

COLECCIÓN PANORAMAS DE DERECHO

# LAS CIEN ALMAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

LA FORMACIÓN SECULAR  
DE SUS RASGOS ESENCIALES

ANTONIO OJEDA AVILÉS



THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

*ANTONIO OJEDA AVILÉS*

# LAS CIEN ALMAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

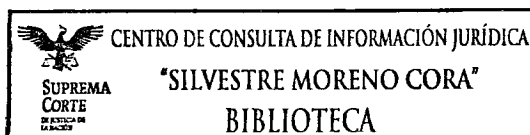
LA FORMACIÓN SECULAR DE  
SUS RASGOS ESENCIALES

COLECCIÓN PANORAMAS DE DERECHO



THOMSON REUTERS

**ARANZADI**



0120. 200  
0332c  
ej-1

Primera edición, 2017



**THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks**

**Incluye versión en digital**

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Antonio Ojeda Avilés]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9152-710-7

DL NA 1314-2017

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

292751

# Índice

Página

INTRODUCCIÓN. CUESTIONES DE MÉTODO .....	27
--	----

## 1ª PARTE

### EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DEBATE SOBRE SU ORIGEN TÍPICO

#### CAPÍTULO I

EL PROCESO DE TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	33
A. La aparición del tipo jurídico «contrato de trabajo» a fines del siglo XIX .....	33
B. La revisión crítica del natalicio .....	44
C. Problemática del tipo contractual .....	51
1. <i>Dinámica del tipo contractual</i> .....	52
2. <i>Dualismos históricos en la subsunción del empleo subordinado dentro de los tipos contractuales</i> .....	59
2.1. Contratos civiles y mercantiles .....	59
2.2. «Utrumque ius» .....	60
2.3. «Common Law, Civil Law» .....	61
2.4. Domesticidad y salariado .....	62
2.5. Empleados y obreros .....	63
2.6. Otros matices .....	65

	<u>Página</u>
3. <i>Elementos de identificación del tipo contractual y sinalagma del contrato de trabajo</i> .....	66
<b>D. Los trazadores históricos del tipo</b> .....	73
1. <i>La tesis de Maine</i> .....	73
2. <i>Aspectos metodológicos</i> .....	75

## CAPÍTULO II

<b>PROPUESTAS CLÁSICAS SOBRE EL ORIGEN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LAS TEORÍAS UNITARIAS</b> .....	79
<b>A. Introducción</b> .....	79
<b>B. William Blackstone y la relación de maestro y sirviente</b> .....	84
1. <i>El entorno</i> .....	84
2. <i>La obra</i> .....	86
3. <i>La crítica</i> .....	95
4. <i>La aportación de Blackstone</i> .....	99
<b>C. Robert-Joseph Pothier y el contrato de arrendamiento</b> .....	101
1. <i>El entorno</i> .....	101
2. <i>La obra</i> .....	103
3. <i>La crítica</i> .....	109
4. <i>La aportación de Pothier</i> .....	111
<b>D. Otto von Gierke y la tradición colectiva feudal</b> .....	113
1. <i>El entorno</i> .....	113
2. <i>La obra</i> .....	116
3. <i>La crítica</i> .....	120
4. <i>La aportación de Von Gierke</i> .....	125

## CAPÍTULO III

<b>EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS COMO ORIGEN DEL CONTRATO DE TRABAJO</b> .....	129
<b>A. El predominio actual de la teoría arrendaticia</b> .....	129
1. <i>Razones del éxito</i> .....	129

	<u>Página</u>
2. <i>El respaldo histórico-filosófico</i> .....	133
2.1. Los impulsos pragmáticos no siempre expresos .....	133
2.2. El dubitativo respaldo filosófico .....	137
3. <i>Subordinación y contrato de arrendamiento de servicios</i> .....	140
<b>B. Insuficiencias técnicas del arrendamiento de servicios</b> .....	<b>146</b>
1. <i>Los límites del éxito</i> .....	146
2. <i>Problemática de la subsunción</i> .....	149
2.1. La energía del trabajador como cosa .....	149
2.2. Irrealidad del lazarillo de Barassi .....	152
2.3. Rigidez del sinalagma locativo .....	154
2.4. El horizonte limitado de las codificaciones imperiales .....	156
<b>C. El arrendamiento romano en su «segunda vida» y el problema de la calificación tipológica</b> .....	<b>161</b>
1. <i>La unidad del arrendamiento romano</i> .....	162
2. <i>El giro copernicano</i> .....	164
<b>D. Una reconstrucción material del vínculo jurídico anterior al contrato de trabajo</b> .....	<b>167</b>
1. <i>Tipificación clásica o formal</i> .....	168
2. <i>Tipificación social o histórica</i> .....	170
3. <i>El núcleo esencial: el ámbito de dirección del empresario</i> .....	172

