

SOBRE *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS* EN SU MODALIDAD DE SUMINISTRO DE MATERIAL

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Universidad de Granada (España)

En memoria a la **Dra. Ana Alemán Monterreal**¹, profesora titular de Derecho Romano de Almería, fallecida en 2017.

SUMARIO: LA «LOCATIO CONDUCTIO OPERIS» EN SU MODALIDAD DE SUMINISTRO DE MATERIAL.

I. Introducción.– I.1. El papel de los sujetos en la *locatio conductio Operis*. I.2. El objeto del contrato. I.3. La responsabilidad del *conductor*. I.4. La *Locatio conductio operis faciendi* en las fuentes. I.5. ¿Compra y venta o *locatio conductio operis faciendi*? I.6. Otras cuestiones planteadas.

II. Influencia en la Legislación actual y la jurisprudencia del contrato de arrendamiento de obra.– II. 1 Influencia en la Legislación actual.– II.2.– Algunos casos en la jurisprudencia del contrato de arrendamiento de obra.– II.2.1. La Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS.– II.2.2. La Sentencia de de 9 de enero de 2006.– II.2.3. La Sentencia de 8 de octubre de 2001. II.2.4. La sentencia del TS de 10 de mayo de 1997.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de ocuparme de la *locatio conductio* en esta modalidad del arrendamiento de obra con suministro del material arranca de una consulta de un compañero de Derecho Civil donde me pedía si podía facilitar algunos antecedentes jurídicos y sobre todo, si en Derecho romano se conocía este tipo de contrato de arrendamiento de obra con suministro de materiales. Tampoco es ajena la idea de tratar de la *locatio conductio*, en memoria a la **Dra. Ana Alemán Monterreal**, recientemente fallecida en 2017, puesto que el tema de este contrato conocido como *locatio-conductio* fue su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Almería.

¹Ana Alemán Monterreal, profesora titular de Derecho Romano de Almería, fallecida en 2017, cuya tesis doctoral fue precisamente sobre la *Locatio conductio operarum en el Derecho Romano*, Tesis leída en la Universidad de Almería en 1996.

La distinción de la trilogía de *locatio conductio rei*, *locatio conductio Operis* y *locatio conductio operarum*, según SCHÜLZ² no aparece en las fuentes jurídicas romanas, ni fue explícitamente aceptada por los juristas clásicos. Antes bien, ellos solo conocieron una sola *locatio conductio*, aplicando una misma reglas a las distintas variedades de un único tipo contractual. La distinción trilogía, en realidad, es fruto de la escolástica continental europea. Así, en dichas modalidades de *locatio*, al que consideraríamos *locator* es quien pone a disposición la cosa al ejecutor del *opus locatum*³ que es quien realiza una prestación y por ello, a cambio de ella, recibe una merced.

*Locatio*⁴, recordemos que viene de *locare*, que significa colocar, confiar, entregar poner a disposición. Un *locator* es quien entrega, coloca o pone a disposición una cosa, como por ejemplo, el que entrega un esclavo para utilizarlo, o realiza el encargo a un arquitecto para construir una casa. Y *conductor*, procede de *conductio* esto es, quien lleva, transporta o construye la casa. Esta doble terminología es lo que define el contrato conocido como *locatio-conductio*.

I.1. El papel de los sujetos en la *locatio conductis Operis*.

En la *locatio conductio operis* o arrendamiento de obra, se invierten los términos del papel que desempeñan ambos sujetos de la *locatio*. Aquí, según común opinión, el *locator* entrega al *conductor* una cosa, no para que la use y disfrute sino para que sobre ella realice una obra y la devuelva ya finalizada dicha obra garantizando el resultado final. Mientras en las dos modalidades anteriores era el *conductor* quien pagaba la *merces*, en la *locatio operis* se invierte el papel de ambas partes, y es aquí el *locator* quien además de poner a disposición la cosa o entregar la cosa para que se realice en ella la labor, paga la compensación pecuniaria, ya que él es también quien obtiene la ventaja que reporta la relación contractual que va a dar lugar a la finalidad de dicha modalidad de *locatio*⁵.

I.2. El objeto del contrato

El objeto de la *locatio-conductio operis* consiste en la realización de una obra. En la *locatio-conductio operis*, el *locator* podía obligarse frente al *conductor* a entregarle una cosa para la realización de una obra (*opus locatum*) y el *conductor* a realizarla. De esta manera garantiza la terminación del *opus locatum*, y no la mera puesta a disposición de sus servicios como en la *locatio conductio operarum*.

² SCHÜLZ, *Classical roman law*, (trad. Castellano), Barcelona 1960, p. 542.

³ Véase MOMMSEN, *Jur. Schr.*, 3, p. 132 ss. Según SCHERILLO, *Locazione e precario*, *RIL*, 62 (1929), p. 389 ss., deriva del precario. – Sobre la definición de *opus locatum* (Paulo, *D.* 50, 16, 5, 1), BISCARDI, «Quod Graeci «apotelesma» vocant», *LABEO*, 35 (1989), p. 163 ss.

