

El mito del director de obras omnipresente, el olvidado representante técnico, y el reino de los prejuicios.

Las obras de arquitectura e ingeniería: un mundo donde nada es lo que parece.

(Publicado por la editorial La Ley (Buenos Aires), año 17, n° 11, dic. 2010 pags. 1187 a 1200)

Dr. y Arq. Sergio O. Bertone
sergiobertone@live.com.ar

Versa el presente acerca de un contexto muy especial: el de las obras en construcción. Trátase de un pequeño universo donde ciertas negligencias son disimuladas permanentemente por los Jueces (por ejemplo, la culpa al contratar); donde existen empresarios que lucran formidable y disimuladamente en ese entorno de informalidad (pero rara vez responden como tales), donde los controles estatales se pagan pero no se prestan, y donde cualquier falta legal o reglamentaria es hecha recaer sistemáticamente sobre un personaje al que se ha concebido cual si contase con poderes divinos, y, en realidad, apenas si llega a ser el fusible del sistema.

Mi desafío consistirá en demostrar que ese mundo existe fuera de los tribunales, pero no dentro de ellos.

I. Empresarios no aparentes

Considero imprescindible abordar previamente el concepto de “empresa”, sin el cual es prácticamente imposible comprender en qué consisten los roles de director de obras y representante técnico, dada la proliferación de leyes y reglamentos que confunden el ejercicio profesional de la arquitectura o la ingeniería (que es para lo cual se requiere poseer el título correspondiente y estar matriculado en el Colegio respectivo, y se prevé la retribución mediante el pago de honorarios establecidos por escalas arancelarias) con la actividad eminentemente lucrativa de un empresario constructor (la cual no requiere titulación alguna, se retribuye mediante un precio o beneficio, e involucra necesariamente la calidad de comerciante). En tal sentido, pueden citarse las innumerables ordenanzas municipales que obligan a los profesionales a asumir la calidad de “constructor”, “ejecutor”, etc., como requisito para obtener un permiso de construcción, y aún la enorme confusión originada por el decreto 6964/65 de la provincia de Buenos Aires mediante el cual se ha creado la figura del “director ejecutivo”, en términos que vinieron a confundirlo todo.

Con tal motivo, antes que nada debo decir, respecto de la empresa constructora, que se trata más de una noción económica que jurídica. Y, desde ya (lo cual no es un dato menor, por obvio que parezca) que la misma trasciende el ámbito de una obra de arquitectura o ingeniería, para proyectarse hacia la totalidad de la actividad económica. Algo como eso, tan simple como eso, deja sin sustento a cualquier concepción que involucre el reduccionismo de entender a la empresa constructora como una entidad excluyentemente arquitectónica o ingenieril. Es decir, a toda aquella mirada que confunda a uno de los elementos de la empresa –el objeto para el que fuera creada- con la empresa en sí. Más todavía, ayudará a comprender que en una empresa constructora confluye radialmente un haz de factores donde aquel por el cual se está acostumbrado a calibrarla con exclusión de todo otro es apenas uno más, y ni siquiera puede afirmarse que sea el más importante.

Por estas alturas, podría resultar conveniente reflexionar acerca de si existe, en la legislación argentina, alguna definición legal de “empresa” y “empresario” que disponga en el sentido que vengo propiciando, y la respuesta es afirmativa. En efecto, estatuye el art. 5 de la ley de la Nación 20.744 que *“A los fines de esta ley, se entiende como “empresa” la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”*. Y también que *“A los mismos fines, se llama “empresario” a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa”*. Si bien se trata de una ley laboral, nada obsta a ponderar sus prescripciones analógicamente, conforme a lo dispuesto por el art. 16 del Código Civil.

