada en el Derecho romano. Los juristas clásicos se refieren principalmente al contrato de aprendizaje, en relación con el poder disciplinario del maestro, más fuerte en realidad que para el vulgar arrendatario de servicios: D. 9, 2, 5, 3. Este contrato de aprendizaje puede presentar tres modalidades: a) ser retribuido en favor, asumiendo la estructura jurídica de una *locatio operis*; b) exigir remuneración para el aprendiz: *locatio operarum*, y c) compensar la enseñanza con el trabajo, supuesto en el cual la relación de puro aprendizaje, en sentido técnico estricto, reviste más importancia que la relación de trabajo, aunque también podría enfocarse este supuesto como la conjunción de dos *locationes* distintas, y sucesivas, que coinciden y se compensan, si bien el Digesto presenta al aprendiz como «*conductor*»: D. 19, 2, 13, 3. El aprendiz, salvo casos excepcionales, interviene en la relación laboral como *alieni iuris*, sin que sea sujeto del contrato, que tiene lugar entre el paterfamilias que ejerce la potestad y el maestro: el aprendiz, verdadero y propio trabajador, no es parte de la relación contractual, porque las partes son el maestro, que cobra el trabajo, y el paterfamilias que normalmente paga la enseñanza. La naturaleza especial de este contrato, y la diversidad de industrias en las que podía llevarse a cabo, condujeron a una mayor frecuencia en la celebración específica de dicha relación laboral, en la que, por contaminación germánica y durante el Bajo Imperio, se atribuía mayor poder al maestro, que no la simple responsabilidad romana de la Ley Aquilia, adquiriendo un carácter de verdadera dependencia cuasi familiar, debilitándose el aspecto familiar originario, sustituido por la adscripción del aprendiz a la empresa, que toma su propia vida en la organización de las tareas que ejecuta. BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 105-106. Recuerda MOR, C. G., «*Gli incunaboli del contratto di apprendistato, desde el siglo XII*», en AG 166 (1964) 9-45, en p. 45, a partir del fragmento de Ulpiano en D. 9 2, 5, 3, que en Roma, en el siglo II, también estaba permitido consuetudinariamente una *levis castigatio* al aprendiz *causa docendi*, citando un *responsum* de Juliano, aunque no es el único.

⁷² MACQUERON, J, op. cit., pp. 165-166.

salario durante los días que no se pueda trabajar a causa de la inundación de la mina, lo que es un caso de fuerza mayor, que no es imputable al trabajador. Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual, en la *locatio operarum*, el citado romanista francés interpreta que el sistema de la custodia, en sentido objetivo⁷³, haría recaer sobre el empleador que fuera automáticamente responsable de todos los accidentes de trabajo que sufriera el obrero, pero no hay ningún texto que lo avale.

Desde un punto de vista terminológico, según Prateius⁷⁴, «*merces fere dicitur pecunia, quae ex praediorum rusticorum locatione percipitur: quae vero ex urbanorum, pensio*»⁷⁵, y recuerda Castejón⁷⁶, citando al doctoral mirobrigense del siglo XVI Juan Gutiérrez, que «*merces in pecunia numerata de substantia requiritur in locatione, nec aliter locatio dici potest, sicut neque venditio sine pretio*»⁷⁷, mientras en otro lugar de sus *Cuestiones canónicas*⁷⁸, refiere que «*Merces aliqua iuste recipi et retineri potest, pro labore impenso in inquirenda et invenienda re, et quod fuerit libere ac sponte datum ob rei inventae restitutionem*».

La sátira 7 de Juvenal, presenta la escena del alumno que quiere aprender pero de ningún modo desea abonar la retribución a su docente, calificada como *merces*:

*Nosse volunt omnes, mercedem solvere nemo
Mercedem appellas?, quid enim scio? Culpa docentis
scilicet arguitur...*⁷⁹

Albetico de Rosate⁸⁰ recuerda que *mercedes a colonis acceptae sunt loco fructuum*, comentando D. 5, 3, 29. Ulp. 15 ad Ed., mientras el jurisconsulto Paulo, lib. 5 sentent., enuncia que *Merces eximij laboris appellantur, quae pro salute alicuius datur*, en D. 39, 5, 34, 1. Paulo lib. 5 sent.⁸¹.

⁷³ MACQUERON, J., op. cit., p. 169.

⁷⁴ PRATEIUS, P., *Lexicon iuris civilis et canonici, sive potius commentarius de verborum quae ad utrumque ius pertinent significatione*, apud G. Rovillum, 1574, p. 327, s. v. *mercis* y *merces*. *Mercis autem nomine etiam de operis intelligitur, ut et pretium. Mercedem habitationis Graeci proprio nomine appellant, mercedem operae misdrom. Clemens Alexandrinus I Strom. Sed et mercedem habitationis, quae ab inquilino datur, Iustinianus Novella 43.... et Plutarch., observabit Victorius, libro 16 cap. 11. Merces autem quae doctore datur, Minerva etiam dicitur. Veruntamen et pro pensione accipi solet, atque annuo redditu, apud Ciceronem, sicut et in iure accipitur*»

⁷⁵ D. 5, 3, 27 y 29. Ulpiano libro quinto decimo ad edictum.

⁷⁶ CASTEJON, AEG., *Alphabetum iuridicum, canonicum, civile, theoreticum, practicum, morale atque politicum*, t. II, apud Petrum Bruyset, 1738, p. 113, s. v. *merces, mercedes*, y pp. 42-47, s. v. *locatio-conductio, locator-conductor*.

⁷⁷ GUTIÉRREZ, Jo., *Practicarum quaestionum civilium circa leges regias Hispaniae secundae partis novae collectionis regiae liber VII: tractatus De gabellis*, Matriti, apud Io. de la Cuesta, 1612, *quaestio* 35 numero 3.

⁷⁸ GUTIÉRREZ, Jo., *Canonicarum quaestionum utriusque fori, tam exteriores, quam interioris animae*, Antuerpiae, J. Keerbergium, 1618, l. 2 c. 9, números 27 y 28.

⁷⁹ Todo el mundo quiere saber, pero nadie pagar el salario. Reclamas tu salario?, pero ¿qué he aprendido? Se echa la culpa, desde luego al que enseña. Cf. JUVENAL, *Sátiras*. Trad., est. Introd. y notas de B. Segura Ramos, Madrid, CSIC, 1996, p. 98. En otro lugar, de la misma sátira séptima, n° 123: «*Si contigit aureus unus, inde cadunt p artes ex foedere pragmaticorum (causidicorum)*», esto es, si te tocó un denario de oro, de tu cuenta corren los honorarios de los abogados o expertos en derecho. Ibid., pp. 96-97.

⁸⁰ ROSATE, A. de, *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici, Venetiis*, apud Guerreos fratres et socios, 1573, p. 471, sub lit. m.

⁸¹ En esta materia, y desde época posclásica, tuvieron gran influjo las enseñanzas bíblicas, tanto

En el arrendamiento de servicios se habla también de salario⁸², pero este término, en las fuentes tiene múltiples significados, ya que, como indica Alberico da Rosate⁸³, en algunos fragmentos se denomina *salarium*, «*aliquando pro mercede, seu renunciacione laboris*»⁸⁴,

del Antiguo como del Nuevo Testamento, como era las expresiones de Génesis 15, en la palabra dada a Abraham: *merces tua magna erit valde*, o de San Pablo en I Cor. 3, 20, 3: «*mercedem suam unusquisque accipiat secundum laborem*», y otras en la misma carta I Cor. caps. 9 y 23.

⁸² En criterio de BRISSON, B., *De verborum quae ad ius pertinent significatione libri XIX*, Parisiis, apud S. Nivellium, sub Ciconiis, via Iacobaea, 1596, fol. 262r, s. v. honoraria: «*appellantur salaria, quae Advocatis, iurisconsultis, medicis, liberalium Artium Professoribus, Mensoribus et caeteris, qui operam beneficij loco praestabant, dabantur ab eo, quod pro mercede, ad honorem, eis tribueretur, laboris remunerandi gratia. Mercedes enim eas dicere displicuit, cum non crederent inter huiusmodi personas locationem et conductionem contrahi: ley 1 D. si mens. Fals. Mod.; ley 9 D. de administrat. et peric. Honoraria Advocatorum, ley 1 & in honorariis D. de extraordinar. Cognition.; l. 38 D. locati; ley 3 C. de postulando; ley 2 C. de legationibus libro 10; ley 13 C. de iudiciis. Vincentius Belvacensis Speculi Histor. Libro 7, cap. 145: Inter advocatum et clientem, licet pecunia interveniat, non tamen dicitur esse locatio et conductio: sed in his, opera, beneficij loco, praebere: et cum quid datur, ad remunerandum dari. Et inde honorarium appellari. Vitruvius libro 15 cap. 22: Diognetus enim fuerat Rodius Architectus, et ei de publico quotannis certa merces, pro arte, tribuebatur, ad honorem. Ibid., fol. 357v, s. v. Locare extruendum opus, ley 2 & idem D. de Administr. Rer. Locare opus faciendum, ita ut pro opere redemptori certam mercedem in singulos dies darem. Locare operas suas dicitur, qui eas mercede accepta praestat, ley 26 D. De usufructo; ley 38 & cum servus D. De stipul. Servor.; ley 6 D. De lege Fabia. Ibid., fol. 393v, s. v. Mercedem: Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet: ley 38 D. locati. Si in operas singular merces constituta erit, ley 51 & ultimo D. eodem titulo. Si mercede operam ei exhibet, ley 1 & est autem, D. de exercitoria. Ibid., fol. 394r: Merces non tantum pro opera, sed et pro usu rei quae fruenda locatur, praestatur. Ibid., fol. 394v, s. v. mercennarius: appellatur qui operas suas mercede constituta locat, ley 1 & si filius familias D. de vi et vi armata; ley 20 D. quemadmodum servit. Amitt. Seneca libro 3 de beneficiis cap. 22: Mercenarius beneficium dat, ubi plus praestat quam quod operis locavit. Vetus glossarium: mercenarii sunt qui serviunt accepta mercede. Ibid., fol. 394r: Nec sordidarum modo, aut vulgarium artium opificibus, sive artificibus, sed et liberalium artium professoribus et magistris, merces solvi, praestarique dicitur. Merces praeceptoribus tutor constituit ley 12 & cum tutor D. de aministr. et peric. Medicis, Archiatris, Grammaticis et professoribus disciplinarum et doctoribus legum mercedes et salaria reddi iubemus: l. 6 C. de professoribus et medic. Libro 10. Ex qua lege itidemque ex Divo Augustino, lib. 1 Confessiones cap. 16, apparet, liberalium studiorum profesores, praeceptoresque supra mercedes, id est, menstruum, annuamve stipem quae eis privatim a discipulis praestabatur, etiam salaria de publico, puta in Urbe, ex fisco, in municipiis vero, ex municipali arca, decreto ordinis, accepisse, ut Suetonis in Vespasiano, cap. 18 et Ulpiano in lege 4 D. de decret. Ab ord. Fac. docent Pensio mercedis disciplinarum».*

⁸³ ROSATE, A. de, *Dictionarium...*, op. cit., p. 723, s. lit. s.

⁸⁴ D. 17, 1, 7. Papiniano libro 3 respons. El comentarista medieval explica una doctrina que será defendida por los autores posteriores: «*Doctor qui promisit legere pro certo salario sibi solvendo certis temporibus, licite desistit a lectura si sibi non satisfit in tempore secundum promissionem tempore obligationis factam, cum non possit conductor agere contra eum, nisi adimpleat contractum ex parte sua: D. 19, 1, 13, 8, de quo per Felinus in c. quia de mag. Sed an pro tempore quo non legit ex defectu solutionis non factae, possit petere salarium et videtur quod non : quia ipse non adimplevit contractum pro parte sua. Per quem textus Panormitani in X 2. 24. 3. Audivit ita determinasse Albericus de Rosate quod ibi Abbas admittit, quando potuit adimplere contractum, et non adimplevit. Nam tunc videtur voluisse recedere a contractu : nam poterat agere contra conductorem actione locati : et sic consequi salarium. Si autem non legit propter pecuniae defectum, non potuit stare in loco : tunc satis putat idem Abbas quod poterit agere ad interesse, ex quo per eum non stetit. Pro hoc bonus textus in D. 19, 2, 24, 4 et D. 19, 2, 28, Paulo libro singulari regularum Joan. Bapt. Cast.».*

Ya existía gran polémica en la doctrina sobre las remuneraciones de los profesionales de las artes liberales, con cuyo motivo no duda en explicar: «*De salariis procuratorum, tabellionum, advocatorum, medicorum, rectorum, grammaticorum, doctorum, geometrorum, obstetricum, nutricum et alia negotia exercentium, et operas suas locantium, cum multis dubijs in materia, et qualiter advocatus, vel quicumque defensor, magister, nutrix, obstetrix, medicus, et huiusmodi personae, iudicis officio salaria petant*», remitiendo a la doctrina más autorizada, incluyendo a Bártolo de Saxoferrato, entre los comentaristas, y a Jasón del Maino, entre los humanistas.