⁴ ALEMAN MONTERREAL, ANA, *El Arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Editorial Universidad de Almería 1996. *LOCATIO*, viene de *locare*, que significa colocar, confiar, entregar poner a disposición. Un *locator* es quien entrega, coloca o pone a disposición una cosa, como por ejemplo, el que entrega un esclavo para utilizarlo, o realiza el encargo a un arquitecto para construir una casa. Y *conductor*, procede de *conductio* esto es, quien lleva, transporta o construye la casa. Esta doble terminología es lo que define el contrato conocido como *locatio-conductio*.

⁵ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona 1993, p. 378 ss.

Esta es la razón por la que la doctrina acabe refiriéndose a esta modalidad como *locatio conductio operis faciendi*, lo que es mucho más precisa, que la mera *locatio-conductio operis*.

Locatio conductio operis faciendi, pues es aquel contrato en cuya virtud el *conductor* se obliga a la realización de una obra y a entregarla al *locator*, aun sin haber previamente recibido de este los materiales de la cosa a transformar, porque llegado el caso si no los suministra éste, sería el propio *conductor* quien tendría que ponerlos. En este contrato el conductor solo podía cobrar la merced del *locator* al finalizar la obra sin que pudiese alegar circunstancias dilatorias o imposibilitantes para no terminar la obra, y salvo en los casos de fuerza mayor⁶.

A diferencia de la *locatio operarum*, su objeto ya no es el trabajo en sí, sino el producto del mismo ya acabado (*opus locatum*) y puede consistir tanto en transformar una cosa como en crear una nueva a partir de los materiales entregados por el *locator*⁷.

Así, ORTEGA⁸ nos pone algunos ejemplos: cuando entrego unas túnicas al tintorero para que las limpie, o un esclavo para que se le instruya en un arte u oficio, o incluso una partida de vinos a un transportista para que los transporte; también cuando entrego un bloque de oro a un orfebre para que realice un anillo, o madera a un ebanista o tela a un sastre para que realicen un mueble o un traje... En todos estos casos estamos ante una *Locatio conductio operis faciendi*.

No es necesario que el *conductor* realice por sí mismo la obra encomendada, sino que puede solicitar ayuda o encargar a otros su realización, salvo acuerdo contrario o que se trate de labores personalísimas que solo se pueden realizar *intuitu personae*. En tales casos, si se ha contratado una obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescindiría por la muerte de esa persona⁹. En otro caso, el *conductor* sería responsable de las personas a las que les diera ocupación en la obra¹⁰.

Por su parte, el *locator* está obligado a pagar la *merces* convenida, una vez la obra haya sido realizada y aprobada a juicio de peritos o según los criterios de un *bonus vir*¹¹. En cualquier caso, lo esencial sigue siendo el resultado de la misma y no el trabajo que requiera su realización, aunque éste se preste por un tercero¹².

⁶DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho romano privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 279.

⁷ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. *Derecho Privado Romano*, Promotora Cultural Malagueña, S. A, Málaga, 1999, pp. 279 ss. Disponible en <http://www.derechoromano.es/2012/09/locatio-conductio-operis.html>.

⁸ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. *Derecho Privado Romano...*, op. Cit., p. 279 ss.

⁹ Este es el supuesto que contempla el actual 1595 del CC. Español, aclarando que *en estos casos, el propietario debe de abonar a los herederos del constructor a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que estos materiales reporte algún beneficio...* Volvemos de nuevo a compraventa de materiales y retribución –en parte– de la obra no terminada y si ejecutada parcialmente.

¹⁰ Es lo que recoge el artículo 1596 del CC. Español.

¹¹ Es la solución que acoge el artículo 1598 del CC. Español al disponer que «*cuando se conviniera que la obra ha de hacerse a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación a falta de conformidad al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que este decida*».

¹² Recae sobre el resultado de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado. Tal ocurre, por ejemplo cuando se conviene el transporte de cosas o personas, la confección de un traje o la construcción de una casa. Poco importa en estos casos que el que asume el encargo de realizar la obra

I.3. La responsabilidad del *conductor*

¿Cuál es la responsabilidad del *conductor*? El *conductor*, aunque la doctrina oscila sobre este punto¹³, parece ser que responde hasta el límite de la custodia, lo cual quiere decir que si yo, por ejemplo, entrego a un orfebre una cantidad de oro para que me haga un anillo, y el oro era robado al orfebre, éste sería responsable de la pérdida y no podría el operario exigir compensación alguna por su trabajo, tanto si es el caso que hubiese comenzado a elaborar el anillo, ni aún en el caso que lo hubiese terminado: *periculum est conductoris*, esto es, el riesgo por la pérdida o destrucción lo soporta el *conductor*.