En otras palabras, entre los pilares sistematizados dentro de ese continente llamado “empresa” (para lo que aquí interesa, aquella cuyo objeto sea la ejecución de obras de arquitectura o ingeniería) adquieren tanta o más relevancia que los factores estrictamente relacionados con los procesos constructivos los aspectos económicos, financieros, legales, laborales, organizacionales, constitutivos, impositivos, etc. Veamos un ejemplo: en dichas organizaciones puede reputarse tan importante la tarea de inscribir y liquidar sueldos y jornales a los obreros de la construcción (lo cual, si las cosas están bien hechas, suele delegarse en estudios contables) como la redacción de contratos y subcontratos (en abogados) sin perjuicio de la conducción de las obras que esa empresa contrata (esto sí, a cargo de arquitectos, ingenieros o técnicos, según sea la envergadura de la obra y corresponda por las respectivas incumbencias). Pido que se preste atención a aquello que acabo de decir, pues he introducido a grandes trazos el rol de representante técnico, y lo he ceñido a entender exclusivamente en aquellos aspectos de la actividad empresarial de la industria de la construcción que sean inherentes a la profesión del representante. Dicho de otro modo, ninguna otra faceta de esa actividad será puesta bajo el cuidado del arquitecto o ingeniero que lo desempeñe: sólo los técnicos (no por nada es eso, y no otra cosa, aquello que arroja la etimología del nombre asignado al rol).

Si ello es así, entonces cabría plantear un par de hipótesis: ¿puede un arquitecto o ingeniero que se proponga construir una obra prescindir de la organización empresarial que acabo de describir? Si nos dejásemos llevar por las apariencias, podría pensarse que sí, y de hecho es aquello que de corriente sucede: nada de contadores, nada de capitales para respaldar una eventual pérdida, redacción de contratos sumamente primitivos y/o extraídos de modelos, obreros no inscriptos, falta de seguros, carencia casi total de medidas de seguridad e higiene, etc. Ahora, puntualizo que dije “puede” y no “debe”, pues, claro, lo que en realidad habrá hecho el profesional de nuestra hipótesis es minimizar ilegalmente los costos a expensas de maximizar enormemente los riesgos, pero esa será otra historia. Y nótese que señalé que la falta de los descriptos factores es sólo aparente: aquello que nunca podrá provocar nuestro sujeto, por precaria que sea su organización empresarial, es la desaparición de la verdadera naturaleza de la actividad que emprendió. Podrá faltarle de todo, pero igualmente será un empresario. Entre otras cosas, porque adiciona a sus costos un margen de ganancia –beneficio-; porque los obreros serán presumidos empleados suyos así no haya suscripto con ellos ni un papelito y evada el cumplimiento de toda la legislación laboral aplicable (art. 23, ley 20.744) y, consecuentemente, responderá por cualquier crédito laboral –sea por un accidente, por un despido directo o indirecto, o de multas por falta de registración de las relaciones laborales (arts. 18 y 32 de la ley 22.250 y ccdtes. de las leyes 20.744 y 24.013, entre otras) y porque será tratado como cualquier empresario por la legislación civil, tributaria y administrativa aplicables. Lo único que lo diferenciará de un conocido a quien llamaré al estrado a continuación es que (como nuestro personaje posee la titulación y la matrícula correspondientes) él puede ser su propio representante técnico. Y aquí aparece claramente la escisión de los roles: se trata de un sujeto asumiendo dos (y no uno) status jurídicos simultáneamente. Por un lado, estaremos ante alguien que ha emprendido una actividad industrial y/o comercial como cualquier otra; por otro, ante quien ejerce la arquitectura o la ingeniería únicamente en lo inherente a la representación aludida.

Llegado este punto del análisis, encuentro conveniente plantear una nueva hipótesis, y reflexionar acerca de cual es, entonces, la naturaleza jurídica de la actividad de Don José, ese contratista a quienes todos hemos tenido en obra. O la de Raúl, el electricista. O la de quien realiza en su taller las aberturas de medida basándose en las especificaciones preparadas por el proyectista. Y, así, de todos los demás encargados de la extensa gama de rubros de obra que podrán enumerarse. Para bucear en ella, habrá que responder a algunos interrogantes: ¿cobran dichos agentes del proceso constructivo un precio integrado por una ganancia? ¿Lo perciben, y detraen parte de él para pagarle su salario a los obreros que ellos mismos han seleccionado para intervenir en el emprendimiento? ¿Les fijan ellos a esos obreros la jornada de trabajo, los horarios, etc.? ¿Les indican a los mismos cómo hacer el trabajo de que se trate? Dicho de otro modo... ¿Los obreros se encuentran subordinados técnica, económica y jerárquicamente a ellos? Pues eso es aquello que en la legislación argentina constituye la actividad propia de una empresa constructora. La única diferencia jurídica con la primera hipótesis planteada (la del arquitecto / constructor) es que los empresarios sobre los que aquí me explayo y que vemos actuar a diario, es que estos últimos habrán incumplido una obligación legal adicional con relación a aquellos (ya que ellos, por carecer de la titulación y la matrícula de arquitecto u otra habilitante, no satisfarán tampoco la obligación de contar con la representación legalmente imperativa). Y también, posiblemente, habrán cometido un delito, ya que *“Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente”* (art. 247 del Código Penal).