## 2ª PARTE

### LEYES DE TRABAJO Y CONTRATOS LABORALES EN LA HISTORIA

#### CAPÍTULO IV

<b>EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO SUBORDINADO EN ROMA</b> .....	<b>181</b>
<b>A. La diversidad de escenarios jurídicos</b> .....	<b>181</b>
<b>B. El mapa de la masificación laboral</b> .....	<b>191</b>
1. <i>El comercio y los auxiliares del comerciante</i> .....	191

	<u>Página</u>
2. <i>El transporte marítimo</i> .....	193
3. <i>El sector agrario</i> .....	196
4. <i>La minería</i> .....	197
5. <i>La milicia</i> .....	199
6. <i>Servicios públicos</i> .....	202
7. <i>Construcción</i> .....	204
<b>C. El trabajo subordinado en el ius civile</b> .....	<b>205</b>
1. <i>La stipulatio</i> .....	209
2. <i>El mandato</i> .....	211
3. <i>La pollicitatio</i> .....	211
<b>D. El trabajo subordinado en el Ius Gentium</b> .....	<b>214</b>
<b>E. El Derecho Romano Vulgar</b> .....	<b>216</b>
1. <i>El concepto amplio de Levy</i> .....	216
2. <i>La indefinición de los tipos contractuales</i> .....	219
3. <i>La locatio-conductio como resultado evolutivo del contrato salarial o misthosis: la teoría de Biscardi</i> .....	220
<b>F. Conclusiones</b> .....	<b>222</b>

## CAPÍTULO V

<b>LOS CONTRATOS DOMÉSTICOS, AGRÍCOLAS, DE APRENDIZAJE Y MINEROS</b> .....	<b>227</b>
<b>A. Contratos domésticos</b> .....	<b>227</b>
1. <i>El ámbito de la domesticidad</i> .....	227
2. <i>Contratos domésticos</i> .....	233
2.1. <i>Análisis de algunos contratos</i> .....	234
2.2. <i>Subtipos específicos</i> .....	238
2.2.1. <i>General</i> .....	238
2.2.2. <i>Nodrizas</i> .....	240
2.2.3. <i>Vigilantes</i> .....	246
2.3. <i>Caracterización general</i> .....	249
<b>B. Contratos agrícolas</b> .....	<b>252</b>
1. <i>Los pagani</i> .....	252

	<u>Página</u>
2. <i>Problemática contractual</i> .....	255
3. <i>La calificación contractual</i> .....	258
<b>C. Contratos de aprendizaje</b> .....	263
1. <i>Los elementos del tipo</i> .....	263
2. <i>Diferencias con otros tipos próximos</i> .....	270
2.1. <i>Contratos de enseñanza</i> .....	271
2.2. <i>Contratos de pupilage</i> .....	272
2.3. <i>Contratos de asignado</i> .....	273
<b>D. Contratos mineros</b> .....	274
1. <i>Memmius, el primero minero</i> .....	274
2. <i>Evolución jurídica del trabajo en las minas</i> .....	284
3. <i>La organización moderna de la mina. El caso de la Rio Tinto Mining Co</i> .....	288
4. <i>Reflexiones convergentes</i> .....	297

## CAPÍTULO VI

<b>LA EDAD MEDIA Y MOS ITALICUS</b> .....	305
<b>A. La sociedad feudal</b> .....	305
1. <i>Recapitulación de partida</i> .....	305
2. <i>Legislación laboral en la Alta Edad Media: los siglos oscuros VI-X</i> .....	307
3. <i>Los gremios y su impulso a la formación de clases sociales</i> .....	314
3.1. <i>El papel no tan secundario de los oficiales</i> .....	314
3.2. <i>La evolución antagónica de los gremios</i> .....	316
3.2.1. <i>El gremialismo jerárquico</i> .....	316
3.2.2. <i>Fases de la estructura gremial</i> .....	320
3.3. <i>La institucionalización de la bilateralidad dentro de los gremios</i> .....	327
3.3.1. <i>La justicia gremial</i> .....	327
3.3.2. <i>Las hermandades de obreros oficiales y el significado de lo colectivo en el contrato individual de trabajo</i> .....	333