Sobre este contratista o *conductor* pesa el riesgo de la cosa –*periculum*– hasta el momento de la entrega o de la *adprobatio*¹⁴. Sin embargo, se puede librar de responsabilidad cuando el perecimiento de la cosa es debido a fuerza mayor¹⁵. En cuanto al tema de la responsabilidad por pérdida de las cosas o materiales entregados al contratista. Según FERNANDEZ BARREIRO, y PARICIO cuando la entrega es de cosas fungibles, éstas se hacen propiedad del *conductor*, de modo que éste asume todo el riesgo por la pérdida; si se trata de cosas muebles, el *conductor* responde por *custodia*, corriendo a cargo del *locator* el *periculum* (*periculum locatoris*), y para cualquier otro tipo de daños rige el criterio de la responsabilidad por culpa contractual; en la apreciación de ésta se toma en consideración la pericia técnica exigible al contratista, que responde también de la conducta profesional de sus auxiliares y subordinados¹⁶.

Esto establece también otra diferencia¹⁷ con la *locatio conductio operarum*, donde la puesta a disposición de los servicios es a cambio de una remuneración, aunque los servicios no dieran el resultado esperado¹⁸, y por tanto el régimen de garantía es distinto.

I.4. La *Locatio conductio operis faciendi* en las fuentes

Vayamos ahora a las fuentes clásicas para examinar los casos de *Locatio conductio operis faciendi*. Y entre los textos clásicos, un texto de Gayo:

la lleve o no a término personalmente, y que se atenga o no a las instrucciones o indicaciones de la otra parte, puesto que su obligación estriba en entregar la obra acabada. Cabe, no obstante, que el contrato se haya celebrado en atención a las cualidades técnicas del obrero –*conductor*–, por manera que sea él quien realice el trabajo. Dado tal supuesto, la muerte del obrero determina –y éste es caso excepcional– la extinción del contrato. IGLESIAS, J., *Derecho romano...* Op. Cit. p. 180.

¹³ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. Cit., pp. 280 ss.

¹⁴ Este es el supuesto que se contempla en la actualidad en el artículo 1589 del CC. español: «si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe de sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla».

¹⁵ D. 14. 2, 10 pr.; D. 19, 2, 36-37; eod., 62. IGLESIAS, J., *Derecho romano...* Op. Cit., nota 182.

¹⁶ FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 365.

¹⁷ GÓMEZ-CARBAJO, *Arrendamiento, «aestimatio» y compraventa en Gayo 3.146* Madrid, 1984.

¹⁸ Así, por ejemplo, cuando contrato los servicios de un jardinero para arreglar un jardín, o la actuación de unos músicos para amenizar una fiesta nocturna. Vid. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, op. Cit., pp. 280 ss.

GAIUS 3. 146: *Item si gladiatores ea lege tibi radiderim, ut in singulos qui integri exierrint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitatii fuerint denarii mille, quaeritur, ultrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur, et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet tamquam sub conditione facta cuiusque venditione aut locatione iam enim non dubitatur, quin sub conditione res venire aut locari possint.*

En este texto Gayo nos sitúa sobre un caso práctico donde se discute si hay compraventa o arrendamiento cuando se entregan 20 gladiadores para que participen en los juegos, pero estableciendo veinte denarios por cada uno de ellos, o mil denarios si mueren o salen lisiados. Aquí la solución depende del resultado o la suerte del encuentro en la arena, pues si salen sanos considera que hay arrendamiento, y si lisiados o muertos compraventa. Entendiéndose que se trata de compraventa o de arrendamiento bajo condición. Cuestión que parece que el resultado determina la naturaleza del contrato.

Un nuevo texto donde se discute si se trata de arrendamiento o de compraventa podemos encontrar en el texto siguiente:

GAIUS, 3.147. *Item quaeritur, si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet uerbi gratia denarios utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem uenditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et uenditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, conuerit locationem eonductionem contrahi.*

Aquí ya no es la suerte o el *alea*, sino directamente el resultado del trabajo del artífice, pues si con el artesano se concierta por doscientos denarios que se realice con oro suyo unos anillos determinados, Gayo cita a Casio, el cual entiende que hay arrendamiento de la mano de obra y compraventa de materia, admitiendo también como arrendamiento si además de abonar el trabajo, también se pone el material por el *locator*. Este texto ya es más preciso, pues diferencia la naturaleza de uno y otro contrato.

Por cierto, que de los tiempos de Gayo al Digesto se ve que sube el precio, pues mientras en anterior texto de Gayo (3.147) el precio era de doscientos denarios, en el Digesto (*LIBRO IXX: TÍTULO II, fragmento 2. 1*) sube a trescientos, ya que bajo el título de *Locatio conductio*, en D.19.2.2.1:

Ádeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si eum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit uerbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse. Quodsi ego aurum dederam mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

I.5. ¿Compra y venta o *locatio conductio operis faciendi*?