¿De dónde surge la obligación de contar con representantes técnicos? Además de emanar del tipo penal antes transcrito en su juego armónico con los reglamentos que estatuyen acerca de las incumbencias de las profesiones involucradas, generalmente de dos grandes grupos de fuentes normativas. Puede tratarse de leyes reglamentarias de las profesiones de arquitecto, ingeniero o técnico (a guisa de ejemplo, provincia de Buenos Aires, respectivos arts. 6tos de sus leyes 10.405, 10.411 y 10.416; Santa Fe, art. 24 de su ley 10.653; Río Negro, art. 7 de su ley 2.176; Misiones, arts. 4 a) y 16 de su ley 2.573; San Luis, arts. 4, 7 inc. a) y 17 de su ley 5.560) o de disposiciones emanadas de los Códigos de Edificación (ej. Ciudad de Buenos Aires, párrafo 2.5.5.). Ello sin contar las leyes de obras públicas, como la bonaerense 6.021

Esto demuestra que la legislación argentina que ha de ponderarse para resolver la problemática planteada es algo más que el Código Civil, ya que a) las provincias conservan en sus órbitas las potestades legislativas nunca delegadas en la Nación, como por ejemplo el poder de policía sobre las profesiones liberales (art. 121 Constitución Nacional y art. 43 de la ley 24.521); b) en todo caso, nada impide legislar –en uso de tales atribuciones– en forma complementaria a las leyes supremas enumeradas en el art. 31 de la ley fundamental, sin contradecirlas; c) si bien el derecho público sólo tangencialmente es abordado en este trabajo, también el mismo es de naturaleza eminentemente local, y contiene valiosas disposiciones respecto a la cuestión tratada.

He llegado, creo, a la instancia oportuna para sostener férreamente mi convicción acerca de que, en la República Argentina, y por imperio de su Constitución y sus leyes, ningún título se requiere para asumir el rol de empresario constructor. ¿En qué me baso para sostener tal cosa? Los fundamentos son los siguientes:

1. En primer lugar, el derecho a trabajar y ejercer cualquier industria lícita o comerciar, asegurado a todos los habitantes, es eso (un derecho) y no una garantía. Y surge del propio artículo 14 de la Constitución Nacional que tal derecho se reconoce “...conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio...”. Lo cual, sumado a lo dispuesto por el art. 28 del mismo texto, funda la añeja doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, palabras más o menos, sostiene lo siguiente: no existe ningún derecho absoluto, y todos pueden ser limitados por las leyes, mientras la limitación sea razonable.
2. Consecuentemente, se asegura a todos, por ejemplo, el derecho a petionar ante las autoridades, pero si tal derecho es ejercido en el marco de un proceso judicial, la ley lo limita diciendo que para ponerlo en funcionamiento se requiere el patrocinio de un abogado. De igual modo, si cualquier persona decide invertir capitales en el negocio farmacéutico, agropecuario, de la construcción, o en el que fuere, nada se opone a que lo haga. El empresario será ella, correrá ella los riesgos, asumirá las pérdidas y conservará para sí los beneficios. Pero no puede actuar libremente: requerirá –para las hipótesis sub examen– de un farmacéutico, un arquitecto, o un ingeniero civil o agrónomo, según sea, que suplan su carencia de conocimientos científicos. Sólo así ejercerá comercio o industria lícita “conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”.
3. Otra prueba de lo antedicho es que la ley de sociedades 19.550 permite que un grupo de personas sin título alguno constituyan una sociedad comercial con el objeto de ejecutar obras. Nacerá así, por ejemplo, una S.R.L. o una S.A. con aptitud para asumir el rol de constructor total o parcial de un determinado emprendimiento edilicio. Pero, como es de toda lógica, se les impone que una persona física que reúna las condiciones legalmente exigidas ejerza su representación técnica (pcia. de Bs. As., arts. 4 de sus leyes 10.405, 10.411 y 10.416; jurisdicción nacional, art. 3 del decreto ley 6070/58 y art. 93 del decreto ley 7887/55). Es, se me ocurre, el mejor sostén de cuanto predico, ya que fácilmente se advierte que una persona jurídica puede construir una obra, pero solamente una persona física puede ejercer la arquitectura o la ingeniería. No podría hallarse un ejemplo mejor de por qué la actividad netamente comercial y/o industrial de un constructor y el ejercicio profesional relacionado con esa actividad jamás podrán confundirse.
4. Así lo han entendido, entre otros, tanto el Colegio de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires (Res. 413/90) como el Colegio de Arquitectos del mismo Estado (Res. 46/87). Y, por ello (con toda razón) no controlan la actividad de los empresarios constructores. En efecto, resolvieron ambos entes que una de las modalidades para ejecutar una obra es aquella en que

