

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 [Dallog, 1846, 1, 245].

2 Lieja, 22 de Julio de 1843 [Pasierisia, 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 (Dalloz, 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 [Dalloz, 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 un 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 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento de obra*, núm. 106).

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

roccarril. 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 (Pasierisia, 1860, 2, 146).

cuencia, que el Estado le reembolsase sus gastos hasta concurrencia en la utilidad y del provecho que sacaba. La Corte admitió el principio en fe de los autores, los más respetables, que enseñaban que el patrón está obligado, aun cuando la cosa hubiera sido admitida contra su voluntad, á indemnizar al gerente cuando le aprovechaba la gestión. Esto es lo que se llama acción *de in rem verso*. (1) La Corte olvida que esta acción supone que no ha intervenido ningún contrato entre las partes. Y en la especie no podía ser cuestión de una gestión de negocios, se trataba de la ejecución de un contrato de empresa y de la aplicación del artículo 1793. La ley niega toda acción al empresario, aun cuando hubiera sido autorizado por el propietario á hacer trabajos, si la autorización no había sido dada por escrito. Y la Corte admite la acción cuando había prohibición terminante del arquitecto de ejecutar los trabajos. Esto es borrar el art. 1793 del Código y hacer una falsa aplicación de la acción *de in rem verso*.

74. ¿Pueden las partes contratantes derogar la disposición del art. 1793? La afirmativa no nos parece dudosa. Si la ley hace excepción á los principios que rigen la fuerza obligatoria de las convenciones, es únicamente en interés del propietario; éste puede renunciar un derecho que no está establecido más que en su favor. Con mayor razón el empresario puede comprometerse por el contrato á prefijo á todos los trabajos por hacer y todas las adquisiciones de terreno necesarias á su empresa, con estipulación expresa de que sólo soportará el excedente de los gastos. ¿Puede reclamar un aumento de precio por los gastos imprevistos de la naturaleza de los trabajos ó que resulten de acontecimientos de fuerza mayor? La Corte de Casación ha juzgado que no tenía ninguna acción; según la jurisprudencia que acabamos de exponer, el empresario habría podido pedir un au-

1 Bru *Las*, 3 de Diciembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 332).

mento de precio, pero la convención, lejos de derogar el art. 1793, había aumentado su rigor; era en realidad aleatoria, el empresario debía sufrir la mala suerte, á la que se había sometido. (1)

Las convenciones de las partes pueden también derogar el art. 1793 en favor del arquitecto. Dice en el contrato que el propietario se reserva el derecho de hacer en el curso de los trabajos los cambios, aumentos y disminuciones que estime convenientes, mediante un precio fijado por analogía con el precio del mercado. En este caso el propietario consiente de antemano á lo que el empresario reclama un aumento de precio en los trabajos suplementarios que serán hechos con su consentimiento. Queda por probar su consentimiento. La prueba se hará conforme al derecho común, luego por testigos ó por presunciones si hay un principio de prueba por escrito. De hecho se ha juzgado que los jueces han podido tomar este consentimiento de prueba en la reserva contenida en el contrato y en el recibo en que consta el pago de los diversos trabajos suplementarios, para los que era necesaria la autorización. En cuanto á las presunciones dependen de las circunstancias de la causa; en la especie el propietario había mandado hacer, vigilado y pagado los trabajos; su arquitecto los había igualmente vigilado, había arreglado las memorias y recibido una retribución proporcional sobre la totalidad de las obras ejecutadas. La Corte de Casación desechó el recurso contra la sentencia de la Corte de Rennes que había juzgado en este sentido. Pone en principio que el art. 1793 no es rigurosamente aplicable más que á las convenciones que reúnen todos los caracteres de prefijo puro y simple; no se entendería así en el caso en que las partes, estipulando el prefijo, añadieran cláusulas y condiciones que lo modificaran. (2) Este prin-

1 Casación, 28 de Enero de 1846 (*Dalloz*, 1846, 1, 245).

2 Denegada, 6 de Marzo de 1860 (*Dalloz*, 1860, 1, 266).

cipio está fundado en el carácter excepcional del art. 1793; desde que no se está en los términos de la excepción se entra en el derecho común.

Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en el mismo sentido. El empresario había sido colocado bajo la vigilancia y dirección de una comisión investida de los poderes más extensos; estaba obligado por su contrato á ejecutar todos los cambios que la comisión juzgara convenientes, conforme á un precio determinado de antemano por la convención. Quedaba por saber si los cambios debían ser probados por escrito; la sentencia atacada había decidido la negativa fundándose en la intención de las partes contratantes, lo que hacía la decisión soberana. (1) La Corte de Lieja ha dado otra interpretación á la cláusula que prevee los cambios; ha juzgado que éstos debían, aunque previstos, ser autorizados por escrito. (2) Esto demuestra que la cuestión de hecho implica una cuestión de derecho, y el punto de derecho no es dudoso, como acabamos de decirlo; la cláusula que prevee los cambios coloca la convención fuera del art. 1793 y por sólo esto está sometida al derecho común.

75. Se presenta una última dificultad que recibe la misma solución por aplicación del mismo principio. El artículo 1793 supone que se trata de un prefiijo convenido entre el propietario y el empresario. ¿Qué se debe decidir si el empresario principal trata con los subempresarios? Estos tratados no están previstos por el texto de la ley, lo que, en nuestro concepto, decide la cuestión. Se cita en este sentido una sentencia de la Corte de Casación, (3) pero los términos de la sentencia son restrictivos. En la especie los subtratados habían sido hechos verbalmente entre el empres-

1 Denegada, 25 de Junio 1852 (Pasirisia, 1852, 1, 410). En el mismo sentido Gante, 13 de Julio de 1855 (Pasirisia, 1856, 2, 101).