«quandoque pro solatio»⁸⁵, «aliquando pro expensis»⁸⁶, «aliquando pro honore ex parte eius, cui debetur»⁸⁷.

Por lo que se refiere a la contraprestación por el trabajo o servicio prestado a otro sujeto⁸⁸, es preciso recordar que en los esclavos y *alieni iuris*, el salario está representado por la alimentación, la vivienda y el vestido, además de las donaciones o gratificaciones que pueda otorgarles, con plena libertad, aquel para quien trabajan, salvo contrato con su dueño o paterfamilias⁸⁹.

La jurisprudencia clásica reconoce, más claramente, que la *merces*: «debe consistir en una suma cierta de dinero»⁹⁰ y, a tenor de Gayo 3, 142, «si no se fijó un precio cierto en la celebración del contrato, no puede considerarse que se ha contraído el arrendamiento», considerando Juan Iglesias⁹¹, que la *merces* debe estar determinada al concluir el contrato. Solo en el Derecho justiniano puede encomendarse la determinación al *arbitrium* de un tercero, pero si éste no puede o no quiere verificarla, se considera ineficaz el contrato⁹², de tal manera que no hay arrendamiento, sino un contrato innominado, cuando la merced no consiste en dinero⁹³.

⁸⁵ C. Iust. 12, 37, 16.

⁸⁶ D. 24, 3, 22. Ulp. Lib. 33 ad ed.

⁸⁷ D. 17, 1, 6. Ulpiano 31 ad Ed.

⁸⁸ Cf. BAYON CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 93-96.

⁸⁹ El precio o merced, como principal obligación del *conductor*, como deber impuesto por el uso o disfrute de la actividad de trabajo de una persona, es una nota esencial del contrato, y tiene los mismos caracteres de la venta, es decir, existir y estar suficientemente determinada. Debe consistir en principio y generalmente, en numerario, aunque no se debe excluir la existencia en Roma de formas mixtas, especialmente parte en dinero y parte en alimentos, a tenor de algunos testimonios epigráficos y papirológicos. Cf. GIFFARD, A. E., op. cit., p. 78.

⁹⁰ COSTA, E., *Storia del Diritto romano privato*, 2.^a ed. rinn. ed acc., Imola, coop tip-ed. P. Galeati, 1925, pp. 397-401, defiende que en el derecho antiguo y primera etapa imperial la *merces* venía fijada en dinero como el precio en la compraventa, aunque admite en la nota: «*l'opinione oggidi prevalente è nel senso che nel diritto classico la merces potesse consistere in una certa parte dei frutti, anzichè in denaro*», y solamente en época avanzada, por influjo helenístico, se reconocería en los arrendamientos de tierras que se pueda pactar la *merces* en una *certa quantitas* de frutos, sin alterar la figura jurídica. En su criterio, la exigencia de la *merces* en dinero no es justiniana sino una regla clásica, de la cual la colonia parciaria es una excepción única, conforme a D. 19, 2, 25, 6.

⁹¹ IGLESIAS, J., *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 6.^a ed. rev. y aum., Barcelona, Ariel, 1966, pp. 427 y 431-432, con bibliografía abundante en las notas 182-185.

⁹² C. Iust. 4, 38, 15, 3; Inst. Iust. 3, 23, 1.

⁹³ Inst. Iust. 3, 24, 1-2; D. 16, 3, 1, 9 y D. 19, 5, 5, 2. En Derecho clásico hubo controversia acerca de las convenciones en las cuales se deja la fijación de la cuantía de la *merces* para un momento posterior a la celebración del contrato, porque un fragmento de Gayo, 3, 143 pone de manifiesto esta cuestión debatida, de modo que no hay *locatio-conductio*, si previamente no se ha determinado la *merces*. Esta cuestión fue resuelta con Justiniano, que declara válido el contrato bajo condición, es decir, la eficacia contractual queda pendiente de que el tercero realice la determinación exigida: C. Iust. 4, 38, 15, confirmado por Inst. Iust. 3, 23, 1 y D. 19, 2, 25 pr. Por otra parte, la *merces* ha de ser real o efectiva, no ficticia, ya que consistiera en una única moneda sería una donación y no un arrendamiento, de donde deriva la nulidad del contrato, a tenor de D. 19, 2, 46. Ulpiano libro 69 ad ed.: «*si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit*» y D. 41, 2, 10, 2. Ulp. en el mismo libro y obra: «*... si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo...*».

Existió una disputa doctrinal entre los romanistas de la primera mitad del siglo XX, porque mientras Paul Frederic Girard en su *Manual*⁹⁴, conforme a la que entonces era la doctrina más generalizada, partiendo de las fuentes y la semejanza con el precio en la venta, sostiene que los Romanos no hablaban de *locatio*, si la contraprestación o *merces*, «*vera et certa*», no consistía en una suma de dinero, salvo la *colonia partiaria*: «*et consistere in argent monnayé, en dépit d'une contestation symétrique à celle en matière de vente. Il y a seulement una exception*», cuando versa sobre un terreno productivo de frutos naturales, porque entonces la *merces* puede consistir en una porción de dichos frutos que se entregan al dueño, Ferrini⁹⁵, afirma que la merced ha de ser verdadera, no simulada, y cierta, al menos objetivamente, pero defiende que la absoluta necesidad, sin excepción alguna, del precio o merced en dinero, fue obra de Justiniano, de modo que la *colonia partiaria* no fue la única excepción para el Derecho clásico: «*non occorre che sia in denaro, senza dubbio essa può consistere in una data quantità di derrate (pars quanta). Nel caso invece, in cui taluno in corrispettivo del godimento di un fondo o di una mandra si obbliga a dare una proporzionale della complessiva entità dei frutti (pars quota), il diritto giustiniano riscontra piuttosto una società, che una locazione*».

Toma como referente la compraventa, cuya analogía reclaman las fuentes jurídicas, y al exigir que el precio fuera *in pecunia numerata*, triunfó la tesis de los proculeyanos, frente a los sabinianos, y a ello correspondería una presunta disputa entre las dos escuelas, acerca de la merced en dinero o en especie, de D. 19, 2, 2 e Inst. 3, 24, ya que reiteradamente se pone de manifiesto la analogía entre ambos contratos, y de ahí vendría que triunfó el requisito de la merced en dinero⁹⁶: Gayo 3, 144 e Inst. 3, 24, 2, además de Ulpiano 16, 3, 1, 9⁹⁷.

En su criterio, la exigencia de la *merces* en dinero, para el arrendamiento, fue una decisión decretada solamente por Justiniano, apoyándose en los escolios de los Basilicos, donde se encontrarían pruebas seguras de su existencia en la escuela de Berito, de donde pasaron tantas ideas al Derecho justiniano, una de las cuales defendía una teoría, que negaba cualquier excepción a la regla por la cual, en la locación, la *merces* debía consistir en dinero, y colocaba en otra categoría contractual los casos de la *colonia partiaria*, que se encuentran en las fuentes.

⁹⁴ GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit romain*, 7.^a ed., rev. e augm., París, Arthur Rousseau, 1924, p. 599 y notas.

⁹⁵ FERRINI, C., *Diritto romano*, 2.^a ed. rif., Milano, U. Hoepli, 1898, pp. 128-130, quien hace un postulado inicial, bajo la denominación de *locatio-conductio* «*se comprehendono tre negozii molto diversi*», seguido por otros estudiosos del Derecho romano, como BONFANTE, P., en sus *Istituzioni di Diritto romano*, con pref. Di E. Albertario, rist. della X.^a ed., Torino, Giappichelli, p. 490: «*Uno degli oggetti della locazione-conduzione è costante: il corrispettivo da pagare, che dicesi mercede, la quale dev'essere certa e determinata, come il prezzo nella compra-vendita, e di regola in denaro. L'altro oggetto della locazione è invece vario: e su questa base si distinguono la locazione di cose, di opere o servizi e di un'opera o impresa única*».

⁹⁶ FERRINI, C., *Colonia partiaria*, en *Opere*, vol. III, Milano, U. Hoepli, 1929, pp. 1-48.

⁹⁷ Es el criterio de Demangeat (DEMANGEAT, Ch., *Cours Élémentaire de Droit romain*, t. II, 3.^a ed., París, A. Maresq Ainé, 1876, pp. 359-361), tratando de la obligación del *conductor* de pagar una suma de dinero llamada *merces* y ya no *pretium*: la merced debe ser cierta, defendiendo que en la *locatio operarum*, no hay fijación de la *merces* en el inicio del contrato, sino más tarde de la celebración, aludiendo a continuación a una supuesta discusión entre las escuelas de sabinianos y proculeyanos, porque los primeros veían un arrendamiento, con la merced en consistente en una cosa, no dineraria, y los segundos un contrato innominado, acogiendo Justiniano la postura de estos últimos.

El francés Cuq también defiende este punto de vista⁹⁸, según el cual, la merces consiste ordinariamente en dinero «*mais aucun texte classique ne presente cette condition comme essentielle. Il en est autrement au Bas-Empire: la merces doit, comme le pretium dans la vente, consister en argent monnayé. Les scolies des Basiliques le prouvent*». Los juristas posclásicos interpretaron mal los textos de Gayo y Ulpiano, suponiendo una controversia, que no existía, entre sabinianos y proculeyanos sobre el precio en dinero, como en la venta. El primer referente es el fragmento de Paulo D. 19, 5, 5, 2, pero es un texto interpolado, y los arrendamientos de tierras podían hacerse *in natura*, bien con una cuota, caso del colono parciario, o en una cantidad fijada de antemano, si bien en ocasiones la contra-prestación tuvo un carácter mixto: parte en dinero y otra *in natura*, como prestaciones accesorias.

Observa Carlo Longo⁹⁹, que «el *conductor* debe pagar la *merces* – *in numerata pecunia*, según regla de Justiniano– durante todo el período de tiempo contractualmente establecido, y este romanista entiende que la afirmación de Ferrini carece de fundamento, porque su punto de partida, a efectos del planteamiento teórico realizado por el beato italiano, son los escolios de Stefano y Taleleo, que no aportan ningún sólido apoyo a su tesis.

El primero de ellos viene referido a D. 19, 2, 2, de Gayo, según el cual: «*Merces autem in pecunia numerata definienda est. Nam si in pecunia numerata non consistit, locatio non est, ut aliunde disci potest, et maxime ex his quae dicit Ulpianus*, concorde con D. 16, 3, 1, 9. En el escolio de Stefano, a este último fragmento, «*sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis actio datur*», la reproduce, a su modo, el comentarista bizantino: «*sed quia non datur pecunia, quod locatio exigit, praescriptis verbis actio mihi competit*», lo cual es una mera deducción del texto justiniano.

En el escolio a D. 19, 2, 25, 6, donde se diferencia el colono «*qui ad pecuniam numeratam conduxit*», y el colono «*partarius*», afirma Stefano: «*Haec autem dicimus de eo colono, qui pensionis nomine pecuniam dare promisit: nam si sic conduxit ut partem fructuum natorum praestaret, quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi communicabit*», con lo que demuestra Stefano que habla de la colonia partaria como arrendamiento, «*qui sic conduxit ut partem... praestaret*», mientras Taleleo, en el escolio a C. Iust. 2, 3, 8 y 21, relativos a la colonia parciaria, considera el negocio como arrendamiento, y por ello los justinianos lo incluyeron en el título *De locato*.

Longo¹⁰⁰ estima que ni las escuelas bizantinas tuvieron una teoría propia sobre la naturaleza de la *merces* en el arrendamiento, ni la consecuencia de esta teoría fue la absoluta exigencia de la *merces* en dinero, porque los escoliastas mantuvieron el criterio vigente en Derecho clásico, que exige, en la locación, la *merces* en dinero, salvo la excepción de la colonia parciaria, que es, por otro lado, verdadera locación¹⁰¹. En criterio

⁹⁸ CUQ, E., *Manuel des Institutions juridiques des romains*, Paris, Lib. Plon, 1917, pp. 483-484.

