

contra el propietario, á reserva de que éste ponga en causa al arquitecto ó al empresario; (1) puede también promover contra el autor del hecho perjudicial. Ambas acciones difieren, como lo hemos dicho al tratar de la responsabilidad. Hay una diferencia en la que tenemos que insistir. Naciendo la acción por daños y perjuicios de un hecho perjudicial prescribe por treinta años. El vecino perjudicado por un vicio de construcción tiene, pues, treinta años para promover contra el propietario de la casa ó contra el arquitecto, aunque el vicio de construcción sólo se revelase después de los diez años durante los cuales el arquitecto es responsable para con el propietario. Síguese de esto que la responsabilidad del art. 1382 pesa en el arquitecto cuando ya no es responsable en virtud de los arts. 1792 y 2270. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Es que la responsabilidad del art. 1382 es de interés general, tiene por objeto asegurar á las personas y las cosas contra la imprudencia ó la negligencia del arquitecto; hay también un interés general en juego en el caso de los arts. 1792 y 2270, pero se liga á una convención; el propietario escoge al arquitecto que quiere emplear y puede hacer las especulaciones que juzgue convenientes para resguardar sus intereses; mientras que vecinos son extraños al convenio que interviene entre el arquitecto y aquel que lo emplea; la ley tuvo que cuidar sus intereses que se confunden con el interés público. (2)

64. Difiriendo la duración de la garantía según que la acción nace del art. 1382 ó de los arts. 1792 y 2270, importa saber cuándo el arquitecto es responsable como autor de un hecho perjudicial. Se citan como ejemplo los casos en que el arquitecto contraviene á las leyes y reglamentos sobre construcciones; construye fuera del alineamiento ó

1 Metz, 30 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 5, 294).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 534, y nota 32, pfo. 374. En sentido contrario, Duvergier, t. II, p. 417, núm. 363, y Troplong, núm. 1014.

más allá de la altura reglamentaria; el propietario está obligado á demoler su construcción; el arquitecto es responsable en virtud del art. 1382; no se trata de un vicio de construcción ni de una mala hechura; luego los artículos 1792 y 2270 están fuera de causa. (1) Los tribunales confunden amenudo la responsabilidad convencional ligando al art. 1792 el principio de la responsabilidad que pesa en el arquitecto cuando no observa las leyes acerca de la vecindad y vías de comunicaciones; (2) el error es seguro.

El arquitecto da á los cimientos un espesor menor del que debiera haberles dado según el convenio: ¿Es esto un cuasidelito ó una culpa convencional? Es seguro que en este caso hay mala fe, pero la mala fe resulta de la inejecución de la obligación contraída por el arquitecto; es un vicio de construcción; la mala fe agrava la culpa del constructor, pero esta culpa no cambia de naturaleza, permanece convencional; síguese de esto que la garantía no dura más que diez años. (3)

§ VII.—DEL ART. 1793.

65. Un arquitecto ó un empresario se encargan de una construcción á prefijo. Durante el curso de los trabajos el precio de la mano de obra ó de los materiales aumenta. ¿Podrá, por este punto, pedir un aumento del precio estipulado en el trato? La negativa es segura y está consagrada por el art. 1793. Esto es la aplicación del principio de la irrevocabilidad de las convenciones: substituyen á la ley, para las que las hicieron. Ninguna de las partes puede modificar el contrato; el propietario no tendría el derecho de

1 Duvergier, t. II, p. 417, núm. 362. Aubry y Rau, t. IV, ps. 533 y siguientes, pfo. 374.

2 Burdeos, 21 de Abril de 1864 (Daloz, 1865, 2, 39).

3 Compárese Caen, 1.º de Abril de 1848 (Daloz, 1848, 2, 176, y la nota del sentencista).

reclamar una disminución del precio si la mano de obra ó los materiales llegasen á disminuir de valor; ¿con qué derecho reclamaría el arquitecto un aumento del prefijo cuando los materiales llegan á subir de valor? Esto es una suerte que ambas partes corren cuando han tratado á prefijo; deben sufrir la ley que se han impuesto.