En este último texto precisamente es donde se entra a dilucidar si hay semejanza entre la Compra y venta y la *locatio conductio* en algunos casos¹⁹, como el supuesto del artífice donde con oro suyo elabora unos anillos con ciertas características pagándosele trescientos denarios. En tal caso, según el texto estaríamos ante una compraventa. Pero si el cliente-locator es quien suministra el oro, se trata de *locatio conductio operis faciendi*. De esta manera garantiza la terminación del *opus locatum*, y no la mera puesta a disposición de sus servicios como en la *locatio conductio operarum*. Aquí no solo diferencia la distinta naturaleza entre uno y otro, sino que además al garantizar la terminación del *opus locatum* lo que se compra es el objeto ya elaborado y por tanto puesto a disposición y conformidad del locator, que se convierte así en *emptior* con las garantías que lleva aparejadas en orden a la evicción y saneamiento.

Hay un punto que el texto parece insinuar pero que no resuelve, y es el de si se trata de un único contrato de compraventa cuando el artífice suministra también el oro, o si se trata de una compra del metal y una *locatio* por sus servicios cuando se trata de la aportación del material por el propio requirente, y retribución de sus servicios al arrendatario.

No cabe duda que si el propio artífice es quien pone el oro para realizar el anillo, el contrato sería una compra y venta del material y un arrendamiento de la labor del artífice, reflejándose ello en el precio final. La cuestión parece centrarse en quién proporciona el material. Esto es, si el material lo aporta el arrendatario de los servicios del artífice, plantearía la duda de si sería un contrato de arrendamiento de obra o si sería un arrendamiento de servicios, puesto que solo retribuye la prestación de dichos servicios. Esto sería delicado, pues si pensáramos que se alquila únicamente sus servicios sería fácil pensar en un arrendamiento de servicios y no un arrendamiento de obra.

I.6. Otras cuestiones planteadas

Sabemos que la distinción entre un tipo de arrendamiento o de otro está no en la prestación del trabajo, sino en la obra o resultado final. Por tanto, la cuestión está en responder:

–¿El artífice compromete el resultado final?

En la *Locatio Conductio Operis* la finalidad de este arrendamiento no es el trabajo, ni los meros servicios, sino la obra o el resultado final. Precisamente se busca a un artesano por sus cualidades o pericia, lo que compromete el resultado final. No es necesario que el *conductor* haga la obra personalmente, sino que compromete el resultado final, lo

¹⁹ Bajo ciertos aspectos, *locatio conductio* y *emptio venditio* ofrecen gran analogía. Vid. GAYO, 3, 142 ss. Véase MASCHI, *Locazione, vendita, contratto di lavoro*, Boll. Scuola di perfez. e di specializzazione in dir. del lavoro Univ. Trieste, 9, 25-27 (1963), p. 24 ss. A propósito de Gayo, 3, 146, véanse GUARINO, *Il «leasing» dei gladiatori*, *INDEX*, 13 (1985), p. 461 ss. Idem. *Iusculum úris*, p. 54 ss.); PARICIO, Una observación sobre Gai. 3.146, *Estudios Iglesias* (1988), p. 991 ss.

haga el personalmente u otro en su nombre como es el caso de una escuela artística o de una firma de orfebres.

Lo que ocurre es que aquí, como en tantas otras veces, la opinión de los juristas romanos no es nada clara, ya que algunas veces parece que depende del material o de la obra encargada. Así por ejemplo, Pomponio en sus comentarios a Sabino, en D.18.1. 20:

Sabinus respondit, sit quam rem nobis fieri etiam, veluti statuarn, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emtionem videri, nec posee ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si auream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tune a me substantia proficiscitur.

Pomponio sigue a Sabino, donde considera la distinción de si lo que se pretende hacer nuestro es una estatua (o un vaso elaborado o un vestido confeccionado) pero solo pagáramos dinero por el objeto ya terminado se trataría de una compra. El trabajo del artífice ya estaría incluido en el precio final.

Con ello parece insinuar que la superior *vis atractiva* de la compraventa –y su régimen de garantías– anule la consideración de una mera *locatio*. Por ello, tajantemente afirma «*nec posee ullam locationem esse...*», esto es, no puede haber locación alguna puesto que el objeto no se facilita por el comprador final y se trataría indudablemente de una compraventa²⁰.

Ahora bien, si facilita un solar para edificar una casa, entonces sí habría *locatio*, porque lo principal, el suelo que si parte del *locator*, que es quien encarga la obra y lo que retribuye al final es la obra terminada en el solar que se ha aportado.

La conclusión de ello es que se trataría de una *locatio conductio operis* en función del origen de los materiales con que se ejecuta el *opus*. No es que los materiales diferencien una compraventa de una *locatio*, sino que la *voluntas* o el *animus* del *locator*, es lo que diferencia un contrato de otro y define su distinta naturaleza. Lo que sería adecuado con la manera de pensar de los juristas de la época. La conclusión sería pensar que habría que hablar de un trabajo terminado u obra realizada. Esto mismo es lo que viene a confirmarnos Paulo²¹ en D.50.16.5.1:

«Opere locato conducto» his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci [effectum] vocant, non [opus], id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

²⁰ En la concepción romana de la locación de obra (*locatio conductio operis*) se entiende como necesario que el *locator* ponga algo a disposición del *conductor*. De esta exigencia deriva el que se configure como compraventa el convenio en virtud del cual una persona encarga a otra la realización de una obra o la elaboración de un producto, comprometiéndose el artífice a suministrar también los materiales. Aunque parece haber prevalecido la construcción de este convenio como compraventa, la cuestión fue objeto de discusión por parte de la Jurisprudencia, y en el desarrollo moderno de la locación de obra se ha prescindido de aquel condicionante. FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, op. Cit., p. 364.