⁹⁹ LONGO, C., *Sulla natura della merces nella locatio conductio*, en *Mélanges P. F. Girard*, t. II, París, Sirey, 1912, pp. 105-109; id., «*Questioni esegetiche*», en *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 687-692. Vid. LONGO, G., «*Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella 'locatio-conductio rei'*», en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, vol. 2, Napoli, Jovene, 1950, pp. 388-389.

¹⁰⁰ LONGO, C., op. cit., pp. 110-113.

¹⁰¹ La clasicidad del requisito de la *merces* en dinero se encuentra enunciado claramente en un texto de las Pandectas: D. 19, 5, 5, 2, pero se confirma en otros fragmentos jurisprudenciales, como en D. 16,

del romanista citado¹⁰², Justiniano ha mantenido el criterio de los clásicos, exigiendo la *merces* en dinero para los tres tipos de arrendamiento, salvo la admisión de una locación en la colonia parciaria, pero matiza este régimen bizantino, porque entiende que esta afirmación es válida si la merced consiste en una cuota – *pars quota*, de los frutos del fundo-, pero no si es una *pars quanta*, lo cual no se encuentra en las fuentes¹⁰³.

Aunque Monier afirma que esta característica de la absoluta necesidad de la merced en dinero «*peut-être assez tardive*»¹⁰⁴, hubo algunos casos que generaron controversias sobre la naturaleza de la relación contractual, a los que se refiere Gayo 3. 143-147, que Justiniano zanjó al calificar la operación, en la que no existía la *merces* en dinero, como un contrato innominado.

Bastaría recordar la tesis de Kaser¹⁰⁵, a propósito del *canon*, *pensio* o *merces*, y a veces *pretium*, en el arrendamiento, que en su criterio debe consistir en dinero, aunque en época clásica se admitieron excepciones, como refiere Gayo 3.144, a propósito de la *colonia partiaria*, en la cual el *conductor* entrega una parte de frutos, si bien este régimen procedería del derecho provincial, y a pesar de su semejanza con la sociedad, vino encuadrada como *locatio-conductio*.

Este punto de vista de la *merces* consistente en dinero era el defendido por la romanística en general, como vemos en Pacchioni¹⁰⁶, al señalar que es obligación del arrendatario el prestar la compensación pactada, que en Derecho justiniano tenía que consistir siempre en una suma de dinero ya determinada, o por lo menos determinable al arbitrio de un tercero, conforme a Inst. Iust. 3, 24, 2, Gayo 3. 142-145 y D. 19, 2, 25.

3, 1, 9: «*quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio*», es decir, una *merces* estipulada en dinero hace surgir la locación, pero si falta, porque la *merces* consiste en otra cosa, entonces no es posible hablar de *locatio*. También se confirma el mismo requisito a través del fragmento D. 19, 2, 25, 6, de Gayo, quien sostiene que en el arrendamiento de cosa, la *merces* es necesaria absolutamente, salvo que se trate de colonia parciaria: «*de eo nos colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucum cum domino fundi partitur*». El término *alioquin* prueba que para el jurista, el caso del colono parciario es el único que existe, junto al del colono *qui ad pecuniam numeratam conduxit*. El fragmento de Paulo D. 19, 5, 2 donde se especifica las diferencias de los contratos innominados, claramente interpolado, porque mientras el jurista Paulo establecía casuísticamente lo relativo a los contratos innominados, los justinianos han presentado una esquematización.

¹⁰² LONGO, C., op. cit., pp.112-116.

¹⁰³ La merced podía fijarse en relación a todo el período de duración del contrato, y abonarse a su finalización de las operae convenidas, pero lo usual era el pago efectuado por días, al acabar la jornada laboral, o por meses, como vemos en el tríptico de Transilvania, que publicó P. F. Girard. También pudo valorarse la *merces* en relación con el rendimiento del trabajador, puesto que en la regulación prevista para los mineros de la Transilvania en Dacia, hay una reducción proporcional en el salario, si el obrero no reunía condiciones físicas de perfecta salud y eficiencia, llegando incluso a la pérdida del mismo. Catón el Censor, en su tratado de Agricultura, pone ejemplos del contrato de arrendamiento de servicios, y refiere diversas medidas de aseguramiento para el abono de la *merces*, y sanciones para el *conductor* que no abona la merced al término contractual. Vid. ALBERTARIO, E., *Contratti agrari nel De agri cultura di Catone*, Firenze, tip. B. Coppini et comp., 1936.

¹⁰⁴ MONIER, R., op. cit., p. 171.

¹⁰⁵ KASER, M., *Derecho privado romano*, vers. cast. de la 5.^a ed. alemana, por J. Santa Cruz Tejeiro, Madrid, Reus, 1968, p. 198.

¹⁰⁶ PACCHIONI, J., *Manual de Derecho romano*, trad. de I. Martín y A. Reverte, Valladolid, Lib. Santarén, 1942, pp. 130-137.

II. LA RETRIBUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS EN LOS GREMIOS

Paralelamente al trabajo libre¹⁰⁷, y no agremiado, con la remuneración prevista en numerario, para la *locatio-conductio operarum*¹⁰⁸, tal como defiende la doctrina jurídica y teológico-jurídica desde la Edad Media hasta el siglo XIX, existió un campo de actividad económica y social muy regulado, a través de los gremios, en los cuales se desarrollaba una intensa contratación de aprendices y oficiales, u operarios y artífices, bajo la figura

¹⁰⁷ Las características generales del trabajo agrícola, que en general se rige por el sistema de la aparcería, y del servicio doméstico, se mantuvo casi invariablemente desde la Edad Media hasta la codificación. Siguiendo la investigación de GIBERT, R., *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1951 el contrato de servicio doméstico existe en el derecho visigodo, con supuestos de trabajadores libres que se contratan con un señor, para un plazo y a cambio de un salario, siguiendo el esquema romano, aunque es más frecuente el alquiler para los trabajos agrícolas que para los domésticos. El Fuero de Navarra, libro 1, título 5, capítulos IX y X establece que si el criado solo percibe la comida, pero no sueldo de su señor, sólo dará a este la mitad de lo que ganare con otros; pero si recibe también sueldo, la totalidad, cuando es un siervo, como consecuencia del poder dominical. La relación laboral con personas libres se fija en cada contrato, y en fuentes municipales se alude al contrato de un año como plazo normal de duración, si bien en Castilla, el ordenamiento de menestrales de Pedro I admite el contrato por meses, como sistema de protección al señor para evitarle trastornos y perjuicios con el abandono del servicio en busca de un salario mejor u otra ocupación. Felipe III, en pragmáticas de 2 de enero de 1600 y 7 de abril de 1611, que pasan a la Novísima 6, 16, 4, prohíbe el alquiler de criados por días «so pena de vergüenza pública», para garantizar la permanencia, y en auto de concejo de Madrid, de 19 de agosto de 1614, se prohíbe para las mozas de servicio el contrato inferior a seis meses. Su jornada es continua y la duración se determina por la costumbre. La fijación de los salarios suele consistir en poner un tope o límite a los mismos, de modo similar a lo que ocurría con los salarios industriales, y a ellos se alude en el Fuero de Cuenca que regula el salario de las nodrizas, cuyas tareas no podían superar los tres años, y el pregón de Madrid de 14 de agosto de 1599, tasa los salarios de los lacayos que no pueden exceder dos reales diarios. No es forzosa la prestación dineraria, porque en Navarra 1, 5, 11 el fuero habla específicamente de criados que solo sirven por la comida, y el Fuero de Ledesma, rúbricas 328 y 329 autorizó la falta de prestación dineraria a criados viejos o inválidos, sin olvidar que el sirviente recibía continuas dádivas y propinas del señor, y por ello su salario podía ser inferior a la cantidad real percibida. En el Fuero de Cuenca, se fija la obligación de pago del señor con sanción de abono doble en caso de mora, y con el tiempo se convirtió el salario del sirviente en un crédito privilegiado, Resolución a consulta, 25 de noviembre de 1782, en Novísima Recop. 10, 11, 12, mientras los atrasos en el pago del mismo da lugar al interés del 3% según la Real cédula de 26 de octubre de 1784, también recogida en la Novísima: 10, 11, 13. La frecuencia con que el salario, sobre todo en la Edad Media, se limita a la prestación de alimentos, vivienda, vestido y calzado, es decir, «vivir por cuenta del señor» es causa de que se establezca que no se pueda reclamar un salario determinado si no se prueba que así estaba pactado, aunque en el mismo Aragón se establece que si el criado jura que percibía una cantidad mayor de la que se hizo efectiva por el amo, éste deberá pagar la diferencia. No es forzosa la prestación dineraria, pero en cambio es imprescindible la manutención para que exista verdadero servicio doméstico, así como habitación en la casa o dependencia del señor. Es frecuente el supuesto de no abonar salario al criado viejo o lisiado, que solo recibe manutención, vivienda, vestido y asistencia. Lo normal es un salario mixto; en ocasiones se regula por normas de Derecho necesario la cantidad o calidad de la comida que se ha de dar a los criados, fijando los días en que pueden comer carne y cuál es su comida ordinaria: Fuero de Navarra, 1, 5, 11.

¹⁰⁸ Según MORÁN MARTIN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, t. I, Madrid, UNED, 2002, pp. 268-273, en el sistema jurídico medieval el contrato de arrendamiento de servicios fue prácticamente olvidado, por las condiciones materiales de vida que llevaron hacia relaciones de dependencia personal diferentes a la contratación de personas para la realización de trabajo a cambio de dinero, a diferencia de lo que ocurrió en Roma.

romana del arrendamiento de servicios, que aparece explícitamente regulada en Partidas 5, 8, 1 y 3, asumiendo el contrato bajo las tres modalidades, *rerum*, *operarum* y *operis*: «quando un ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia, o otorgar un ome a otro poder usar de su cosa o de servirse della, por cierto precio que le ha de pagar en dineros contados».

La peculiaridad de este régimen fue la intromisión de las autoridades locales en su ejercicio, y más tarde de la autoridad regia, de tal manera que el siglo XIII se caracteriza, según Bayón Chacón¹⁰⁹, por los siguientes caracteres: a) elevación general del concepto de trabajo manual, cada vez menos vil y despreciado, y provoca la influencia de los maestros en los concejos, donde actúan activamente; b) intensa regulación del trabajo por la Corona y municipios; c) pugna, en los territorios de Castilla y León, entre la tendencia gremialista de los oficios y cofradías, frente a la Corona, que era favorable a la libertad de trabajo; d) carácter obligatorio de las normas aprobadas por la Corona, relativa a precios, salarios y condiciones de trabajo, aunque en los gremios estará la libertad respecto de iniciar y extinguir la relación laboral, y sus contenidos¹¹⁰.

Se articuló la jerarquía dentro de cada oficio, desde el peón o aprendiz al maestro, pasando por el oficial, aunque su significación es muy diferente a la que tiene actualmente, ya que esos grados implicaban no solamente la diferente cuantía en sus remuneraciones, sino que había un salto cualitativo entre el oficial y el maestro, porque el primero era *locator operarum*, mientras el segundo es *conductor*, con escasa correspondencia con el empresario moderno, que no es un obrero especializado de la máxima categoría, e incluso está fuera de la categoría profesional¹¹¹.

Desde la Baja Edad Media hasta el siglo XVIII, la estimación del trabajo está a medio camino entre la minusvaloración existente, en el período greco-romano, respecto de la actividad manual, y la actual dignificación de todo trabajo, de modo que, finalmente, la

¹⁰⁹ BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 159-178.

¹¹⁰ Enrique II, en las Cortes de Burgos del siglo XIV, dispuso que los concejos y hombres buenos de cada comarca ordenasen los jornales según los precios que valieran las viandas, con lo que se produjo: a) descentralización normativa; b) se favoreció el libre juego y mutua influencia de precios y salarios; c) tuvo lugar la sustitución de la política intervencionista, con evidente inflación de precios. Con los Reyes Católicos se alteró esa política precedente y las ordenanzas gremiales son disposiciones dictadas por la Corona, o por los Ayuntamientos como sus delegados, siguiendo unas normas e instrucciones concretas y conocidas, de modo que en el siglo XVI hubo en España una igualdad plena de régimen y sistema gremial para el trabajo industrial, aunque ello produjo dos fenómenos perjudiciales: el hermetismo en sus funcionamientos y el estancamiento de la vida gremial. En el año 1554, Carlos V consagró la competencia municipal, prescribiendo que las justicias y regimientos de cada pueblo vieran las ordenanzas de los oficios, e hiciesen las que fueren necesarias para el uso de los mismos, aunque la Junta de Comercio y Moneda, creada por Carlos II, el 19 de enero de 1679, será el organismo encargado de aprobar y ratificar las ordenanzas gremiales, mientras las reales cédulas de Felipe V, de 28 de junio de 1707 y 13 de octubre de 1718, suprimen la representación gremial en los municipios, y la jurisdicción de estos sobre los gremios, hasta que la gran crisis del último tercio del siglo XVIII, ante el estancamiento de la industria y decaimiento de la situación económica, se produce una repulsa general, intelectual y popular contra los gremios, influenciados por la ideología liberal francesa. A pesar del régimen legal, en las ciudades existían, libres y sin agremiación, múltiples oficios, especialmente los rudos y vulgares que no exigían habilidad especial, tomando esa expresión «rudos y vulgares», en sentido muy estricto, puesto que herradores, albañiles, taberneros, etc. estaban organizados a veces gremialmente».