66. No es este el objeto del art. 1793; la aplicación del art. 1134 es tan evidente, que es inútil formularla. Este artículo contiene también una segunda disposición: «El arquitecto no puede pedir un aumento de precio bajo el pretexto de cambios ó aumentos hechos á los planos, si estos cambios ó aumentos no han sido autorizados por escrito y precio convenido por el propietario.» Traer cambios al plano ó aumentar las construcciones es también modificar la convención, y el arquitecto no tiene derecho, puesto que el contrato no puede ser modificado más que por el consentimiento mutuo de las partes contratantes. Si el arquitecto hiciera cambios ó aumentos por su sola voluntad no sólo no podría reclamar, por este punto, un aumento del precio sino que estaría obligado á los daños y perjuicios si resultare un daño para el propietario. Esto es una aplicación evidente del principio de la irrevocabilidad de las convenciones. Pero, según el derecho común, las partes pueden, por su consentimiento mutuo, revocar sus convenciones ó modificarlas. Aquí es donde la ley deroga los principios generales, disponiendo que los cambios ó aumentos hechos por el arquitecto deben ser autorizados por escrito y su precio convenido con el propietario para que pueda pedir un aumento del precio. ¿Por qué es necesario una autorización *por escrito*, porque el precio debe especialmente estar convenido?

El Relator y el Orador del Tribunado han expuesto los motivos de esta innovación, hecha necesaria por una especie de fraude que cometen los arquitectos en perjuicio de los pro-

pietarios. Puede suceder que el arquitecto tenga que hacer trabajos no previstos por el contrato; la naturaleza del suelo, por ejemplo, lo obliga á fortificar los cimientos; estando el precio convenido á prefijo, el arquitecto no podrá reclamar, por este punto, un aumento de precio; para escapar de la ley del contrato, propone al propietario cambios en el plano, lo que anula el prefijo y permite al arquitecto reclamar un precio proporcional á los trabajos que ejecuta. Si el propietario tiene la imprudencia de consentir estos cambios perderá el beneficio del prefijo. Lo mismo sucedería si se dejara arrastrar por el arquitecto á hacer cambios que aumentan la utilidad ó el gusto de la construcción; perderá también las ventajas del prefijo; el precio habrá sido calculado según las necesidades y fortuna del propietario; y á consecuencia de los cambios, se encontrará comprometido en gastos que no tienen ya límites estando el arquitecto interesado en extender siempre los trabajos. Así es como sucede que el precio que el propietario se proponía gastar es mucho menor que el valor de las construcciones. La ley quiere garantizar á los propietarios contra los consejos interesados de los arquitectos. Para que el arquitecto pueda reclamar un aumento del precio por razón de los cambios que hace al plano, el art. 1793 exige dos condiciones. Primero es necesario que los cambios estén autorizados por escrito para que el consentimiento del propietario sea seguro y que se dé cuenta exacta de las modificaciones que el prefijo va á sufrir. Además el precio de los nuevos trabajos debe estar especialmente convenido para que el propietario sepa cuál es el monto del gasto que estos cambios le ocasionan. (1)

67. El objeto que el legislador tuvo en vista explica la naturaleza de las condiciones que exige y determina su sen-

1 Jaubert, Discurso núm. 12 (Loché, t. VII, p. 213). Mouricault, Informe núm. 19 (Loché t. VII, p. 207).

tido. Es necesario que los cambios estén autorizados por escrito. ¿Es esto una derogación del art. 1241, es decir, es una simple cuestión de prueba? Nó; es una medida de desconfianza contra el arquitecto y una garantía para el propietario. De esto se sigue que el escrito es la condición sin la que el arquitecto no tendrá ninguna acción contra el propietario. A falta de escrito el prefijo subsiste y, por consiguiente, el arquitecto sólo puede reclamar el pacto estipulado. Se alegraría en vano un principio de prueba por escrito para probar por testigos que el propietario consintió en los cambios. Ni siquiera se le admitiría á prevalecerse de la confesión del propietario en este sentido: que no podría hacerle absolver posiciones ni deferirle el juramento: no hay cambio sin escrito. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Douai en este sentido, pero está bastante mal motivada. (2) El primer juez había ordenado el interrogatorio al propietario con el fin de establecer si realmente había habido convención autorizando los cambios hechos por el arquitecto. En apelación la Corte reformó la sentencia por motivo de que el art. 1793 establecía una presunción *juris et de jure* en provecho del propietario, y que, según el art. 1352, ninguna prueba se admite contra la presunción de la ley. El art. 1793 no establece una presunción, niega cualquiera acción al arquitecto cuando el cambio no ha sido autorizado por escrito. Admitiendo que exista la presunción, no es exacto decir que ninguna prueba se admite contra la presunción de la ley, pues el art. 1352 admite la confesión y el juramento; la distinción que la Corte establece entre la confesión puramente voluntaria y la confesión obtenida por un interrogatorio no tiene ninguna base legal, es contraria al texto y al espíritu de la ley. La Corte no necesitaba invocar una pretendida presunción de la ley,

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 364, núm. 246 bis IV, y todos los autores.