	<u>Página</u>
3.3.3. Las cajas de enfermedad y pensiones de los obreros oficiales .....	341
3.3.4. Los servicios de empleo de las hermandades de obreros oficiales .....	345
<b>B. Ius Commune</b> .....	<b>346</b>
1. <i>La presión unificadora del «utrumque ius»</i> .....	346
2. <i>Divergencias: Espejo Sajón, Carta Magna, Siete Partidas</i> .....	351
2.1. El Espejo Sajón (1230) como modelo del Derecho Germánico .....	352
2.2. La Carta Magna (1215) como expresión del Derecho inglés .....	357
2.3. Las Siete Partidas (1260) y los contratos innominados « <i>facio ut des</i> » .....	359
3. <i>La Peste Negra y el inicio de la regulación estatal del trabajo subordinado</i> .....	362
<b>C. La consolidación de nuevos cauces laborales</b> .....	<b>372</b>
1. <i>El Ius proprium de las ciudades</i> .....	372
1.1. Fueros españoles .....	378
1.2. Estatutos de ciudades alemanas e italianas .....	385
2. <i>El ius proprium de los comerciantes</i> .....	389
2.1. Acción colectiva .....	396
2.2. Los ambientes mercantiles .....	398
2.2.1. Las rutas .....	398
2.2.2. Las ferias .....	399
2.2.3. Plazas comerciales .....	401
2.3. Legislación aplicable y jurisdicción competente .....	404

## CAPÍTULO VII

<b>CONTRATOS DE SERVICIO, COMERCIALES, Y DE OFICIOS NO AGREMIADOS</b> .....	<b>409</b>
<b>A. Contrato de servicio general</b> .....	<b>409</b>
1. <i>Determinación de contenidos</i> .....	409
2. <i>Servicio a soldada</i> .....	419

	<u>Página</u>
3. <i>Indentures de servicio</i> .....	423
<b>B. Contratos de auxiliares del comerciante</b> .....	428
1. <i>Precisiones sobre los contratos laborales en el ámbito mercantil</i> ....	428
2. <i>Análisis de algunos contratos</i> .....	437
3. <i>Deber de cuidado hacia los auxiliares y asistencia social</i> .....	450
<b>C. Contratos de artesanos no agremiados</b> .....	453
1. <i>Oficios agremiados y no agremiados</i> .....	453
2. <i>Contratos de obreros especialistas</i> .....	457
3. <i>Contratos de empleados</i> .....	471
<b>CAPÍTULO VIII</b>	
<b>LA EDAD MODERNA Y EL MOS GALLICUS</b> .....	483
<b>A. La definición territorial y política de Europa en la Edad Moderna</b> .....	483
<b>B. Causas y efectos de la evolución en el período</b> .....	491
1. <i>Indagación sobre el mainstream de la época</i> .....	492
2. <i>El impacto de las instituciones políticas y legislativas sobre el modelo contractual</i> .....	505
<b>C. La evolución de la normativa laboral en los países europeos</b> ....	508
1. <i>Colectivismo</i> .....	509
1.1. <i>Empresarial</i> .....	509
1.2. <i>Laboral</i> .....	513
2. <i>Absolutismo: Princeps legibus solutum est</i> .....	515
<b>D. La visión soberanista: Francia</b> .....	517
1. <i>Gremios</i> .....	517
2. <i>Reglamentos sobre disciplina de los obreros</i> .....	523
3. <i>El movimiento codificador: Code Savary y Ordenanza de la Marina</i> .....	525
4. <i>Mercantilismo y Manufacturas Reales</i> .....	529
<b>È. La visión comercial: Inglaterra</b> .....	530
1. <i>Leyes de Operarios y Aprendices: fijación judicial de salarios y compulsión a trabajar</i> .....	533