¹¹¹ BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 184-227.

Real Orden de 4 de septiembre de 1803 dispuso que ningún oficio es vil, completando lo dispuesto en otras reales cédulas, desde el año 1783¹¹².

El acceso al aprendizaje, que era el primer escalón para insertarse en la jerarquía gremial, se encontraba restringido por la edad, ya que *Liber Iudiciorum* 4, 4, 3¹¹³, de forma

¹¹² Conforme al *status* personal, se introdujo la legitimidad de origen, exigencia a la que pone fin, previa consulta, la Real cédula de 2 de septiembre de 1784, que pasa a Nov. Recop. 8, 23, 9; otras restricciones se refieren, p. ej. a la condición de vecinos, con aumento en los derechos de examen para los forasteros, o extranjeros, que incluso ante la necesidad de trabajadores cualificados obtuvieron mejores condiciones que los nacionales; otras restricciones se refieren al cupo en el número de maestros en cada oficio, fijando un número reducido de los mismos, o limitando el ascenso de los oficiales, mediante el incremento en la duración de su oficialato o mayores sumas para el examen, y en plazos mayores el período de aprendizaje, aparte de las elevadas fianzas que se piden para llegar a maestro; hubo restricciones por exigencias técnicas, ya que el gremio, en su época inicial, fue una asociación libre que no llegó a agrupar y vigilar totalmente el oficio respectivo, pero al convertirse en cerrado y obligatorio, surge la necesidad del examen, cuya cuantía por el pago de derechos fue creciendo con el tiempo, primero, para velar por el propio prestigio profesional, segundo, para poder, mediante ese requisito, limitar el número de maestros. El examen daba derecho a una marca distintiva de los productos del nuevo maestro, que podían heredar sus hijos, y constituir el símbolo de una tradición artesana familiar. Los exámenes consistían para los maestros en realizar un trabajo especialmente difícil dentro de los más escogidos y delicados de la profesión, que era sometido a los encargados de tal misión por el gremio, y en general con intervención de delegados municipales. Dicho trabajo, denominado pieza maestra, era para los oficios más delicados de verdadera complicación, y exigía un alto grado de tecnicismo y gusto artístico. Hubo restricciones posteriores a la adquisición de la maestría, como la limitación consistente en fijar un cupo de oficiales y aprendices que no puede ser excedido o la utilización de mano de obra que, por menor competencia, pueda resultar más barata, con perjuicio de la calidad del trabajo, o la competencia no legítima entre los maestros. A veces, por razones de competencia comercial, se obligó a los miembros de ciertos gremios a tener una residencia determinada, ya alejando sus talleres, ya reuniéndolos en una misma calle, por disposiciones reales o municipales, aunque en ocasiones se debió a medidas de policía urbana, por razones higiénicas, de comodidad o de seguridad públicas. Por lo que se refiere a los oficiales, se precisaba superar unas pruebas técnicas o exámenes, de tal manera que para alcanzar la categoría se exigía, ante todo, un cierto número de años de aprendizaje, exigencia que constituyó no solamente el procedimiento eficaz para garantía de adquisición de una competencia en aquellos, sino también como medio de impedir el rápido acceso al oficialato, e incluso regular indirectamente el número de oficiales, para mantener un cierto nivel de prestigio y de ingresos entre ellos, degenerando en un monopolio familiar, como denuncia las Partidas 5, 7, 2: «ponen coto en otra manera, que non muestren sus menesteres a otros; si non a aquellos que descendieren de sus linajes dellos mismos». El período de aprendizaje en Castilla, con carácter general, fue de seis años, si bien es un período excesivo en general, y lo normal eran tres. La Nueva recopilación fijó el plazo de dos años en el aprendizaje para la fabricación de paños, Recop. 7, 13, 99, y algunas disposiciones de carácter municipal sancionan con multas de cierta cuantía a los maestros que admitan como oficiales a aprendices que no hubieran cumplido el tiempo señalado por las Ordenanzas. En 1599, para los gremios de la construcción de Barcelona, se fijan en tres años y medio, desapareciendo estas restricciones al declararse la libertad de industria y suprimirse la exigencia del aprendizaje. Otra restricción es la prohibición de compatibilizar varios oficios, sin olvidar los derechos de examen, normalmente cuantiosos, de los que se eximía parcialmente, y a veces en su totalidad, a los hijos y familiares de los maestros. Por lo que se refiere a los aprendices, las restricciones principales de la libertad contractual, podían venir del cupo asignado en las ordenanzas, o del *status* personal del aprendiz, como la condición de liberto o hijo ilegítimo, o de tipo racial, e incluso no haber trabajado anteriormente en oficio vil, así como certificados de buenas costumbres, aunque la exigencia de la prueba de limpieza de sangre fue abolida por la Real cédula de 1784, que pasó a la Nov. Recop. 8, 23, 9. BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., p. 199.

¹¹³ «*Si quis a parentibus infantulum acceperit nutriendum, usque ad decem annos, per singulos annos, singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum aetatis excesserit, nihil postea*

indirecta, admite el comienzo del trabajo en los diez años, estimando que, a tal edad, el niño no gana salario, pero trabaja lo suficiente para que su comida no sea gravosa al patrón. Enrique II fija en los doce años el comienzo de la obligación de trabajar, en las Cortes de Toro, del año 1369¹¹⁴, mientras la Nueva recopilación 7, 13, 99¹¹⁵, fija, para la industria de paños, la edad de 14 años, como inicio del aprendizaje, aunque en diversas Ordenanzas gremiales se fija en los doce años.

Por lo que se refiere a la jornada, inicialmente era de libre convenio, pero en el trabajo industrial se regula, en una primera etapa, conforme a los usos locales y necesidades de los diversos oficios, pero más tarde y con carácter general, era de sol a sol, con un descanso discrecional a mediodía, siguiendo el estilo romano, que hemos indicado más arriba, y es norma que se prolonga para diversos oficios industriales, hasta que Carlos 5, en 1548, lo establece así especialmente¹¹⁶. El descanso dominical y el de las grandes fiestas religiosas rige severamente, sin interrupción alguna, durante todo el período, y se recoge en la Nueva y Novísima: 1, 1, 4 y 1, 1, 7, a los que se añaden los días feriados especiales, de concesión regia a favor de las villas y ciudades, para la celebración de ferias y mercados, en los cuales solamente se puede exponer y vender las mercancías, pero se suspende toda actividad productora, adicionando las fiestas de los patronos profesionales.

En cuanto a la fijación del salario¹¹⁷, los concejos intervienen durante la Reconquista en la fijación de las soldadas, a la vez que en el precio de las mercancías, como se demuestra en el Fuero de León, al que siguen otros como el de Alcalá. En otros fueros se advierte un amplio margen de libertad contractual. La tendencia que se impone en el siglo XIII es una copiosa legislación de tasas de salarios, y las Cortes de Toro, de Enrique II, de 1369, fijan el salario de carpinteros, tapiadores, albañiles y pedreros, según las Cortes de Toro, de Enrique II de Trastámara, del año 1369¹¹⁸.

mercedis addatur: quia ipse, qui nutritus est, mercedem suam suo potest iam compensare servitio.... Los Códigos españoles, concordados y anotados, t. I, Madrid, imp. La Publicidad, 1847, p. 30

¹¹⁴ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, t. II, Madrid, imp. de M. Rivadeneyra, 1863, p. 173.

¹¹⁵ «Que ninguno sea examinado para estos oficios, hasta que aya dos años que los aprende, y sea de catorce años quando lo començare... que se entienda que ha de aver diez y seys años. Y mando a los dichos maestros que no reciban obrero alguno que gane dineros como obreros en los dichos oficios, sin que el tal obrero sea examinado, y tenga carta de examen...». *Segunda parte de las Leyes del Reyno*, t. II, Madrid, por D. Díaz de la Carrera, 1640, reimpr. facs. Valladolid, Lex nova, 1982, fol. 256r.

¹¹⁶ La nueva Recopilación mantiene, para los menestrales sometidos a la jornada de sol a sol, su obligación de presentarse a la plaza del pueblo, para el destino al trabajo diario: libro 7, 11, que pase a la Novísima 8, 26, 1, disponiendo para los menestrales, oficiales y maestros de todos los oficios, es decir, trabajadores agremiados, la prohibición de juegos de envite, suerte y azar durante las horas de trabajo, que eran de 6 a 12 del día, y desde las 2 de la tarde a las 8 de la noche, es decir, la jornada normal era de doce horas, y así se mantuvo todavía en la Pragmática de Carlos III, de 6 de octubre de 1771, recogida en la Novísima Recopilación 12, 23, 15, a pesar de lo cual los preceptos sobre la jornada varían en ordenanzas municipales y normas específicas para determinadas fábricas o establecimientos industriales o contratos de obras. Son jornadas largas pero no agotadoras, mientras hay horas extraordinarias, pero contratos de aprendizaje de seis horas, para el aprendiz menor de quince años, y de siete para el de mayor de esa edad, lo que «hace suponer que la de los oficiales fuera de siete, ocho o nueve, pero no mas». Cf. BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., p. 209 y nota 298, y 210.

¹¹⁷ Cf. BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 213-221.

¹¹⁸ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, t. II, Madrid, imp. de M. Rivadeneyra, 1863, p. 177.

Gómez de Mercado¹¹⁹, en su estudio histórico del trabajo, reseña que fue en la centuria decimosexta el momento en el cual el arrendamiento de servicios pasó del Derecho privado al público¹²⁰, con normas limitativas de la voluntad de las partes para proteger el interés de los trabajadores indios, como la protección de Isabel I de Castilla, en 1503, que impone el pago del jornal a los indios, y que se les trate siempre como personas libres que son, no como siervos. Su nieto, Carlos V, declaró la libertad de los indígenas para celebrar cualquier negocio.

Este historiador recuerda que fue el gobierno español el primero que impuso la jornada de ocho horas, aunque hubo jornadas menores, como las que aplicaban los jesuitas en Paraguay, de siete horas, lo que contrasta con el magnate de Gante (Bélgica), que se jactaba, en 1864, de reducir la jornada de sus obreros a doce horas, mientras en España, en 1802, se decretó la jornada de ocho horas, y de ahí se expandió a diversos sectores.

A partir del último tercio del siglo XVI no hay ordenanza gremial que prescindiera de la tasación de los salarios, y cuando esto no ocurre se emana una disposición regia para recordarlo a los concejos, quienes urgen su aprobación en las primeras décadas del siglo XVII, como ocurre en Ciudad Rodrigo (Salamanca), a cuyas medidas seguirá la minuciosa regulación de salarios de Carlos II en 1680 y un régimen de libertad contractual en la segunda mitad de la siguiente centuria, que abre camino para el liberalismo económico, en cuyo seno se pactan los salarios.

En cuanto a la forma de salario, el maestro paga normalmente por tiempo a sus oficiales y aprendices, pero también cabía el destajo. El salario total o parcial en especie, corriente en la agricultura, y esencial en el servicio doméstico y en el mar, no es normal en el trabajo de la industria. Únicamente en el régimen de taller, con oficiales o aprendices que comen, y hasta duermen, en casa del maestro, se regulan los gastos que ello suponga, como una parte del salario, aunque sea más general dar vida independiente a la remuneración laboral pecuniaria, y a los gastos de mantenimiento y vivienda, abonándolo aquél íntegramente, en teoría, y pagando después el operario el importe de la manutención y vivienda.

No obstante, en algunas Ordenanzas gremiales se habla, y se regulan descuentos por tales atenciones, y ello conduce a la realidad de un libre convenio entre las partes sobre la estimación pecuniaria de los gastos de alimentación y habitación, en base a la autonomía contractual, para la estipulación del salario, dentro de ciertos límites, fijados por la costumbre y precios de cada momento y lugar, a la vez que sometida a la vigilancia gremial, para evitar desigualdades que repercutan gravemente en la competencia, o que puedan alterar los costos de producción entre los artesanos o industriales. Por disposición de 1 de marzo de 1798, quedan derogadas todas las ordenanzas gremiales.