2 Douai, 16 de Agosto de 1826 (Daloz, *Arrendamiento de obra*, núm. 105).

y bastaba para decidir la contestación fundarse en el texto del art. 1793 tal como lo interpretaron los oradores del Tribunal. Esto prueba la gran importancia que tienen los motivos para la interpretación del Código; este es el verdadero espíritu de la ley que tuvo para decidir las dificultades que presenta.

La Corte de Casación ha decidido que el cambio era suficientemente autorizado en un caso en que no había habido escrito especial aprobando los cambios que el arquitecto había hecho á los planos. Se trataba del establecimiento de una máquina para imprimir; el empresario había substituído al mecanismo convenido un mecanismo enteramente distinto. Pero el propietario había anotado con su puño y letra los nuevos planos hechos por el constructor y había vigilado la confección de la máquina. La Corte concluye de esto que el propietario no pudo ignorar los cambios que habían sido hechos al primitivo plano. Así motivada, la decisión de la Corte estaría en oposición con el texto y con el espíritu de la ley en su art. 1793. La ley no se conforma con el conocimiento que pueda tener el propietario de los cambios, ni siquiera se conforma con la aprobación de éste; quiere una autorización dada por escrito, sólo que como no prescribe ninguna forma especial, y mucho menos términos sacramentales, la Corte pudo haber visto en la anotación del nuevo plano por el propietario un consentimiento por escrito. (1)

68. El art. 1793 agrega que el precio debe estar convenido con el propietario. Se pregunta si esta convención debe constar por escrito. Según el texto de la ley, es necesario contestar negativamente, y tal es también la opinión generalmente seguida. (2) Se trata de una disposición excepcio-

1 Denegada, 16 de Agosto de 1826 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento de obra*, núm. 106, 1.º)

2 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. IV, p. 535, nota 37, pfo. 374. Agréguese Denegada, 13 de Agosto de 1860 (Daloz, 1861, 1, 105).

nal; hay, pues, que quedar en los términos de la ley. Si nada puede quitarse de ella, tampoco está permitido agregarle nada; y exigir que el precio esté fijado por escrito es agregar á la ley una condición que ésta no establece. Se ha objetado el espíritu de la ley. ¿Qué quiere el legislador? Que el propietario se dé una exacta cuenta no sólo de las modificaciones que el empresario quisiera traer á los planos, sino también de los gastos que de ellos resultaran. Es sobre todo este último punto el que interesa al propietario, y es para que no esté inducido á gastos que sobrepasan sus previsiones, por lo que la ley quiere una autorización por escrito. El objeto de la ley no se alcanzaría si el precio fuera convenido verbalmente. Esto es verdad; los autores del Código hubieran podido exigir una convención escrita; pero no lo hicieron, y el intérprete no puede llenar un vacío en una materia excepcional. Se ha dado otro motivo muy especioso. El cambio debe estar autorizado por escrito; hay, pues, una acta en que consta una nueva convención; y no está permitido probar por testigos además del contenido en las actas (art. 1341); luego, dicen, la necesidad del escrito resulta de los principios generales. (1) Nos parece que esto es hacer una falsa aplicación de la regla: *Letras valen más que testigos*. El art. 1793 exige dos convenciones: una que autoriza los cambios, ésta debe ser escrita, y otra fijando el precio de los trabajos. Aquí la ley se conforma con el consentimiento, sin exigir escritura, y esta convención permanece, pues, bajo el imperio del derecho común; no se puede decir que la prueba de esta segunda condición conduce á probar además del acta, pues la convención no tiene que constar en ésta.

69. Si los cambios no han sido autorizados, y si no hay convención relativa al precio, los trabajos que haga el arquitecto quedarán á su cargo. La consecuencia es grave.

1 Colmet de Santerre, t. VII, p. 363, núm. 246 bis II.

Fué sentenciado que el empresario no tenía ninguna acción por trabajos cuyos gastos llegaban á 669,910 francos. (1) Cosa singular; fueron los jueces del hecho, unos árbitros, los que mostraron tanta severidad; la Corte de Casación anuló la sentencia de la Corte de París que había confirmado la sentencia de arbitraje. Se trataba de la construcción de un canal; el ingeniero de la compañía era quien había ordenado los trabajos, los empresarios sólo los habían aceptado. La Corte concluyó de esto que el art. 1793 era inaplicable. (2) Es verdad que si se atiende uno á los motivos desarrollados por los oradores del Tribunado, hay que apartar el artículo 1793, puesto que es una garantía contra el arquitecto que propone trabajos fuera del presupuesto; el propietario no puede quejarse de haber sido sorprendido cuando él es quien provoca los cambios. ¿Pero los discursos oficiales que exponen los motivos del Código pueden prevalecer sobre los términos generales de la ley? Esto es dudoso; sin embargo, en el caso, creemos que la Corte de Casación sentenció bien. Cuando el propietario propone los cambios no puede haber pena contra el arquitecto; el art. 1793 no tiene ya razón de ser.