	<u>Página</u>
2. <i>Recursos ante los jueces de paz en determinados conflictos laborales</i> .....	534
2.1. Fijación judicial de salarios .....	534
2.2. Trabajos obligatorios .....	537
3. <i>Leyes de Pobres: subsidios a los necesitados, asilos y casas de trabajo</i> .....	538
3.1. Contenido de la Ley .....	539
3.2. Las prestaciones .....	540
<b>F. La visión ancestral: Imperio Germánico</b> .....	<b>545</b>
1. <i>La Liga Hanseática</i> .....	547
1.1. Contratación .....	549
1.2. Deber de obediencia .....	550
1.3. Sanciones .....	551
1.4. Compromisos defensivos .....	553
1.5. Protección en el infortunio .....	553
2. <i>Ordenanzas de domésticos y criados</i> .....	556
3. <i>Manufacturas Reales</i> .....	559
<b>G. La visión del honor: España</b> .....	<b>559</b>
1. <i>Novísima Recopilación de 1567</i> .....	564
1.1. Lacayos y otros criados .....	564
1.2. Oficiales, jornaleros y menestrales .....	566
1.3. Oficios concretos .....	567
2. <i>El Libro del Consulado del Mar</i> .....	568
2.1. Contratación .....	569
2.2. Deberes de obediencia .....	571
2.3. Retribución y despido .....	573
2.4. Protección de infortunios .....	574
<b>H. La visión circular: Italia</b> .....	<b>576</b>
1. <i>Dominaciones extranjeras</i> .....	576
2. <i>Legislación laboral</i> .....	579
2.1. Visión de conjunto .....	579
2.2. Las fuentes en los Estados republicanos .....	584
2.3. Las fuentes en los Estados monárquicos .....	585

CAPÍTULO IX

<b>CONTRATOS GREMIALES, A DOMICILIO, Y DE EMBARQUE</b> .....	589
<b>A. Contratos gremiales</b> .....	589
1. <i>Amplitud de la contratación laboral gremial</i> .....	589
2. <i>El contrato de aprendizaje gremial</i> .....	594
3. <i>El contrato de oficialía gremial</i> .....	607
3.1. Presupuestos objetivos y subjetivos .....	607
3.1.1. Objetivos .....	608
3.1.2. Requisitos subjetivos .....	610
3.2. Forma y contenido .....	611
3.2.1. Formalización .....	611
3.2.2. Contenido obligacional .....	615
4. <i>Los contratos de maestría gremial</i> .....	618
4.1. Presupuestos contractuales .....	619
4.2. Contratos laborales .....	626
<b>B. Contratos a domicilio o externalizados (<i>putting-out</i>)</b> .....	628
1. <i>Importancia histórica del trabajo a domicilio</i> .....	628
2. <i>Características contractuales</i> .....	630
2.1. Dos contratos distintos, diversidad de contratos vinculados .....	630
2.2. Evolución de la consideración jurídica del trabajo a domicilio .....	636
2.3. Transición hacia el contrato de trabajo industrial. De la subordinación a la disciplina (1) .....	639
<b>C. Contrato de embarque</b> .....	646
1. <i>Premisas</i> .....	646
2. <i>Mecánica contractual</i> .....	656
2.1. Contratación general .....	657
2.2. Contratación individualizada .....	662
3. <i>Aspectos obligacionales</i> .....	673
4. <i>El acento de lo colectivo</i> .....	678
4.1. Carencias organizativas .....	679

	<u>Página</u>
4.2. Negociación colectiva .....	679
4.3. Litigios y tribunales .....	681
4.4. La primera huelga general. El conflicto de la marina de guerra británica de 1797 .....	682
4.5. Desarrollo del asistencialismo .....	684
<b>CAPÍTULO X</b>	
<b>EL SIGLO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y EL MOS BRI- TANNICUS .....</b>	
<b>A. El siglo de la libertad contractual .....</b>	<b>687</b>
1. <i>Delimitación del período</i> .....	687
2. <i>«El cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí»</i> .....	691
3. <i>Alienación industrial y sinalagma típico. De la subordinación a la disciplina (2)</i> .....	702
<b>B. La vía libre al contractualismo .....</b>	<b>709</b>
1. <i>Francia: entre la domesticidad y el contrato de obra</i> .....	710
2. <i>Reino Unido: del status al contractus</i> .....	716
<b>C. La evolución difusa .....</b>	<b>726</b>
1. <i>Prusia</i> .....	728
1.1. <i>La Ordenanza para Domésticos de 1810</i> .....	728
1.2. <i>La Ordenanza Industrial de 1869: aparición del «contrato de trabajo»</i> .....	736
1.3. <i>El Código de Comercio de 1861</i> .....	736
2. <i>La legislación austríaca</i> .....	740
3. <i>Excursus suizo: el contrato de servicios</i> .....	743
4. <i>La legislación española</i> .....	745
4.1. <i>El Proyecto de Código Civil de 1821</i> .....	745
4.2. <i>El Código de Comercio de 1829</i> .....	747
4.3. <i>El Proyecto de Ley sobre Industria Manufacturera de 1855</i> .....	749
4.4. <i>La Orden de 1902 sobre contrato de trabajo de los do- mésticos</i> .....	750