“La figura del constructor es asumida por una persona de existencia real sin incumbencia profesional o por una persona de existencia ideal, comúnmente denominada empresa sin capacidad legal para efectuar tarea profesional alguna”.

5. Existen leyes del mismo rango normativo que el Código Civil que diferencian netamente la actividad de un empresario constructor del ejercicio de la profesión de arquitecto e ingeniero. Pueden consultarse, al respecto, los arts. 2 in fine, 4 a 6 y 40 de la ley 24.240; el art. 1 incs. b) y c) del primer anexo de su decreto reglamentario 1798/94, y los arts. 2 inc. a) y 32 de la ley 22.250

Expuesto lo precedente, me encuentro en condiciones de afirmar sin hesitar que el usual tercer casillero de los planos por los cuales se solicita un permiso de construcción en sede municipal (el reservado al “constructor”, “ejecutor”, o como se le llame en la reglamentación aplicable) debe ser suscrito por dos (2) sujetos o grupos de sujetos claramente diferenciados:

- ✓ De un lado, el constructor, que podrá ser total o parcial.
- ✓ Y, del otro lado (a no ser que el constructor sea una persona física que al mismo tiempo posea el título y la matrícula pertinentes, que lo faculte para asumir su propia representación) por el o los representantes técnicos que la contratista designe ante la administración.

Esto es, no existen los “profesionales constructores”, como un único status jurídico: en todo caso, lo que más se le parece es que hay sujetos dedicados a la ejecución de obras que, al mismo tiempo, son profesionales o técnicos que poseen la aptitud para representar ante la administración, el co-contratante y los terceros (en lo estrictamente técnico) esa actividad comercial e industrial.

Por ende, mientras no separemos la actividad de empresario constructor de obras arquitectónicas o ingenieriles, de la calidad de profesional universitario especializado en esas mismas actividades, seguiremos sancionando leyes y reglamentos (especialmente de fuente municipal) que cargan sobre los profesionales responsabilidades que no les competen, y, correlativamente, cual dos caras de la misma moneda, liberan de ellas a quienes han creado el riesgo y obtienen los beneficios de la actividad consistente en construir obras. Trátase en la especie de una disimulada pantalla que coadyuva a ocultar a los verdaderos empresarios (quienes casi nunca aparecen en folio alguno) mientras el Estado se satisface mediante la ficción consistente en que la obra se encuentra a cargo de expertos.

Solamente ahora, creo, he llegado al punto en que resultará factible examinar las prestaciones inherentes a las distintas especies del género “dirección de obras”, y hacer un buen intento para delimitar su contenido. Digo, ahora que quizá he logrado fundamentar por qué el verdadero constructor no siempre es quien parece, y que (aún cuando haya en el sitio de obra algún ingeniero o arquitecto ejerciendo su profesión) bien puede ocurrir que sea Don José el ejecutor de todo o parte de la obra. Y, como sostendré en lo sucesivo, aún puede serlo el mismo propietario o beneficiario del objeto edilicio que se intenta erigir.