²¹ PAULUS libro II. *Ad Edictum. De Verborum Significatione*. Sobre el arrendamiento de obra –*locatio conductio operis*», en D. 50, 16, 5, 1. Véanse KARLOWA, Rám. *Rechtsgeschichte*, 2, p. 645 Ss.; SAMTER, *Probatio operas 2 = tarietà del concetto di locazione*, p. 21 ss.; DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milán, 1946. ss.; AMIRANTE, *Labeo*, 13 (1967), p. 49 ss.; WUBBE, «Opus» selon la définition de Labéon (D. 50, 16, 1, 5a. 1 5h! (1982), p. 241 ss.; MARTIN, *A reconsideration of «probatio operis»*, ZSS, 103 (1986), p. 321 ss.

Paulo con una cierta precisión señala que cuando se trata del trabajo efectuado o llevado a cabo en arrendamiento, estas palabras definen la obra que los griegos llaman «acabada» y no un mero trabajo o algún elemento de la obra total. Por tanto, el presupuesto necesario del contrato es que la obra se lleve a cabo con materiales suministrados por el que la encarga –*locator*²² y que dicha obra sea acabada para así poder responder por el trabajo u obra ejecutada²³.

– *La cuestión del pago*

Y en cuanto a la cuestión del pago, el criterio mayoritario de la doctrina²⁴ el pago de la merced ha de hacerse, de no mediar pacto en contrario, a la terminación de la obra. Además de la obligación del pago, por parte del *locator*, pesa sobre el *conductor* la obligación de resarcir a la otra parte los daños causados por las cosas que le entrega, según vimos anteriormente al tratar de los riesgos en base al principio *periculum est conductoris*.

Otras cuestiones a tratar, aunque no podemos extendernos en demasía, serían:

– *El aumento de obra en relación con el precio*

Frecuentemente los contratistas, antes de proceder a la ejecución y entrega de la obra como producto terminado, realizan aumentos o variaciones de obra, lo que conlleva la obligación para el *locator* de realizar el abono de esos aumentos no incluidos en el proyecto inicial²⁵. A cambio este *locator* puede pactar penalizar esos retrasos sobre el plazo acordado (*dies operis*). Para poder ejercitar tal proceder es necesario el establecimiento de una cláusula penal que posibilite una demanda de indemnización si el *locator* quiere tener la obra encargada en el plazo fijado²⁶.

– *Obra defectuosa o diferencias de ejecución*

No cabe duda que la ejecución en forma diferente o defectuosa en relación a lo acordado supone un incumplimiento respecto a las condiciones pactadas. De ahí la necesidad de la *adprobatio operis* que corresponde al *locator*. Esta cuestión puede sustanciarse mediante el recurso de acudir a un perito o arbitro que emita el correspondiente dictamen pericial que fijará la responsabilidad del contratista por vicios de la construcción bien en el momento de la entrega o en momento posterior²⁷. En el derecho español, el

²² En otro caso, y según la opinión prevalente en Derecho romano, sería de ser una compraventa. IGLESIAS, J., *Derecho romano...* Op. Cit., nota 181. Cfr. GAYO, 3, 147; D. 18, 1, 20; D. 19, 2, 2, 1; Inst. 3, 24, 4, y sobre ellos, THOMAS, «Non soler. dominium mutare», *Mél. Meylan*, p. 339 ss.; ZSS, 81 (1964), p. 110 ss.; RIDA, 18 (1971), p. 673 ss.; AMIRANTE, *Labeo* 13 (1967), p. 49 ss.

²³ Al obligarse el *conductor* a entregar una obra terminada, el trabajo puede ser realizado por él mismo o a través de terceros, salvo que expresamente se convenga la ejecución personal por el propio *conductor*. FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, op. Cit..., pp. 364.

²⁴ Véanse BERNEKER, Eranion Maridakis, p. 123 ss. *Labeo*, 12 (1966), p. 324 ss. RÓHLE, SDHI, 34 (1968), p. 183 ss.; RAINER, ZSS, 109 (1992), p. 505 ss. Sobre el particular –*locatio conductio irregularis*– de D. 19, 2, 31, véase MAYER-MALY, «*Locatio conductio*», Op. Cit., p. «4 ac. –Sobre la responsabilidad por custodia (GAYO, 3, 205) y el paralelismo con el comodato (GAYO, 3, 206), véase METRO, *L'obbligazione di custodire*, cit., p. 167 ss.