La Corte de Lieja ha aplicado el art. 1793 con una severidad que puede parecer excesiva y que no obstante era muy justa. En el caso el arquitecto había tenido que hacer trabajos no previstos en el presupuesto; sin estos aumentos la ejecución del plano hubiera sido imposible. No obstante, la Corte decidió que había que atenerse al prefijo. Tocaba al arquitecto avisar al propietario y pedir una autorización por escrito.

70. La ley tiene una severidad quizá excesiva. Razón más para permanecer en los límites precisados por el artículo 1793. La ley supone que el arquitecto ó el empresario se

1 Casación, 28 de Enero de 1846 [Daloz, 1846, 1, 245].

2 Lieja, 22 de Julio de 1843 [Pasiorisia, 1844, 2, 218].

han encargado de la construcción de un edificio á prefijo. ¿Puede aplicarse á otra construcción? La afirmativa está enseñada, (1) y fué sentenciada por la Corte de Casación. (2) Esto nos parece muy dudoso. Se dice que hay el mismo motivo para decidir; la analogía no basta, aunque fuera completa, para extender una disposición tan anómala como la del art. 1793, que niega toda fuerza á una convención, aun cuando fuera legalmente probada. Pero no es verdad decir que la ley por su espíritu abarca toda clase de construcciones. Es una disposición que los inconvenientes prácticos del derecho antiguo han provocado; y estos inconvenientes sólo se habrán señalado en la construcción de edificios; cuando se trata de un canal, de un ferrocarril, no hay que temer que el propietario se deje influenciar por los consejos interesados del arquitecto; más bien es el empresario quien se halla bajo la dependencia de la Compañía. Como quiera que sea, hay que atenerse rigurosamente á la interpretación literal de la ley.

71. El art. 1793 agrega que la construcción debe ser á *prefijo*, según un plan fijado y convenido con el propietario del suelo. Acerca de la condición del *prefijo* no hay ninguna duda. (3) El texto lo exige terminantemente, y ni siquiera se concibe la aplicación de la ley cuando el precio no fué estipulado á *prefijo*, puesto que en este caso el precio es necesariamente variable y depende de los trabajos ejecutados por el empresario. El propietario que trata á *prefijo* quiere ponerse al abrigo de toda sorpresa, no se puede quejar cuando estipula un precio invariable. ¿Cuándo hay *prefijo*? La Corte de Casación ha decidido que esto es una cuestión de hecho. (4) Sin duda, puesto que se trata de la in-

1 Marcadé, t. VII, p. 541, núm. II del art. 1793, seguido por Aubry y Rau

2 Casación, 28 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 245).

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 535, nota 39, pfo. 374 y todos los autores.

4 Denegada, 20 de Mayo de 1824 [Daloz, en la palabra *Arrendamiento de obra*, núm. 109].

terpretación de una convención. Pero resulta de esto que los jueces del hecho pueden escapar á la aplicación de la ley decidiendo que no hay *prefijo*. La dificultad se hace muy seria cuando no hay plano regular y completo de las obras, aunque el precio esté convenido de antemano para todos los trabajos que deban ejecutarse. ¿El art. 1793 será aplicable? Si sólo exigiera el *prefijo*, la afirmativa fuera segura; pero exige más, quiere que haya un plan fijado y convenido con el propietario. Si no hay ningún plano, se entiende que la ley no puede recibir su aplicación, no puede tratarse de autorizar por escrito un cambio ó un aumento en un plano que no existe. En este caso el propietario es quien tiene la culpa; en lugar de ligar al arquitecto por un plano, se conforma con darle instrucciones vagas é indeterminadas que dejan necesariamente cierta latitud al hombre del arte; éste obedece á sus inspiraciones ó á su interés; un cambio trae otro cambio; y así sucede que el propietario se encuentra arrastrado á gastos excesivos. (1)