2 Lieja, 8 de Mayo de 1841 (Pasirisia, 1841, 2, 278).

3 Aubry y Rau, t. IV, p. 536, nota 41, pfo. 374.

rio principal y los albañiles, carpinteros y demás obreros encargados de ejecutar cierta parte del trabajo; se había conformado con comunicarles el plan firmado entre el empresario principal y el propietario. La Corte insiste en estas circunstancias que se trata no de una derogación verbal á una convención redactada por escrito, caso previsto por el art. 1793, sino de una segunda convención verbal que se venía á añadir á una convención de la misma naturaleza y susceptible de probarse del mismo modo. (1) ¿Es preciso deducir de estos términos restrictivos que si el empresario había tratado por escrito los subtratados estarían sometidos al art. 1793? En nuestra opinión el art. 1793 cesa de ser aplicable desde que el propietario no figura en la convención: el texto lo dice; esto es decisivo cuando se trata de una disposición exorbitante del derecho común. Y el texto está en armonía con el espíritu de la ley; quiere proteger á los propietarios ignorantes y crédulos; no recibe, pues, su aplicación con los empresarios que tratan con los subempresarios.

§ VIII.—DEL ART. 1798.

76. «Los albañiles, carpinteros y demás obreros que han sido empleados en la construcción de un edificio ó de otras obras hechas por la empresa no tienen acción contra aquel para quien se hicieron las obras sino hasta concurrencia de las de que es deudor hacia el empresario en el momento en que se intenta su acción» (art. 1798). ¿Cuál es el objeto de esta disposición? ¿Es una aplicación del art. 1166? El artículo 1166 permite á los acreedores ejercer todos los derechos de su deudor; en virtud de esta disposición los obreros empleados por el empresario pueden promover contra el propietario si éste es deudor de su deudor; esto es el dere-

1 Denegada, 3 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 228).

cho común. Pero según el art. 1166 los obreros que ejercieran los derechos del empresario contra el propietario no tendrían un derecho exclusivo de crédito, deberían dividir el beneficio con los demás acreedores de su deudor. Se pregunta si el art. 1798 deroga este principio. Es la opinión general, salvo el disenso de Delvincourt. El texto deja alguna duda, no dice que los obreros tienen un derecho exclusivo al producto de su acción; se podría concluir que la ley no deroga la regla general del art. 1166; queda, por lo mismo, aplicable. Pero comprendido así el artículo 1798 sería inútil. ¿A qué repetir en el art. 1798 lo que dice el 1166? Hay más, la disposición no tiene sentido si no es más que la aplicación pura y simple del art. 1166; restringiría la regla general de este artículo limitándolo á los obreros, lo que excluiría á los que no lo son. De que la ley no habla de los obreros es preciso deducir que quiere favorecer el trabajo asegurando á los trabajadores el pago que se les debe. Sucede muy amenudo que el empresario quiebra; si los obreros permanecieran en el derecho común serían acreedores de la quiebra; es decir, que no recibirían el pago de su salario, puesto que entrarían á contribución en masa con los demás acreedores del empresario. Este resultado sería injusto en lo que concierne al crédito del empresario contra el propietario; es el trabajo de los obreros el que ha procurado este crédito, es en gracia de su trabajo como este crédito se encuentra en la masa; desde luego es justo que tengan sobre el crédito un derecho exclusivo. (1)

77. El art. 1798 deroga el derecho común; es, pues, de estricta interpretación. La Corte de Casación ha consagrado este principio: «Promulgado para proteger el trabajo, el artículo 1798 no es aplicable más que á los obreros que reclaman

1 Durantón, t. XVII, p. 257, núm. 262. Duvergier, t. II, p. 427, núm. 381. Colmet de Santerre, t. VII, p. 368, núm. 251 bis. Douai, 30 de Marzo de 1833 (Dalloz, en la palabra *Arrendamiento de obra*, núm. 117, 1.º)

el precio de la mano de obra.» (1) En otra sentencia la Corte motiva el principio que domina la materia: «Al permitir á los obreros promover contra el propietario, con el que no han contratado, sin dirigirse al empresario que los empleó, es su deudor personal y directo, este artículo ha consagrado una excepción que, como tal, debe ser concretada á su objeto preciso.» De esto se sigue que el derecho que la ley crea en razón de su carácter excepcional no debe ser ejercido sino por aquellos en cuyo favor se estableció. Y resulta de los términos mismos del art. 1798 que el legislador tuvo presente á los obreros propiamente dichos, á los que en un pensamiento de protección y en un interés de justicia y humanidad se propuso garantizarles su salario. La Corte concluyó que la acción instituida por el art. 1798 está establecida en favor del trabajo. (2)

El principio no podrá ser contestado, puesto que está consagrado por el texto mismo del Código. Sirve para decidir las dificultades que se presentan en la aplicación de la ley. El trabajo es un trabajo manual, es la condición esencial bajo la que la acción del art. 1798 puede ejercerse: pertenece á todo obrero, pero sólo al obrero. Decimos que todo obrero puede prevalecerse del derecho excepcional del art. 1798. La disposición favorece á los maestros, obreros que, trabajando personalmente en la construcción, se hacen ayudar por otros obreros bajo sus órdenes; puede también invocarse por el obrero que se encarga de ministrar los accesorios de la materia en que trabaja; estos acreedores obrarán en virtud de un crédito cuya causa principal y primera radica en su trabajo, tienen para sí el texto y el espíritu de la ley. Cualquiera que sea el trabajo el art. 1798 es aplicable. Fué sentenciado que aquellos que hacen transportes

1 Denegada, 31 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 25).

2 Denegada, Sala Civil, 12 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 57). Dos sentencias sobre el informe de Pont.