²⁵ Sentencia de 10 mayo de 1997, del Tribunal Supremo (RJ 1997\3831). Luego la comentaremos.

²⁶ FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, op. Cit., p. 365.

²⁷ FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, op. Cit., p. 366.

artículo 1591 del Código Civil fija tal responsabilidad para el contratista por vicios de construcción en diez años. La misma responsabilidad por daños y perjuicios y por el mismo tiempo imputa al arquitecto que la dirigiere.

– *Obra realizada mediante entregas parciales*

El *conductor* quedaría liberado por las unidades entregadas y recibidas, siempre que lo fueran a satisfacción del *locator*, si bien el cumplimiento total del contrato lo es con la terminación de la obra completa que ha sido entregada²⁸.

II. INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA.

II.1. Influencia en la Legislación actual

Lo cierto es que el Código Civil español, en el libro IV, capítulo III, trata del arrendamiento de obras y servicios, dando a entender como si fueran un mismo tipo de contrato o equivalentes. De hecho en sección 1.^a la titula «Del servicio de criados y trabajadores asalariados», cosa que hoy estaría bajo la jurisdicción y legislación laboral y más cerca de las regulaciones del derecho del trabajo²⁹.

El artículo 1583 CC dispone: «*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*». Esto nos indica que arrendamiento de servicios, incluido los servicios domésticos, es claramente de índole civil y no laboral. Cuestión sumamente discutida como ponía ya de manifiesto la Sentencia de 7 de marzo de 1960 del TS.

Y además parece insinuar que son equivalentes el arrendamiento de servicios y el de obra terminada³⁰. Prescindiendo pues, de los servicios domésticos, nos centramos en el arrendamiento de obra, y encontramos en la sección 2.^a con la denominación «De las obras por ajuste o precio alzado», donde un Artículo 1588 dispone «*Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria o que también suministre el material*». Este contrato que algunos llaman de empresa y nosotros de arrendamiento de obra³¹ (*locatio conductio operis*) no es simplemente la eje-

²⁸ FERNANDEZ BARREIRO, A., Y PARICIO J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, op. Cit., p. 366

²⁹ Y más después de Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, BOE 13 agosto 1985, núm. 193 Regula la relación laboral de carácter especial del Servicio doméstico. El artículo 2.1 b) del Estatuto de los Trabajadores considera relación laboral de carácter especial la del Servicio del Hogar Familiar, estableciéndose en la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. «BOE» núm. 277, de 17/11/2011. Entrada en vigor, el 18 de noviembre de 2011.

³⁰ La distinción entre contrato de obra y arrendamiento de servicios ha suscitado un gran debate doctrinal, donde la jurisprudencia se mantiene unánime afirmando las diferencias analizadas anteriormente. En este sentido, véase la STS de 9 de enero de 2006. Sentencia de 9 enero 2006 del Tribunal Supremo (RJ 2006\132.) y la Sentencia de 8 octubre 2001 del Tribunal Supremo (RJ 2001\7548).

³¹ ALBÁCAR LÓPEZ LÓPEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil*, cuarta ed., Vol.V, Madrid, 1995, lo califica como «contrato de obra» o de «ejecución de obra», lo que es acorde a la nota definitoria de este contrato, que es el resultado de la obra. Sin embargo, el Código Civil italiano o el suizo lo definen como «contrato de empresa», lo cual no es del todo correcto ni desde un punto de vista jurídico ni desde el

cución de un encargo sino que implica que el contratista o empresario se obliga respecto al comitente a la obtención de un resultado –el *opus locatum*– lo que diferencia a este contrato del mero contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios³².

Al *periculum* del que ya nos ocupamos en las fuentes clásicas, se examina en el artículo 1589: «*si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe de sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla*».

Y en el artículo 1590 «*El que se ha obligado a poner solo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño*». O sea *periculum est conductoris*. Sobre el contratista o *conductor* pesa el riesgo de la cosa hasta el momento de la entrega o de la *adprobatio*, como vimos que ocurría en las fuentes romanas.

A las garantías y responsabilidad del contratista se refiere el artículo 1591 «*El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios, si la ruina tuviese lugar dentro de diez años contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el mismo tiempo tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección*».

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

Distingue el precepto entre Arquitecto director de la obra y el contratista encargado de la ejecución de la obra y al separar ambos conceptos da a entender como dijo el TS en Sentencia de 12 de noviembre de 1970, que no son solidarios en las obligaciones que resulten, sino que cada cual responde en sus propios términos y según resulta de su distintas profesiones. Tampoco es válido diferenciar si la finca en cuestión ha cambiado de propietario³³, pero sí entre los daños y perjuicios derivados de la ruina que produzca la destrucción total o parcial de la obra y los vicios o defectos de construcción imputables al constructor³⁴. El contratista sí que *es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra*, según Art. 1596 del CC. Español.