El pago del salario, como norma general, era diario, y está presente en la Nueva Recop. 7, 11, 4 y Novísima 8, 26, 2, conectándose con la presentación de los menestrales

¹¹⁹ Este historiador define el contrato de arrendamiento de servicios como consensual, sinalagmático, oneroso, conmutativo y determinado, por precio o salario, y temporal. El salario debe ser proporcional al tiempo, y es un elemento esencial, y puede articularse como jornal o no, siguiendo a Partidas 5, 8, 2, abonándose según costumbre del lugar, o cuando se pacte o a fin de año, según la ley 4 del mismo libro y título. GÓMEZ DE MERCADO Y DE MIGUEL, F., *Política y Derecho social en España*, 1.ª ed., Madrid, Reus, 1935, pp. 47-53.

¹²⁰ GÓMEZ DE MERCADO Y DE MIGUEL, F., op. cit., p. 54.

en las plazas de los pueblos para su destino al trabajo: es la jornada romana indivisible y unitaria, pero aplicable solo a la masa de trabajadores libres de las ciudades y pueblos, donde no existe organización gremial, ya que en los Estatutos gremiales se deja libertad para concertar el pago por años o por meses. Beneyto¹²¹ estima que lo más corriente era el pago por semanas, aunque todo dependía de las costumbres, según épocas, lugares y oficios, existiendo un amplio margen para la libre estipulación, pudiendo convenirse por años, y la prescripción, del crédito generado por el salario insatisfecho, se fija en tres años: Nueva Recopilación 4, 5, 9.

Al final del período de la Edad Moderna, aparecen especialmente protegidos los salarios, por su definición de créditos privilegiados, por Cédula de 16 de septiembre de 1784¹²², y el establecimiento de un interés del 6 por ciento sobre los jornales atrasados, según la misma real cédula, adicionada con la de 26 de octubre del mismo año¹²³, que dispuso el tres por ciento para los criados y jornaleros, disposiciones ambas que recogerá la Novísima Recopilación 10, 11, 11 y 12, estableciendo la competencia de los juzgados ordinarios para los pleitos sobre salarios, con derogación de todo otro fuero: Nov. Recop. 10, 11, 15, que recoge la resolución, a consulta de Carlos III, de 20 de enero de 1784¹²⁴.

III. LA DOCTRINA ESPAÑOLA DE FINALES DE FINALES DEL SIGLO XVIII Y DEL XIX

Los autores hispanos que se ocupan del Derecho positivo en este período no elaboran una doctrina personal sobre la *merces* y los salarios, sino que exponen la normativa aplicable en ese momento. De este modo, Juan Sala¹²⁵, cuya obra fue ampliamente reeditada desde la segunda mitad del siglo dieciocho, se remite a las Partidas 5, 8, 1, para indicar que no solo pueden ser arrendadas las cosas, sino también las obras de alguna persona o bestia, como sucede en los jornales, en los que «el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy»¹²⁶.

¹²¹ BENEYTO, J., *Instituciones de Derecho histórico español: ensayos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1930, p. 222.

¹²² SÁNCHEZ, S., *Extracto puntual de todas las pragmáticas, cédulas, provisiones, circulares, autos acordados y otras providencias publicadas en el Reynado del señor don Carlos III, t. II, comprehende desde el año de 1777 al de 1788 inclusive*, Madrid, imp. viuda e hijo de Marín, 1794, pp. 267-269.

¹²³ SÁNCHEZ, S., *Extracto puntual de todas las pragmáticas...*, op. cit., p. 271.

¹²⁴ El poder disciplinario del patrono fue muy fuerte en la Edad Media, porque el Liber exime de pena al maestro que se excede en la represión y mata al discípulo, sin malicia ni odio, y no debe ser culpado ni difamado por ello, conforme al texto de la Escritura, 4, 4, 3. En la Reconquista el poder disciplinario del maestro y la situación del aprendiz podría equipararse al sometimiento al ejercicio de la patria potestad, aunque duramente ejercida, si bien en el Fuero Real, 2, 1, 13, y especialmente Partidas, 5, 8, 11, solo admiten una represión moderada que no deje lisiado al trabajador, norma que rige desde ese momento sin modificaciones esenciales. La facultad disciplinaria del patrono se completa con la exención de responsabilidad por las injurias que dirige a sus subordinados, pero las de éstos, al primero, son causa justa de despido. Cf. BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., pp. 270-282. Una relación laboral diferente es la que afecta al servicio doméstico, con trabajo asalariado y retribución mixta. Ibid., pp. 236-252.

¹²⁵ SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España, ed. corr. y adic. por su autor, con las citas arregladas a la Novísima Recopilación*, t. I, Coruña, imp. de Gregorio, 1837, pp. 308-318.

¹²⁶ No entiende la terminología castellana, y prefiere utilizar la latina, *locator-locador* y *conductor-arrendador*, en lugar de arrendatario, como hacen Asso y Manuel, pero señala: «Cuando se arriendan

El *conductor* tiene la obligación de pagar la merced o precio que ha convenido, en el tiempo expresado en la convención, o según la costumbre que haya en el lugar; o si uno y otro falta, al fin del año, conforme a Partidas 5, 8, 4. La equidad que debe observarse en todos los contratos, exige que el precio, que ha de pagar el arrendatario, tenga proporción o igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa que le concede el titular, o de los servicios.

Asso y Manuel¹²⁷ reiteran la definición del arrendamiento, siguiendo al Código Alfonsino, añadiendo que todas las cosas capaces de uso, y las obras iliberales se pueden arrendar, tratándose de «las obras y trabajos ajenos», según Partidas 5, 8, 3 y 9-11. El precio del arriendo se debe reglar según ley, o costumbre del lugar, o por convención de las partes, a tenor de Partidas 5, 8, 4, aunque, como ya indicamos más arriba, por lo que respecta a los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasen por los concejos, conforme a Recop. 7, 11, 3: «D. Enrique II en Burgos. Año 1411. Que los concejos tasen los jornales que deven aver los jornaleros, y obreros. Porque los menestrales, y los otros que andan a jornales a las labores, y otros oficios son puestos en grandes precios, y son muy dañosos para aquellos que los han menester, tenemos por bien, que porque los concejos, y hombres buenos cada uno en su comarca sabran ordenar en razón de los precios de los hombres que andan a jornal, segun que los precios de las viandas valieren, que los Concejos, y los hombres que han de ver la hazienda de Concejo cada uno en su lugar con los Alcaldes del lugar los puedan ordenar, y hagan según entendieren que cumple a nuestro servicio, y a pro, y guarda del lugar, y lo que sobre esto ordenaren, mandamos, que vala, y les sea guardado, y lo hagan guardar, según lo ordenaren». Este precio se debe pagar al plazo señalado, y no habiéndole, al cabo del año, como dispone la ley 4 del mismo libro y título, si bien estaba ordenado en el mismo precepto, que los jornales de los menestrales se hubieran de pagar cada día.

Domingo de Morató¹²⁸, por su parte, reproduce la definición del arrendamiento, ateniéndose a las *Instituciones* de Justiniano y, especialmente, al Código de Las Siete Partidas, recordando que, siguiendo a la citada parte del *Corpus Iuris Civilis*, debe haber consentimiento respecto del precio, equivalente al uso o servicio: *locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit*», llamando la atención sobre la gran semejanza existente entre compraventa y *locatio-conductio*, como se puede ver en D. 19, 2, 201 y 46,

las obras, es locador de ellas el jornalero u oficial que las presta, y el que se aprovecha de ellas el arrendador». Si los que las prestan fueren culpables en no prestarlas lealmente, procurando el provecho del que las paga, tendrían obligación de pagarle los daños y menoscabos al que las recibe, por dejar de tributarle el uso de ellas que debe.

¹²⁷ JORDÁN DE ASSO, I. – MANUEL RODRÍGUEZ, M, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.^a ed., corr. y aum., Madrid, imp. de Ramón Ruiz, 1792, pp. 216-218: «El arrendamiento es un contrato oneroso, por el qual un ome loga a otro obras, que ha de facer con su persona, o con su bestia, o otorga un ome a otro poder de usar de su cosa, o de servirse de ella por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados»: Part. 5, 8, 1.

¹²⁸ DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El Derecho civil español con las correspondencias del Romano, tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de Juan Sala*, 2.^a ed. corr. y aum., t. II, Valladolid, imp. y lib. De H. de Rodríguez, 1877, reimpr. facs. Pamplona, Analecta, 2002, pp. 432-434: Siguiendo a Partidas 5, 8, 1, «El arrendamiento es un contrato consensual por el cual una persona se obliga a transferir a otra el uso de una cosa o a prestar un servicio mediante precio cierto: *locatio conductio est contractus consensualis de usu rei ad certum tempus, vel opera pro certa mercede praestandis*».

de donde se desprende que «*si quis conduxerit nummo uno conductio nulla est*», y además, en este contrato, también se aplicaría la rescisión por lesión enorme de C. 4, 44, 2. Según Inst. Iust. 3, 24, 2 «*pretium in pecunia numerata consistere debet*», así como se admite la excepción prevista en la colonia parciaria: «*Res tamen quae fructus esse producunt etiam pro parte fructuum recte locantur*»: D. 19, 2, 35, 1 y C. Iust. 4, 65, 21.

Por lo que afecta a las condiciones del precio, este ha de ser: 1. Verdadero. 2. Cierto. 3. Consistente en dinero, si bien este último requisito admite alguna modificación en el arriendo, por cuanto puede estipularse que el precio o renta haya de pagarse en una porción o cantidad determinada de frutos: Partida 5, 13, 1. En este caso, hace una disquisición que no existe en las fuentes romanas, ya que, en su criterio, si se conviniese en una parte alícuota, o general, como la tercera o la cuarta parte, de los frutos que produzca una cosa, más bien que un arrendamiento habría un contrato de sociedad, en el cual pondría uno de los contratantes la cosa y el otro el trabajo; y los frutos o ganancias se distribuirían bajo la proporción convenida.

Joaquín Escriche hace una síntesis del régimen legal aplicable al arrendamiento, durante el siglo XIX, con especial interés para nuestra materia en el apartado del arrendamiento de trabajo personal¹²⁹, del que hace su propia definición: «un contrato por el cual se obliga una de las partes a hacer una cosa para la otra mediante cierto precio», que aquí suele llamarse salario, jornal o estipendio. No habiendo precio, o siendo este excesivamente bajo o simulado, no sería el contrato de arrendamiento o alquiler, sino mandato.

El precio debe consistir en dinero, pues si consistiese en otra cosa sería un contrato innominado, a tenor de Partidas 5, 8, 1. Cuando el precio no se ha establecido expresamente, se entiende que las partes se han convenido tácitamente en el precio común del trabajo, servicio u obra que es objeto del contrato; y no habiendo precio común, se supone que se ha dejado su estimación al juicio de peritos, en caso de que los interesados no se pongan de acuerdo luego entre sí.

Los contratos más frecuentes de arrendamiento o alquiler de trabajo personal son los que se hacen con personas que, en calidad de criados, domésticos o dependientes, se obligan a prestar sus servicios a tanto por año, por mes o por cualquiera otro tiempo determinado; como asimismo los que se hacen con obreros u operarios que se obligan a trabajar a jornal¹³⁰, esto es, a tanto por día, y por eso se llaman jornaleros, cuales son los segadores, vendimiadores, peones de albañil, cavadores etc. Mas si los obreros no se ajustan a jornal, sino por obra o a destajo, es mediante una cantidad por toda la obra, como cuando uno se conviene en hacerte la siega, la vendimia etc. por un tanto, no es ya propiamente alquiler o locación de servicios, sino un contrato innominado comprendido en la clase *hago* para que des, ignorando este jurista la categoría de la *locatio operis faciendi*.

¹²⁹ ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons. aum. por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. I, Madrid, imp. de E. Cuesta, 1874, pp. 722-723, s. v. Arrendamiento de trabajo personal.

¹³⁰ Jornal es el estipendio que gana el trabajador en un día entero por su trabajo. Jornal es un modo adverbial con que se explica el ajuste que se hace de alguna obra pagando por los días que el trabajador emplea en ella, en contraposición del que se satisface cuando se ajusta a destajo, o sea por un tanto o una cantidad alzada. Jornalero es el que trabaja por su jornal en algún arte u oficio. ESCRICHE, J., op. cit., t. III, Madrid, imp. de E. Cuesta, 1875, p. 420.