4.5. La doctrina del nuevo Tribunal Supremo .....	751
5. <i>La legislación italiana</i> .....	755

CAPÍTULO XI

<b>CONTRATOS DE GRUPO, DEL SECTOR PÚBLICO, DE MERCENARIOS, PERSONALÍSIMOS Y DE INDUSTRIA</b> .....	759
--	-----

<b>A. Contratos de grupo</b> .....	759
1. <i>Cuestiones tipológicas y de calificación</i> .....	759
2. <i>Casos concretos</i> .....	764
2.1. Concierto en mancomún de cogedores de aceituna de Andrés Hernández y otros, 1579 .....	764
2.2. Contrato en mancomún de obligación de siega de Alonso Laso y otros, 1590 .....	766
2.3. Acuerdo de aparcería simulada de Cooper Hughs Freedman y otros, 1867 .....	770
2.4. «Obligazion de atorear» de Pepe Hillo y su cuadrilla, 1777 .....	774
2.5. Obligación de torear de Francisco Herrera Guillén, 1803 .....	778
<b>B. Contratos del sector público</b> .....	781
1. <i>Peculiaridades</i> .....	781
2. <i>Casos específicos</i> .....	781
2.1. Contrato de servicio postal de Alois Schwab, 1852 .....	781
2.2. Contratos de cigarrerías de la Real Fábrica de Tabacos, 1812-1826 .....	783
2.3. Contratos de maestros fundidores de la Real Fábrica de Armas de Trubia, 1852 y 1856 .....	788
<b>C. Contrato de mercenario</b> .....	794
1. <i>Delimitación del mercenario</i> .....	794
2. <i>Presupuestos del contrato mercenario</i> .....	797
2.1. La <i>condotta</i> o encomienda principal .....	797
2.2. Las subrogaciones del servicio .....	801
3. <i>Evolución del contrato de reclutamiento privado</i> .....	802

	<u>Página</u>
3.1. Las fases .....	802
3.2. Los casos .....	805
3.2.1. Compañías de condotta en Italia .....	805
3.2.2. Compañías de piqueros suizos .....	806
3.2.3. Regimientos hessianos y otros alemanes .....	807
3.2.4. Regimientos de las Compañías mercantiles europeas en Asia .....	810
4. <i>El proceso de reclutamiento</i> .....	812
5. <i>Las condiciones de empleo. ¿Bellum se ipsum allet?</i> .....	813
<b>D. Contratos laborales personalísimos</b> .....	<b>815</b>
1. <i>Precisiones</i> .....	815
2. <i>Casos</i> .....	816
2.1. Contrato teatral de la soprano ligera Josefina Huguet, 1893 .....	817
2.2. Contrato teatral del tenor Emilio de Marchi, 1892 .....	821
3. <i>Negociaciones precontractuales</i> .....	828
3.1. Negociaciones con la mezzosoprano María Giudici, 1892-93 .....	828
3.2. Negociaciones con la soprano Hélena Theodorini, 1888 .....	832
<b>E. Contratos de industria</b> .....	<b>833</b>
1. <i>Peculiaridades</i> .....	833
2. <i>Casos concretos</i> .....	836
2.1. Contrata y obligación como albañil de fábrica de James Goody, 1834 .....	837
2.2. Contrata y obligación como albañil de fábrica de Jan Foret, 1840 .....	840
2.3. Convalidación del contrato de fábrica de Thomas Pool, 1839 .....	842
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>845</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>849</b>