II.2. Algunos casos en la jurisprudencia del contrato de arrendamiento de obra.–

II.2.1. La Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS. Sobre el *concepto de arrendamiento de obra*, la sentencia de 24 de septiembre de 1984³⁵ precisamente lo define como «*aquel contrato en el que el profesional, mediante remuneración, se obliga a prestar al comitente no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o, lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la finalidad deseada y prevista por los contratantes*». Esto abunda en lo ya referido anteriormente sobre que es un contrato de resultado.

tráfico económico, pues podría llevar a confusiones.

³² Sentencia de 23 de noviembre de 1964. RJ. 5453.

³³ Sentencia de 5 de mayo de 1961. RJ. 2310.

³⁴ Sentencia de 20 de marzo de 1893. CJ. T. 73, n.º 121.

³⁵ Sentencia de 24 septiembre 1984 del TS (RJ 1984\4303).

II.2.2. La Sentencia de de 9 de enero de 2006. Aborda la cuestión de la *responsabilidad por daños y perjuicios por incumplimiento de las condiciones de la obra ejecutada* y las derivadas de los vicios y defectos de construcción. Aquí el *locator* o comitente recurrió una sentencia previa que había fallado a favor del *conductor* o contratista³⁶ por una petición de una indemnización de daños y perjuicios a causa de la defectuosa ejecución de la obra al no haber logrado impermeabilizar el inmueble.

En la sentencia, el TS desestima el recurso de casación y absuelve a los demandados al entender *«que la causa eficiente y determinante de las inundaciones no es la incorrecta ejecución de lo contratado con la parte demandada sino la no realización por la actora de las actuaciones sobre la cubierta imprescindibles para su adecuada reparación»*. Además, enfatiza *«impermeabilización que no se logró, pero no por la ineptitud del producto o por la mala ejecución de lo contratado sino por la imposibilidad de obtener el resultado dadas las condiciones de la cubierta»*.

II.2.3. La Sentencia de 8 de octubre de 2001. Se ocupó de la *distinción entre contrato de obra y arrendamiento de servicios*. Una empresa eléctrica *«Montajes Eléctricos del Cantábrico, SL»*, demandó a *«Vigilancia Astur 93, SA»*, que era una Compañía de Servicios de Seguridad y subsidiariamente a *«MAPFRE Industrial»*, Sociedad Anónima de Seguros. Entre la empresa de montajes eléctricos y la de seguridad se había celebrado un contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia del *«Hotel Avilés»*, durante el periodo en que dicho hotel estaba sometido a obras de remodelación. Como resultas de un incendio en el inmueble del que se derivaron numerosos daños, por lo que la cuestión litigiosa se centra en determinar si la actividad de control contratada ha sido deficitaria o no.

En este caso, el TS desestimó el recurso de la empresa de montajes eléctricos indicando que *«se desestima porque la decisión cuestionada relativa a la obligación de arrendador para establecer la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obra, según la cual si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra»*.

La diferencia esencial entre ambos se puede apreciar en el contenido. Por un lado, en el contrato de obra la prestación a la que se encuentra obligado el arrendador, la empresa eléctrica consistía en alcanzar un resultado concreto: la realización de la obra de instalación, elemento indispensable en el contrato de obra; mientras que en el de servicios, la empresa de vigilancia se trata de prestar un servicio, en definitiva, desarrollar una actividad. Por ello, en éste último caso, la prestación de servicios no se obliga a la consecución de un resultado concreto como es la evitación del incendio, sino que se limita a la prestación de un servicio de vigilancia, de modo que desarrollando dicha actividad cumple con la prestación.

Siguiendo esta misma línea sobre las diferencias entre arrendamiento de obra y de servicios en cuanto al pago del precio, la sentencia del TS de 3 de noviembre de 1983³⁷, establece en el caso de una demanda de un arquitecto contra su cliente por impago de honorarios, que la diferencia esencial entre el arrendamiento de obra y servicios,

³⁶ Dinex Producciones SA y Harrobi SA.

³⁷ Sentencia de 3 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo (RJ 1983/5953).

estriba que en el primer caso, lo que se contrata es la obtención de un resultado, y en el segundo se trata de un trabajo o servicio, no su resultado. Así «de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no al resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra».

Finalmente, la sentencia del TS de 6 mayo de 2004, vuelve a reiterar la diferencia entre arrendamiento de obra y servicios en consideración a la esencialidad de resultado o no; y con independencia de que el precio se fijara por el tiempo consumido en ejecutar el trabajo, ya que en este caso el contrato pretende un resultado (se trataba de la descarga de una grúa). Tal y como se hizo referencia anteriormente, el arrendador no se limita a ejecutar una determinada actividad, sino que se obliga a la obtención de un resultado concreto, *opus consumatum et perfectum*³⁸.

II.2.4. La sentencia del TS de 10 de mayo de 1997. La sentencia del TS de 10 de mayo de 1997³⁹, se pronuncia sobre la cuestión del *aumento de obra en relación con el precio*, donde reiterando la prevalencia de los tribunales de Instancia en la interpretación de los contratos de arrendamiento de obra, es posible la variación del precio inicialmente fijado en caso de aumento o modificación del contrato inicial.