El salario, jornal o estipendio se supone estipulado en razón del tiempo durante el cual han de prestarse los servicios. De aquí es que si el jornalero se retira del trabajo antes de finalizar el día, por su propia voluntad, o por alguna indisposición, no es acreedor sino a la parte de jornal que corresponda al tiempo en que ha trabajado; si se terminase la obra antes de fin de la jornada, el *conductor* deberá pagarla entera¹³¹.

IV. La normativa civil hispana del arrendamiento de servicios en el siglo XIX y la *pecunia numerata*

Desde el primer proyecto de codificación civil en España, de 1821, a resultas de la imagen atrayente que despertó el *Code civil* napoleónico, dedica algunos artículos del libro II, título IV¹³², al arrendamiento de los subordinados, de los sirvientes y dependientes, desde el 455 al 475. Conforme al art. 456: «La ley reconoce válidos los convenios por los que se obliga uno a prestar a otro un servicio personal honesto, o gratuitamente, o en virtud de recompensa determinada que tiene un valor», sin que aparezca la retribución en dinero¹³³. De manera implícita aparece en el art. 461 respecto de los jornaleros y despido de sirvientes: «En los trabajos a jornal, debe darse aviso a la otra parte en el día anterior. Si el superior a quien se presta el servicio despidiere al dependiente dentro del día, debe pagarle por entero el valor del trabajo del día. Si el dependiente se despidiere dentro del día, perderá el valor de su trabajo en el día, o quedará obligado a su devolución», y lo confirman los arts. 463: «El superior tiene la obligación de pagar lo

¹³¹ La Nov. Recop. 8, 26, 1 dispone que los carpinteros albañiles, obreros, jornaleros y menestrales que se logan o alquilan para trabajar fuera del pueblo, «salgan del lugar en saliendo el sol...», es decir que todos los trabajadores a jornal, deben estar a disposición del dueño de sol a sol, aunque en algunos países había ya la costumbre de que los jornaleros trabajasen ocho horas, que suelen ser continuas, o distribuirse del modo que más les conviene, según las estaciones y clase de trabajo. Al obrero debe pagarse su jornal en la noche del mismo día en que trabajare, si así lo quisiere: Nov. Recop. 8, 26, 2. Según la ley 4 del mismo libro y título en dicho texto legal, los Ayuntamientos tenían facultad para tasar los jornales de los menestrales y demás obreros; pero por Real provisión de 29 de noviembre de 1767, se dio libertad a los jornaleros para concertar sus salarios con los dueños de las tierras: Nov. Recop. 8, 26, nota 1. Los que sirven por salario y los oficiales mecánicos no pueden pedir el precio de sus servicios o de su trabajo, pasados tres años desde que se despidieron de sus amos ó dejaron de prestarles sus servicios, a no acreditar haberseles pedido infructuosamente dentro de ellos: Nov. Recop. 10, 11, 10. Los artesanos, menestrales, jornaleros y criados pueden cobrar sus créditos ejecutivamente ante los jueces ordinarios, sin que se admita inhibición ni declinatoria de fueros; y tienen derecho además los artesanos y menestrales al abono de los intereses mercantiles del 6%, y los criados al del 3%, desde el día de la interpelación judicial, para resarcirse del menoscabo que reciben en la demora del pago; Nov. Recop. 10, 11, 12-16. Todos los que alquilan o logan su trabajo, su industria o sus servicios, deben emplear el tiempo y sus facultades lealmente, según el tenor del contrato, y resarcir a las personas que se valen de ellos, de los daños y perjuicios que les causaren por su negligencia e impericia: Partidas 5, 8, 10; 12 y 15, a no ser que aquellos los tomasen con conocimiento de su poca habilidad. Los que logan su industria o trabajo, no solamente son responsables de su impericia o negligencia, sino también de la de sus obreros o personas que llevan para que les ayuden: Nov. Recop. 8, 23, 2.

¹³² LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Géneris e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, Proyecto de 1821, pp. 65-66, título IV, del libro II: «De la condición de superior y dependiente», capítulo único, art. 455: «La ley reconoce como superior a aquella persona a quien se presta bajo su mando un servicio diario por otra persona, y al que dirige la educación, o da alguna enseñanza moral, científica, artística, o industrial a los jóvenes o adultos».

¹³³ Art. 457: «Los convenios de que habla el artículo anterior son por su naturaleza temporales. Todo convenio perpetuo es reprobado por la ley». Art. 461: «Los convenios ajustados entre superior y dependiente sin tiempo determinado, se disuelven libremente por cualquiera de las partes con las siguientes modificaciones...».

estipulado a los plazos y en la forma del convenio. En defecto de éste la ley señala el fin del día para los braceros a jornal, y el del mes para los sirvientes domésticos con salario» y art. 464: «Si en los convenios de que hablan los artículos precedentes no se hubiese fijado el precio del jornal o del salario, la ley reconoce el que señalen dos hombres buenos, vecinos del lugar y conocedores del trabajo en cuestión, nombrados por las partes, y tercero en discordia, que nombra el Alcalde», así como otros posteriores¹³⁴.

El proyecto de 1836¹³⁵ tiene un enfoque diferente, ya que no se habla de superior y subordinados, ni de dependientes sujetos al poder de un amo, sino que el «capítulo VI, título IV, libro III, se intitula: «del servicio personal», no solamente de los jornaleros sino también lo previsto para el aprendizaje, preceptuando en su art. 1269: «También puede arrendarse el servicio o trabajo personal de uno por cierto salario o precio. Las clases más conocidas y frecuentes de este trabajo son: 1ª. La de los jornaleros. 2ª. La de los criados. 3ª. La de aprendices», añadiendo el siguiente art. 1260: «El que haya hecho ajuste de trabajo con algún jornalero, deberá pagarle lo estipulado a los plazos asignados y según la forma del convenio», y en el art. 1261: «Si en éste no se hubiere fijado el precio del jornal, la ley reconoce el que señalen dos hombres buenos vecinos del lugar, conocedores de aquella clase de trabajo, y en caso de discordia, nombrará un tercero el Juez o el Alcalde donde no haya más que éste»¹³⁶.

García Goyena, en su proyecto de 1851, dedica una regulación singular al contrato de arrendamiento¹³⁷, en línea con los precedentes de la tradición romanista y de derecho

¹³⁴ Art. 465: «La dilación en los pagos que debe hacer el superior al dependiente produce acción ejecutiva según dispone el Código de procedimientos». Art. 466: «El transcurso del tiempo desde que se venció el pago del jornal o del salario no satisfecho causa réditos legales». Art. 467: «El superior debe humanidad y buen trato al dependiente. El dependiente debe respeto y subordinación al superior. En los casos dudosos se decide a favor del respeto y subordinación». Art. 468: «El trabajo de los dependientes tiene la extensión que se exprese en el convenio. En su defecto la ley señala la de sol a sol para los braceros a jornal, con inclusión del tiempo necesario para ir y volver, y para los sirvientes domésticos la que determinen hombres buenos». Art. 469: «La calidad y naturaleza del trabajo se regula también por el convenio, y en su defecto por la voluntad del superior». Art. 470: «La ley reconoce válidos y protege los convenios que los padres o tutores hicieren para la educación o aprendizaje de sus hijos o menores». Art. 471: «El superior que tuviere a su cargo algún pupilo o aprendiz está obligado a lo que el convenio expresa, y siempre a proporcionar al pupilo o aprendiz la educación científica o artística, y también la religiosa y política, si vive en casa del superior». Art. 472: «El pupilo o aprendiz está sujeto a la dirección y corrección paternal del superior». Art. 475: «La duración del pupilaje o aprendizaje y los abonos respectivos quedan al libre convenio de las partes, salvo, en cuanto a los abonos a favor del aprendiz, la reclamación de lesión en más de una mitad de lo que regulasen hombres buenos».

¹³⁵ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil...* Proyecto de 1836, op. cit., p. 229.

¹³⁶ Otros preceptos importantes son: Art. 1262. «El trabajo de los jornaleros tendrá la extensión que se exprese en el convenio, y en su defecto el que, según costumbre del país, presten ordinariamente estos operarios». Art. 1263. «La calidad y naturaleza del trabajo se regularán también por el convenio, y en su defecto por la costumbre». Art. 1265: «Si por culpa o negligencia del criado en el cumplimiento de sus deberes se siguiera algún daño al amo, estará aquel obligado al resarcimiento». Art. 1266. «El amo tiene derecho para corregir verbalmente al criado, y así aquél como éste podrán separarse del convenio cuando les acomode». Art. 1267. «Los términos en que haya de hacerse el aprendizaje de cualquier arte u oficio, la clase de trabajo y los respectivos abonos entre maestro y aprendiz, se dejan en libre convenio de los interesados». Art. 1268. «El aprendiz estará sujeto a la dirección y corrección del maestro».

¹³⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, imp. Sociedad tipográfico-editorial, 1852, reimpr. facs. Barcelona, ed. Base, 1973, pp. 442-443.

patrio, ya que en el art. 1473: «El arrendamiento es un contrato, por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce o uso de una cosa, o a prestarle un servicio personal por precio determinado», en correspondencia con diversos códigos europeos, y es noción similar a la del Derecho romano, Inst. 3, 25, 1: ha de ser cosa o servicio y precio cierto, así como el art. 1709 del Code francés de 1804, que está tomado en su definición de Joseph Pothier.

El precio o renta del arriendo debe consistir en dinero, porque de otro modo degenera en contrato innominado: D. 19, 2, 5, 2; Inst. 3, 25, 2 y Partidas 5, 8, 1. No obstante, suele consistir, sobre todo en las tierras de pan, en una cantidad determinada de los frutos que las mismas producen, por ejemplo fanega de trigo por cada fanega de cabida, siguiendo a C. Iust. 4, 65, 21, pues si la parte designada fuera alícuota, como la mitad, la tercera etc., el contrato sería más bien de sociedad o aparcería, que de arriendo, y el colono se llamará parciario: D. 19, 2, 25, 5, y así refiere el art. 1516¹³⁸.

Finalmente, recogiendo sumariamente lo dispuesto por el Cc de 1889, Díez Picazo y Gullón¹³⁹ enseñan que la cesión del uso o goce, en el arrendamiento de cosa, se hace «por precio cierto», según dispone el art. 1543, y no añade otro requisito que en cambio aparece explícitamente en la compraventa, «en dinero o signo que lo represente», del art. 1445, por lo cual es válido el pacto de pagar una contraprestación en especie, no solamente en dinero, e incluso con la realización de un *facere*, o un resultado, p. ej. las mejoras, si bien sentencias del TS, como la de 26 de enero de 1987, niegan que haya precio cierto en la cesión de una finca a cambio de la prestación de servicios a la cedente, consistentes en su asistencia y cuidado. Al igual que en la compraventa, la prestación del precio ha de ser determinable, conforme a criterios fijados en el contrato, p. ej. según arbitrio de un tercero, que receptiona el Derecho justinianeo antes expuesto.

Por lo que se refiere al arrendamiento de servicios¹⁴⁰, el art. 1544 lo define, juntamente con el de obras, «una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto», regulando exclusivamente el servicio de criados y trabajadores asalariados.

La regulación del Cc¹⁴¹ ha sido superada por el Estatuto de los Trabajadores, Ley de 10 de marzo de 1980, en el cual se considera el trabajo doméstico como una relación laboral especial sujeta a disposiciones específicas. La contraprestación, por la actividad, es un «precio cierto», bien fijado explícitamente por las partes, bien a partir de la costumbre o uso frecuente en el lugar donde se realiza, o bien conforme a las tarifas que existan en el correspondiente colegio profesional, respetando la posible impugnación, por parte del *conductor*, con la *presunción iuris tantum*, según la cual, en el ejercicio de un profesional, su labor ha de ser retribuida, y no gratuita, sin que se establezca que imperiosamente deba consistir en dinero o *pecunia numerata*, con tal que sea *res vera et certa*, determinada o determinable, admitiéndose por la jurisprudencia, incluso, un *facere*.

¹³⁸ «A falta de pacto especial, el uso o goce de la cosa arrendada se determinará por la costumbre de la tierra».

¹³⁹ DÍEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., rev. y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 363-364.

¹⁴⁰ DÍEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil...*, op. cit., pp. 449-452.

¹⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*. Vol. II. T. 2. *Contratos en especial*, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 151-154.