En tal sentido, adelanto mi opinión: no hay ninguna (pero ninguna) especie del género “dirección de obras” (lo cual se hace extensivo a la representación técnica) que convierta, por su solo ejercicio, a los profesionales liberales en empresarios constructores. No importa cómo se le llame a esos roles en las diferentes jurisdicciones, siempre se tratará de ejercicio profesional retribuido mediante honorarios, y siempre se asumirá a través suyo una responsabilidad subjetiva. En tal sentido, se tiene decidido que *“El arquitecto director de obra es un locador de obra intelectual, por lo que su responsabilidad frente a terceros es la emergente de sus propios hechos culposos o dolosos y está regida por los arts 1109 o 1107 del C.C.. El arquitecto director de obra que celebra un contrato de obra inmaterial por el que se compromete a realizar y entregar los planos, y a que la obra se construya de acuerdo al proyecto, no es un empresario, sin perjuicio de que también haya realizado algunos actos como mandatario del comitente”* (C.N. Civ., sala H, 5-7-00, “Benítez, María c/ Giordanelli, Alejandro y ot”, L.L. 2001 A, 55-101435-S, comentado por Eduardo L. Gregorini Clusellas).

Expuesto lo precedente, entiendo que he sentado el basamento para el análisis de cada rol en particular.

ii) La dirección de una obra ejecutada por un contratista único

Quien asume la responsabilidad de dirigir una obra tiene como función esencial representar los intereses de su comitente por oposición a los de la empresa constructora (que quedan a cargo del representante técnico de esta última). Eso es lo mismo que decir que estamos ante dos intereses jurídicos contrapuestos (el del comitente y el del constructor) representados por dos profesionales distintos, uno designado por cada parte del contrato. En su virtud, no sería erróneo concluir en lo siguiente: el director de obras ejerce, en realidad, la representación técnica del comitente. Ese es el núcleo, la esencia del rol, y por esa razón generalmente se reputa contrario a la ética profesional asumir en una misma obra (con la única excepción de las ejecutadas por el sistema de administración) los roles de director y contratista total o parcial – o la representación de uno de esos contratistas – toda vez que, como no escapará al lector, nadie puede controlarse a sí mismo, ni puede esperarse racionalmente que vaya en contra de sus intereses (conf. decreto P.E.N. 1099/84 –parágrafos 2.3.1.3 y 2.5.1; Resoluciones del Consejo Profesional de la Ingeniería de la Provincia de Buenos Aires s/n del 28/10/60 y 1680/73; Código de Ética para la Arquitectura de la provincia de Neuquen, art. 1 secc. 2da. art. 10; Reglamento de Edificación de Rosario, parágrafo 2.2.5; Arq. Jorge V. Rivarola, “Derechos y responsabilidades de los arquitectos”; documento A-104 del Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo de la capital federal).

Desde otro ángulo de abordaje, y si bien se trata de leyes arancelarias (y, por ende, no del todo aptas para definir la deontología del rol) puede citarse, a título indicativo, que se ha definido el contenido de la encomienda de dirección de obras como: *“La función que el profesional desempeña en oportunidad de la ejecución material de la obra y se entiende por Dirección de obra cuando controle la fiel interpretación del proyecto y cumplimiento del contrato, que se complementa con: 1. Certificaciones y liquidaciones parciales y definitivas; 2. Recepción provisional y definitiva; 3. Confección de planos de detalle de obra”* (pcia. de Bs. As., dcto.6964/65; ccde. dcto.ley de la Nación 7887/55).

Por supuesto, la dirección de una obra es mucho más que eso (y lo recomendable es establecer los alcances funcionales de la encomienda mediante un contrato) pero también mucho menos de cuanto se ha escrito a su respecto y aún decidido judicialmente.