La Corte de Casación ha aplicado estos principios á un trato á *prefijo* hecho para el establecimiento de un ferrocarril y sus dependencias. Cuando el trato los planos y trazados de los trabajos no habían sido fijados entre las partes. La Corte concluyó que el precio debido al empresario puede en este caso arreglarse á una suma superior á la que había sido fijada en el tratado. Había en la especie un precio, pero no había planos convenidos. La Corte de Casación no decide, en derecho, que no había *prefijo*, dice que la sentencia atacada estaba fundada en la interpretación de las convenciones y voluntad de las partes. (2)

Hay una sentencia reciente en sentido contrario. La convención litigiosa tenía igualmente por objeto trabajos de fe-

1 Durantón, t. XVII, p. 250, núm. 256 y todos los autores. Denegada, 6 de Junio de 1827 (Daloz, en la palabra *Arrendamiento de obra*, núm. 106).

2 Denegada, 13 de Agosto de 1860 (Daloz, 1861, 1, 105).

rocarril. La sentencia de la Corte de París decidió, *en derecho*, que la validez de los contratos que contenían una estipulación de prefijo no está sometida á más condiciones que las de los demás contratos. Si en el art. 1793 el legislador ha hablado de planos convenidos no entendía hacer de la producción de estos planos una formalidad substancial que no podía reemplazarse por ningún equivalente; había querido simplemente enunciar el modo más propio para determinar con precisión el objeto y extensión de las convenciones de prefijo. En efecto, dice la Corte, los planos y presupuestos fueron sometidos al empresario; aquéllos podían además probar por sí y por el examen del local la naturaleza del suelo sometido á sus trabajos y la gravedad de los obstáculos que tendrían que vencer. Aquí detenemos á la Corte; la consideración que quiere hacer valer está tomada fuera de la ley; si se pudiera invocarla el art. 1793 jamás sería aplicable. La ley no se contenta con el conocimiento que los empresarios puedan obtener, quiere una convención, un plano fijado y convenido con el propietario del suelo. La sentencia dice que nada se había ocultado voluntariamente á los empresarios. Preguntamos si este hecho negativo puede reemplazar á un *plano convenido y fijado*. En fin, la Corte invoca contra los empresarios los términos del contrato; allí se declara que las obligaciones que subscriben fueron tomadas con conocimiento de causa. Nos parece que el recurso tenía razón de decir que de los hechos así probados se debía concluir que no había planos fijados y convenidos. La Sala de Requisiciones ha juzgado que la sentencia atacada había hecho una justa aplicación del art. 1793. (1) Esto es desconocer que dicha disposición es excepcional y que las excepciones que derogan un principio esencial de los contratos son de la más estricta interpretación.

72. Se ve que los tribunales se atienen ya al texto ó ya

1 Denegada, 4 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 246).

se separan de él, sin duda según el favor de la causa. El ánimo de la jurisprudencia es el de moderar el rigor' de la ley. En la ejecución de tratos á prefijo para el establecimiento de un ferrocarril amenudo se hacen trabajos que no han podido preverse cuando el tratado; tales son los trabajos reclamados por los propietarios de fracciones expropiadas. La Corte de Lieja ha juzgado que estos trabajos no podían ser considerados como aumentos en el sentido del art. 1793. Resulta de la naturaleza misma del contrato, dice la sentencia, que el prefijo no ha podido contener sino trabajos previstos y descriptos en el momento del contrato, así como las modificaciones de detalle que podían necesitarse en la ejecución. Pasa de distinto modo en los trabajos que resultan, ya de las modificaciones que se encuentran fuera de toda previsión, ya de las exigencias de los propietarios de terrenos adquiridos y en interés de la explotación de tierras en que se habían reservado alguna fracción. Semejantes trabajos no pueden ser considerados como formando parte de la empresa, de donde se sigue que el empresario tiene el derecho de reclamar el precio. (1) Si no se consulta más que el espíritu de la ley esto no es dudoso, pero el texto no hace semejantes distinciones cuando se admite que el art. 1793 recibe su aplicación á cualquiera especie de trabajos. Nos parece que es una razón decisiva para atenerse estrictamente á la mente de la ley que no habla más que de construcciones á prefijo de un edificio (número 70).

73. La Corte de Bruselas va más lejos. Se habían hecho unos trabajos en la Iglesia de Laeken fuera de lo tratado y apesar de la prohibición terminante del arquitecto. El empresario reclamó el precio por motivo de que las obras eran útiles y aun necesarias; invoca el adagio de que nadie puede enriquecerse á expensas de otro y pedía, en conse-

1 Lieja, 16 de Abril de 1859 (Pasiorisia, 1860, 2, 146).