En cambio, en el arrendamiento de fincas rústicas, nuestro ordenamiento vigente se aparta del Derecho romano, porque señalando que el precio haya de ser determinado, no aleatorio o contingente, no habrá arrendamiento si se pacta una parte alícuota de frutos, porque sería una aparcería o sociedad, aunque nada impide que el *locator* obtenga una remuneración mayor, a partir de una cantidad fija, en función de los resultados obtenidos por el arrendatario, tal como se interpreta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en STS 5-XI-1959 y 10-III-1967.

V. EL CONTRATO DE TRABAJO Y SU PECULIARIDAD EN LA MERCES

Si nos fijamos en la regulación legal hispana de la codificación, debemos concluir que el salario se concibe como crédito privilegiado¹⁴². Antes del Estatuto de los Trabajadores, la normativa hispana del contrato de trabajo, estuvo prevista en diferentes leyes, aunque la más significativa fue la LCT de 1944¹⁴³, y según el art. 54 de la LCT de 1944, y admite los salarios en especie, en los que el medio de pago es cualquier especie distinta del dinero, pero señalan sus comentaristas: «aunque hipotéticamente es pensable un salario pagado íntegramente en especie distinta del dinero, se dice que el abono en especie es parte del salario, y no podrá exceder del 30%; lo normal es que parte del salario sea siempre pagada en dinero, y por tanto sólo parte en especie, lo que quiere decir que también aquí hay salarios mixtos; entre las especies distintas del dinero en que puede consistir el salario, de gran variedad, están: manutención, vivienda y terreno de cultivo, pero hay muchas más». El Código de Trabajo de 1926, aporta una nota del máximo interés, porque habla de «precio cierto», sin especificar en qué consiste, mientras el art. 1 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre de 1931, define dicho contrato, pero matiza esa ambigüedad, porque habla de la prestación de servicios «por una remuneración, sea cual fuere la clase o forma de ella», cuya formulación es reiterada en la antes citada LCT de 26 de enero de 1944, de modo que la Ley de Contrato de Trabajo, derogatoria de la de 1931, siguió manteniendo que el jornal puede ser «en metálico o en especie», incluyendo las indemnizaciones¹⁴⁴.

¹⁴² BAYÓN CHACON, G. – PÉREZ BOTIJA, E., en su *Manual de Derecho del Trabajo*, t. II, vol. I, Madrid, Victoriano Suárez, 1958-1959, pp. 131-137.

¹⁴³ AA. VV., *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Madrid, Universidad de Madrid, 1971, Introducción, pp. 37-38.

¹⁴⁴ Señala González Encabo, que las obligaciones de pago pueden cumplirse bien con la entrega de dinero o bien con la entrega de otros bienes que le sustituyan, y a los que convencionalmente se les denomina «especie», por cuanto el dinero no es otra cosa que un bien que se utiliza como instrumento normal de cumplimiento de dichas obligaciones. Ahora bien, si el legislador, art. 37 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944, permite que el jornal pueda satisfacerse indistintamente por uno u otro medio, no debió emplear la expresión «metálico», ya que el dinero puede ser o normalmente está representado por dinero metálico y por billetes, aunque también puede representarse por otros signos que le sustituyen, y si de estas formas se representa el dinero, debió utilizar, como hace el art. 50, otra expresión mas comprensiva de todas las especies de éste, siempre que sean de curso legal. Y si se puede valer el empresario de otros bienes distintos al dinero, para pagar el jornal al trabajador, es suficiente con así decirlo, sin descender a enumerar algunos de estos medios, tales como la casa-habitación, agua, luz, etc. y caso de hacerlo, para facilitar la comprensión, debió hacerlo en artículo o párrafo distinto a aquel en que da la definición de jornal. GONZÁLEZ ENCABO, op. cit., p. 67.

Los salarios mixtos son los que se componen de una parte que se abona en dinero, y otra que se entrega en especie, o prestaciones de disfrute de diversas ventajas y beneficios. Estos salarios combinados absorben por completo al salario en especie, de modo que resulta difícil pensar en un salario que se pague íntegramente en especie distinta del dinero, y por ello la normativa positiva regula los salarios mixtos¹⁴⁵.

El régimen jurídico vigente del salario se encuentra básicamente en los arts. 26 a 33 del ET¹⁴⁶, y según el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980¹⁴⁷, «se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo»¹⁴⁸. El salario tiene un contenido económico, pero no necesariamente numerario, porque puede ser «en dinero o en especie», entendiendo la segunda como un bien distinto al dinero, como son el alojamiento o la manutención, ya para uso directo por el trabajador, ya para su transmisión a otros, mediante precio.

Dados los abusos que existieron en el siglo XIX de los salarios en especie, baja calidad del producto entregado, inadecuada valoración económica etc., se dispone: «en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador», y tal tipo de salario no puede dar lugar «a una minoración de la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional», reglas del art. 26.1 ET, que afectan a todas las relaciones laborales, incluida la de empleados del hogar¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Hay diversas clases de prestaciones que pueden ser objeto del salario en especie o *in natura*, como la manutención, que es la forma típica del salario en especie; el alojamiento, aunque es un régimen característico de épocas pretéritas, y propio de empresas pequeñas, industriales y mercantiles, donde habitualmente el trabajador vivía en el domicilio del empresario, siendo típica de la organización gremial, en la cual el aprendiz mantenía la convivencia hasta que dejaba el domicilio patronal, al contraer matrimonio.

¹⁴⁶ MARTÍN VALVERDE, A. – RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo...*, op. cit., pp. 647-658.

¹⁴⁷ Vid. OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pp. 647-658.

¹⁴⁸ Como rasgos característicos del salario, Antonio Martín Valverde, Sañudo y García Murcia, mencionan: 1. El concepto legal de salario reviste un carácter global o totalizador, porque no se concibe como contraprestación específica de una tarea concreta y delimitada desde el punto de vista temporal o funcional, sino contraprestación genérica y global de la obligación de prestar servicios asumida por el trabajador en virtud del contrato de trabajo, de donde dimana la presunción *iuris tantum* de la jurisprudencia, STS de 12-II-1985, según la cual todo lo que recibe el trabajador de su empresario a cambio de su trabajo constituye el salario, salvo que se demuestre otra cosa o legalmente se disponga algo distinto. 2. El salario es la contraprestación a cargo del empresario «por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena», con el que guarda un indisoluble nexo de causalidad: STS 27-I-1983, aunque el trabajador perciba otras cantidades que con compensatorias por algún otro motivo. Solo es salario lo que el trabajador recibe de la empresa.

¹⁴⁹ Vid. por todos, MONTOYA MELGAR, A. – GALIANA MORENO, J. M. – SEMPERE NAVARRO, A. V. – RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado a noviembre de 2007, incluye la ley 38/2007, de 16 de noviembre*, 7.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, pp. 180-197: «Las percepciones salariales pueden satisfacerse en dinero o en especie. Como regla general, según prescribe implícitamente el precepto, el pago ha de efectuarse ‘en dinero’, lo que significa, salvo pacto, «exclusivamente en moneda de curso legal’, con independencia que se entregue en numerario, cheque o transferencia. El pago en especie «en ningún caso podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, siendo razonable pensar que el tope juega en cómputo anual».

Por este motivo, Ramírez Martínez y Alonso Mellado, en su monografía sobre el salario¹⁵⁰, reiteran que los apartados 1 y 2 del art. 26 del ET siguen admitiendo el concepto de salario y modalidades anteriores, en metálico o en especie, comprendiendo cualquier forma de salario no metálico, como son el alojamiento, la vivienda, la manutención, otros bienes y objetos, etc. El art. 4 del convenio de la OIT, configura el salario en especie, como un pago parcial, nunca como una modalidad que pueda comprender la totalidad del salario, y rige en nuestro país, si bien ya anteriormente, la OM de 22 de noviembre de 1973, sobre ordenación de salarios, en su art. 5, establecía que la retribución en especie no podía superar el 30% de la totalidad del salario (suma de la retribución en especie y en metálico), y no era posible superar ese porcentaje más que en la relación laboral especial de los empleados del hogar familiar, que podía alcanzar el 45%, conforme al RD 1424/1985 de 1 de agosto, art. 6.2. Actualmente, el límite del 30% se recoge expresamente en el art. 26.1 del ET.

El citado art. 4.2 del Convenio OIT, número 95, de 1949, ratificado por España, prescribe que en caso de autorizarse el pago parcial del salario en especie¹⁵¹, se adopten medidas para que las prestaciones sean «apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia», y para que el valor atribuido a ellas sea «justo y razonable»¹⁵².

Destaca Alonso Olea, que en el Derecho romano tardío se produjo el comienzo de la aparición de los indicios de un trabajo libre por cuenta ajena, a través de la *locatio-conductio operis*, y de la *locatio –conductio operarum*, en la cual «hay una cesión del trabajo mismo, aunque sea la cesión de los frutos del trabajo la causa jurídica y la finalidad económica del pacto». En ambos supuestos, la cesión se realiza a través de un contrato, por lo que es preciso hablar de un trabajo jurídicamente libre, ya que presupone una voluntad de contratar por parte del trabajador, así como es por cuenta ajena, dado que el efecto contractual consiste en cambiar la titularidad de los frutos, desde el mismo

¹⁵⁰ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. – ALONSO MELLADO, C. L., *El salario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 26-28.

¹⁵¹ Las percepciones en especie pueden revestir variadas formas: alojamiento y manutención, pero también en poner un automóvil a disposición del trabajador, suministro de energía, teléfono u otros medios electrónicos, suscripción de una póliza de seguros, viajes o vacaciones, vales de transporte, instalaciones de ocio o deporte, bienes de consumo para fechas especiales. Todo lo que sea retribución del trabajo es salario, pero si su razón de ser es otra, pierden ese carácter, como la celebración de fiestas o acontecimientos, actividad dentro de la empresa, crear mejor ambiente en la plantilla, etc. Cf. AA. VV., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II. *Contrato de trabajo y relación individual de trabajo...*, dir. por A. Martín Valverde y J. García Murcia, 2.^a ed., Cizur la Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 66 y ss.

¹⁵² Solo se pueden contratar a los mayores de 16 años, pero si fuera mayor de 14 y estuvieran emancipados, podrían hacerlo, si bien la Directiva 94/33/CE, de 22-VI-1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo refiere la edad de 15 años, salvo que sean actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, previa autorización administrativa, y tengan al menos 14 años, reiterando nuestra regulación histórica, que exigió la llegada a la pubertad. El que no llegue a los 18 años tiene limitaciones previstas tanto por su seguridad y salud en el trabajo como por motivos de su formación, y así se les excluye de trabajos nocturnos y las horas extraordinarias: art. 6.2 y 6.3 del ET. Tampoco pueden realizar ciertas actividades que el ordenamiento considera excesivamente gravosas para el que está en fase de crecimiento y maduración física, como ciertas ocupaciones en mecanismos en marcha, altos hornos y otros, y la Directiva 94/33/CE, de 22-VI-94, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, dispone que los Estados velarán porque el trabajo de los adolescentes y jóvenes, menores de 18 años, «esté estrictamente regulado y protegido», especialmente en materia de prevención de riesgos, tiempo de trabajo y condiciones del mismo.

momento en que se producen, de tal modo que los mismos, en el instante en que se producen, a cambio de una remuneración, pasan directa e inmediatamente a poder del arrendador de los servicios o *conductor*, sin que en ningún momento hayan estado en el patrimonio del *locator*, en cuanto frutos o productos, concluyendo el laboralista: «esta traslación previa de titularidad es la que distingue la locación de servicios de la locación de obra, y reaparecerá, o se conservará y desarrollará, en el contrato de trabajo moderno»¹⁵³, donde sigue vigente que la remuneración ha de consistir básicamente *in pecunia numerata*.

Hoy se mantiene, como planteamiento general, que el contrato de trabajo procede de la escisión de la *locatio conductio*¹⁵⁴, tal como se refleja en las sentencias del TS (Sala de lo Social), identificándolo como la causa del contrato de trabajo, que es su elemento individualizador¹⁵⁵, y consiste en la prestación de trabajo subordinado, superando el criterio de la dependencia económica, para pasar al de poder de dirección de la contraparte, aunque según Ojeda Avilés¹⁵⁶, se debe añadir «el deber de asistencia para con sus empleados»¹⁵⁷.

Como reconocía Alonso Olea¹⁵⁸, en la evolución histórica del esquema utilizado para la prestación de servicios durante la Edad Moderna se pusieron límites a la potestad de dar órdenes, y con ello a la dependencia o subordinación de quien ha arrendado unos servicios de otro sujeto¹⁵⁹. Para este laboralista¹⁶⁰, quien hace suyos los frutos, que naturalmente corresponden a otro, acepta la carga de dar algo en compensación de esos frutos, consistente en bienes económicos materiales o signos monetarios imprescindibles para su adquisición.