Así «cuando hay aumento de obra por incremento de la construida o un mayor valor de lo ejecutado por superior calidad de los materiales empleados, el contratista, siempre que conste el consentimiento del comitente en cualquier forma, incluso tácita, tiene derecho al mayor precio, que puede ser concretado por las partes o pericialmente o por una simple diferencia de valor, puesto que el propio art. 1593 así lo permite, pero teniendo presente que dicho precepto no contiene una norma imperativa o de derecho necesario –*ius cogens*–, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, que no implica una limitación legal a la voluntad contractual, constituyendo un simple complemento de la misma, de manera que la fijación del mayor precio en el contrato de obra queda encomendada a la voluntad de los contratantes, pero, si no llegan a acuerdo alguno, es claro que corresponde su determinación a los Tribunales a los que se acude con tal pretensión, debiendo realizar su labor interpretativa en búsqueda de cuál fue el concurso de voluntades, extremo en el cual tiene singular importancia aquello en que estuvieron conformes y los informes de los Directores Técnicos de la obra».

Esto significa, según Coderch⁴⁰, que un contrato definido como a riesgo y ventura del contratista, por lo que éste no podrá exigir nada ante el aumento de los jornales o materiales. En consecuencia, el precio sólo será invariable cuando se haya determinado a tanto alzado, siendo vital y necesario el consentimiento de las partes.

³⁸ SALVADOR CODERCH, P., Comentario del Código Civil, 1993.

³⁹ Sentencia de 10 mayo de 1997, del Tribunal Supremo (RJ 1997\3831).

⁴⁰ SALVADOR CODERCH, P., Comentario del Código Civil, 1993. Op. Cit.

ABSTRACT: *The locatio conductio in this mode of leasing with supply of materials has raised the question, in ancient times, of its conception as lease or sale. In order to clarify this issue we try to discern the differences between «locatio conductio operis» and «locatio conductio operarum», emphasizing the different role the subjects play in both types of «locatio», since the figures of locator and conductor chance, ensuring the last one the termination of «opus location» and not the mere availability of its services. The analysis of warranties and liabilities of conductor as well as the classics help to understand the difference between purchase and sale or «locatio conductio operis faciendi». This study concludes with the inquiry of the works contracts in the current Civil Legislation and the case law.*

KEYWORDS: *Locatio conductio operis, lease of work with supply of materials, buying and selling, locator, conductor, opus locatum, responsibility, periculum.*

BIBLIOGRAFIA

- ALEMÁN MONTERREAL, ANA, *El Arrendamiento de servicios en Derecho romano*, Editorial Universidad de Almería 1996.
- AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, en *BIDR.* 62 (1959) pp. 14 ss.
- BISCARDI, «Quod Graeci «apotelesma» vocant», *Labeo*, 35 (1989).
- BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, en *RISG.* 2 (1927) pp. 529 ss. y *RISG.* 3 (1928) pp. 3 SS.
- DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho romano privado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- DE ROBERTIS, *1 rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano, 1946).
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano Ariel*, Barcelona 1993.
- MAYER-MALY, «Locatio-conductio». *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien-München, 1956);
- MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*² (Aix-en-Provence, 1958);
- MARTINI, «Mercennarius». *Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, *Studi Senesi* 5-6 (1956-57) pp. 214 ss.;
- MARTINI, *Ancora sul «mercennarius»*, en *Jura* 10 (1959) pp. 120 ss.;
- MARTINI, «Corax mercennarius Eumolpi», en *Labeo* 7 (1961) pp. 341 SS.;
- KAUFMANN, *Die altrömische Miete* (Graz-Köln, 1964);
- MIQUEL, «Periculum locatoris», en *ZSS.* 81(1964) pp. 134 SS.;
- CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milano, 1969)
- MASI, S.v. *Locazione*, en *EdD.* 24 (1974);
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. *Derecho Privado Romano*, Promotora Cultural Malagueña, S. A, Málaga, 1999
- PINNA PAPPAGLIA, «Vitia ex ipsa re». *Aspetti della locazione in diritto romano* (Milano, 1983);
- GÓMEZ-CARBAJO, *Arrendamiento, «aestimatio» y compraventa en Gayo 3.146* (Madrid, 1984);
- KLAMI, «Mandatum» and Labour in Roman Law, en *ZSS.* 106 (1989) pp. 575 ss.;
- MARTINI, «Servus perpetuus mercennarius est», en *Labeo* 35 (1989) pp. 189 ss.
- SCHERILLO, *Locazione e precario*, *RIL*, 62 (1929).
- SCHÜTZ, *Classical roman law*, (trad. Castellano), Barcelona 1960.
- WUBBE, «Opus» selon la définition de Labeon (D. 50.16.1.5), en *71j.* 50 (1982) pp. 241 SS.