El axioma, según el cual las cosas valen lo que cada persona está dispuesta a pagar, está tomado del Derecho clásico jurisprudencial romano¹⁶¹, pero para los moralistas y

¹⁵³ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del trabajo*, 2.ª ed. rev., Madrid, Revista de Derecho privado, 1968, pp. 57-59.

¹⁵⁴ De Buen, en el lugar antes citado, recuerda que hay muchos escritores que dan el nombre de contrato de trabajo al contrato de arrendamiento de servicios, pero Planiol entiende que es un nombre impropio, y debería calificarse como arrendamiento de trabajo, mientras Colin y Capitán consideran que el contrato de trabajo tiene individualidad propia y es diferente al resto de contratos del derecho privado, mereciendo nombre especial y asumiendo esa calificación de contrato de trabajo como muy adecuada. En cuanto a su naturaleza algunos lo califican como especie o suerte de arrendamiento; otros un contrato de sociedad; otros que es una variedad de mandato, algunos como especie de compra, y muchos que es un contrato *sui generis*, que se presenta bajo diversas formas.

¹⁵⁵ OJEDA AVILÉS, A., op. cit., p. 66.

¹⁵⁶ OJEDA AVILÉS, A., op. cit., p. 71.

¹⁵⁷ Alonso García lo define como contrato consensual, sinalagmático, oneroso, conmutativo, con determinación previa de la cuantía de las prestaciones, y una nota más importante, en su criterio, que es de tracto sucesivo. ALONSO GARCÍA, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 108-109.

¹⁵⁸ ALONSO OLEA, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed. rev. y aum., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 155-157.

¹⁵⁹ El Derecho del trabajo descansa en el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena, al que se le asigna una retribución o remuneración, atendiendo a los frutos que derivan del trabajo productivo, y con la misma el trabajador atiende a la subsistencia propia y de su familia.

¹⁶⁰ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del trabajo*, 2.ª ed. rev., Madrid, RDP, 1968, pp. 13-23.

¹⁶¹ GARCÍA SÁNCHEZ, J. – GARCÍA FUEYO, B., «*Naturaliter circumvenire de pretio*. La doctrina jurídica salmantina del siglo XVI», en AA. VV., *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*, vol. I, Las Palmas de Gran Canaria, Universidad, 2007, pp. 345-396.

teólogos hay siempre un justo precio, conforme a la moral, que exige equivalencia de prestaciones. El salario es la contrapartida que debe el empresario por el trabajo realizado por parte del operario, e implica solamente una parte de la remuneración total del trabajo. Bayón Chacón y Pérez Botija¹⁶² definen el salario como la contraprestación económica, por parte del empresario, del derecho de adquisición por él del resultado de la prestación profesional de servicios realizada por el trabajador, advirtiéndose que no cabe un salario inferior a lo establecido por las Leyes, reglamentos o convenios colectivos aplicables, de modo que ha de adicionarse a la definición anterior otra característica, la de legalidad, no inferior al mínimo establecido¹⁶³.

Molero Manglano¹⁶⁴, al examinar las obligaciones del empresario en general, comienza por la de remunerar, no por su importancia humana, puesto que el respeto a la persona del trabajador tendría mayor entidad moral, sino por su estrecha vinculación a la causa objetiva del contrato, la onerosidad conmutativa¹⁶⁵.

¹⁶² BAYÓN CHACÓN, G. – PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, t. I, vol. II, Madrid, Victoriano Suárez, 1958, pp. 372-376.

¹⁶³ «Salario es la obligación a cargo del empresario, cuyo contenido mínimo ha sido legalmente establecido, y que tiene como objeto retribuir el trabajo». Sus notas características son la patrimonialidad esencial, la transmisibilidad, *inter vivos* y *mortis causa*, la acumulabilidad negativa en el patrimonio del deudor, inembargabilidad total o parcial, y múltiple, porque califica unitariamente una pluralidad de prestaciones diversas, comprensiva de todos los pagos que el empresario realice al trabajador en concepto de salario. El salario remunera al trabajo, de forma que sin prestación del mismo, no existe aquél, sin que pueda convertirse en un crédito alimenticio, sin contrapartida laboral, a la luz del fundamento del salario en la causalidad del contrato de trabajo. En esta concepción, el contrato de trabajo es la fuente de las obligaciones impuestas al empleador de pagar un salario. El carácter sinallagmático deriva de esta conexión; la dependencia del salario de la prestación del trabajo. Las dos obligaciones son interdependientes, de modo que la inejecución del trabajo libera normalmente al empresario de la obligación de pagar el salario, lo que conlleva a dos consecuencias jurídicas: 1. El valor del salario es independiente de la prosperidad de la empresa; el contrato de trabajo está desprovisto de todo carácter aleatorio, y el trabajador no soporta los riesgos de la empresa, ya que el salario tiene un carácter alzado. 2. El carácter contractual del salario le imprime un fin remuneratorio, ya que se entiende como remuneración de la fuerza de trabajo, tal como admite la doctrina italiana: la obligación de pagar el salario tiene un carácter oneroso para el empresario, de tal modo que el motivo que impulsa al trabajador para hacer el contrato, y la aplicación dada al salario, son ajenos y están al margen de la naturaleza del crédito, mientras en la doctrina alemana, el salario se ve en el empresario como la ejecución de una obligación contractual. Solamente hay libertad de salarios en el sentido jurídico de la palabra libertad, ya que las partes contratantes no están obligadas jurídicamente a adoptar tal salario y no otro, pero esta noción descansa sobre una institución jurídica: el contrato de trabajo. En el plano concreto, pero individual, se trata de una negociación entre dos partes, dos individuos, que discuten sobre el montante de la remuneración, a la que tendrá derecho, merced a la ejecución de un cierto trabajo, durante un período de tiempo, fijando un salario en ventaja recíproca».

¹⁶⁴ MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho común en el Derecho del Trabajo*, Madrid, IEP, 1975, pp. 121-123. Este autor recuerda que otros preceptos del Cc, que son de aplicación supletoria, en la obligación de retribuir del empresario, serían: 1088-1089; 1091; 1094; 1096-1097; 1100-1101; 1105-1113, entre otros. *Ibid.*, pp. 124-125.

¹⁶⁵ Además de las siguientes características: obligación de dar, respecto de la prestación de retribuir, de cantidad líquida respecto al salario; de tracto sucesivo, en cuanto prolongada en el tiempo, divisible, limitada en lo que se refiere al pago de salario, que cuanto con tope máximo, genérica, en cuanto dineraria, específica en cuanto personalísima de trato, con cláusula penal, y pura, en cuanto no está sometida, ni puede estarlo, a condición. Limitada la obligación del empresario a retribuir al trabajador, debe ser calificada como bilateral recíproca o sinalagmática, principal, positiva de dar, de resultado, de cantidad líquida, de tracto sucesivo o duradera, divisible, limitada, genérica, con cláusula penal,

Bayón Chacón¹⁶⁶ incidía en la importancia de la legislación laboral romana para la normativa aplicada en nuestro territorio peninsular, basada en «tres fenómenos de diferente significado y trascendencia: a) su aplicación en España durante la dominación romana; b) la supervivencia de parte de sus normas e influjo en nuestro Derecho histórico, y c) la utilización del concepto romano de la *locatio conductio, operarum u operis*, para instituir, a través de la influencia francesa, el elemento central del sistema jurídico liberal, que consagra, en materia de trabajo, el reinado del principio de autonomía de la voluntad»¹⁶⁷.

Martín Valverde y otros colegas laboristas¹⁶⁸, ponen de manifiesto que el arrendamiento de servicios del Cc de 1889 ha quedado para encuadrar las relaciones de servicios realizadas en régimen de autonomía, de modo que unos mismos servicios pueden ser, objetivamente considerados, objeto de contrato de trabajo o de contrato civil de arrendamiento de servicios, pero si en las circunstancias concurrentes y contenido de la relación aparecen las notas definitorias del art. 1.1 ET, se trata de un contrato de trabajo: STS 13-VII-1992¹⁶⁹.

El Cc portugués de 1967¹⁷⁰, en su art. 1022, define el arrendamiento como el contrato por el que una de las partes se obliga a proporcionar a otra el goce temporal de una cosa mediante retribución, admitiéndose, sin embargo, a tenor de la literalidad del precepto concerniente a los arrendamientos rústicos, art. 1067, «a renda será fixada em dinheiro

pura, a plazo máximo y dineraria, matizando Hernández Gil, como posible función del dinero, en el Derecho de obligaciones, la de retribución en este caso, frente al precio en la compraventa, la renta en el arrendamiento de cosas, el capital en la sociedad, u otros.

¹⁶⁶ BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad...*, op. cit., p. 35.

¹⁶⁷ La escasez de normas en Roma, dentro del Derecho de obligaciones que se relacionan con el trabajo, se debe a múltiples factores, entre los cuales hay que tener presente algunas normas del Derecho de las personas, dada la organización familiar, mientras otras pertenecen al derecho de cosas, y algunas relaciones entran en lo que actualmente denominamos Derecho administrativo y corporativo, especialmente de carácter municipal.

¹⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A. – RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 515-516.

¹⁶⁹ Según el art. 1.1 del ET, el contrato de trabajo es aquel mediante el cual una persona física, el «trabajador», se compromete a prestar «voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario». Objeto del contrato son los servicios o la actividad de trabajo del trabajador, pero «subordinados», a prestar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, implicando prestaciones recíprocas, por un salario o remuneración, no por imposición legal externa, sino en virtud de un acuerdo entre los sujetos. Tres notas lo caracterizan: 1. El trabajador está implicado personalmente («físicamente») en la ejecución del contrato. 2. Es un esquema de contrato «*do ut facias*», intercambio de bienes económicos y 3. Es un contrato duradero y de contenido abierto, ya que las prestaciones se prolongan en su ejecución a lo largo del tiempo, por lo cual muchas condiciones o términos no están fijados de manera precisa y definitiva en el momento del consentimiento contractual inicial. *Ibid.*, pp. 70-71: El esquema o estructura básica del contrato de trabajo y del arrendamiento de servicios son virtualmente idénticos: en ambos se produce el intercambio de un trabajo por una retribución: *Facio ut des*. Pero hay notables diferencias entre uno y otro, ya que el contrato de trabajo es un arrendamiento de servicios «reformado», por la ampliación y expansión de la normativa respecto de las condiciones mínimas de trabajo y la regulación de las condiciones de empleo.

¹⁷⁰ Vid. SILVA VAZ SERRA, A. P. da, *Código civil. Texto revisto, prefacio e notas*, Coimbra, Atlántida editora, 1967, pp. 357, 374 y 403; RODRÍGUEZ BASTOS, J., *Código civil portugués*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, pp. 337 y 359.

ou em géneros e pode ser certa ou consistir numa quota dos frutos», mientras en el 1152 define el contrato de trabajo como aquel por el que «una persona se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad intelectual o manual a otra persona, bajo autoridad y dirección de esta», y se rige por la legislación especial, comenzando por el DL n° 49408, de 24 de noviembre de 1969, sobre el régimen jurídico del contrato individual de trabajo, modificado en diversas ocasiones. En este sentido, la ley do contrato de trabalho portuguesa, que entró a regir el 1 de enero de 1970¹⁷¹, en su art. 82.1, disponía: «*A retribuição compreende a remuneração de base e todas as outras prestações regulares e periódicas feitas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie*».

La norma vigente del *Código do Trabalho*, ley n° 7/2009, de 12 fevereiro, en su art. 11, define el contrato de trabajo: «é aquella pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas», mientras el art. 258.2, especifica: «A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, directa ou indirectamente em dinheiro ou em espécie», matizando el art. 259: «Retribuição em espécie. 1. A retribuição retributiva nao pecuniaria debe destinarse à satisfação de necesidades pessoais do trabalhador ou da sua familia e nao lhe pode ser atribuido valor superior ao corrente na regio», mientras el punto «2. O valor das prestações nao pecuniarias nao pode exceder o da parte em dinheiro, salvo o disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho».

¹⁷¹ En el régimen do contrato individual, art. 1.º, define como «contrato de trabalho aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta». DL 49408. Cf. LOBO, X. B. de G., *Regime juridico do contrato de trabalho*, anotado, 2.ª ed. act. e aum., Coimbra, Almedina, 1972, p. 33.