En especial cuando, quizá por un profundo desconocimiento de la práctica profesional, que nos muestra a las claras que, por ser el de director de una obra un rol que se desempeña en muchos procesos constructivos simultáneamente (y que, por ende, no involucra otra cosa que no sean visitas más o menos periódicas al sitio de obra, según sea la complejidad del objeto edilicio de que se trate) se pretende endilgarle al profesional que lo desempeña responsabilidades inherentes a un nivel de vigilancia que solamente podría concebirse si éste permaneciera en obra durante la totalidad de la jornada laboral, lo cual es un imposible de hecho. A guisa de pauta interpretativa, resulta en mi opinión írrito para cualquier concepción lógica y razonada del derecho, que las distintas escalas arancelarias le hayan asignado al desempeño de ese rol una remuneración que promedia un 3% del costo del edificio a construir (un dato fundamental es que se trata de un honorario sensiblemente inferior al del proyectista, que orilla el 5 % de esa misma base) si el legislador hubiese concebido semejante amplitud en las prestaciones que el rol involucra. Por eso entiendo que, en verdad, la modalidad con la que se desempeña la dirección de una obra es mucho más aprehensible si se la sustituye mentalmente por “inspección de obra”, nombre con el que no por nada se ha denominado, a veces, a la función equivalente en materia de obras públicas (v.gr., pcia. de Bs. As., art. 31 de la ley 6.021) y aún en las legislaciones de otros Estados miembros de la Federación Argentina, donde se ha dispuesto con precisión que *“Se entiende por dirección, la inspección de la obra, sin estar en ello comprendido ningún otro trabajo...”* (art. 49 inc. G) del decreto 4156/52 de la provincia de Santa Fe) o que *“Dirección de obra: es la tarea de inspección de la misma, a efectos que la construcción se lleve a cabo interpretando fielmente los planos y documentación técnica que integran el proyecto, a fin de que se realice tal cual fue concebida y especificada”* (art. 57 inc. s) del dcto. ley 1.004/77 de la provincia de Neuquen). E igualmente se ha regulado la cuestión en el proyecto de ley actualmente en trámite por ante la Legislatura de la provincia de Buenos Aires, respecto al cual el Colegio de Arquitectos de ese Estado ha declarado, mediante la sanción de su resolución 139/08, que el mismo constituye expresión de su genuina voluntad (expediente D- 1488/07-08- 0 de la H.C.D.).

Viene asimismo en mi apoyo la doctrina del ente que gobierna a la colegiación de arquitecto en la jurisdicción nacional: ha dicho el C.P.A.U. que *“En esta hipótesis, el director de obra no asume las tareas propias de la conducción, porque ellas serán desarrolladas, precisamente, por el personal del*

contratista o empresa constructora"; y también que *"cuando la conducción de la obra esté a cargo del empresario o contratista, al profesional director de obra no le corresponde vigilar toda la jornada de trabajo en forma continua y total, la ejecución de los trabajos ni los materiales que se emplean en ellos; es decir, actuar como si fuera la única obra que le tocara dirigir"* (documento A-104, 1983).

En la postura que sostengo, mucho menos cabe esperar que el rol de director de obras involucre prestaciones de naturaleza pedagógica dirigidas a otros agentes del proceso constructivo, es decir, enseñarles a construir la obra. Es que si el o los contratistas no saben cómo decodificar el sistema proyeccional Monge (para quien lo necesite, lenguaje bidimensional en que usualmente se encuentran expresados los planos, que precisamente por eso se llaman "planos" –ya que, como fácilmente se comprende, la realidad es tridimensional-) o interpretar el pliego de especificaciones del proyecto, pues debo recordar una y otra vez que ha sido precisamente para eso que la ley los obligó a contar con un representante técnico. Dicho de otro modo, para ejercer correctamente la arquitectura o la ingeniería como director de una obra, el profesional a cargo del rol debe comunicarse con un igual o, para obras menores, al menos con un técnico formado para interpretar sus instrucciones (por caso, un maestro mayor de obras). Y si ello no sucede, no puede pretenderse que él supla con su propia actividad la ausencia de representantes técnicos en el proceso constructivo, so pena de responder por las consecuencias que acarree la falta de un profesional conductor de obra: muy por el contrario, lo que demuestra es que algún otro agente de ese proceso (lo cual incluye al comitente) ha incumplido una obligación impuesta por ley o disposición reglamentaria, y puesto la causa para que las cosas no salieran como se esperaba.

En el mismo orden de cosas, entre el sinnúmero de desaciertos que puede apreciarse diáfananamente tanto en la doctrina de los autores como en numerosos decisorios de nuestros tribunales, las palmas la lleva, a mi entender, la adjudicación de la condición de guardián jurídico de la obra a los arquitectos directores de ella, en los términos del art. 1113 del Código Civil, lo cual arroja resultados catastróficos y enormemente inequitativos. Como enrolada en tal postura puede citarse a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, la que tiene decidido que *"Reviste el carácter de guardián de la cosa productora del daño el arquitecto que se desempeña como director técnico e intelectual de la obra cuyo desmoronamiento determinó la muerte de la víctima, por lo que, verificada la relación causal que exige el art. 1113 segunda parte in fine del Código Civil, resulta civilmente responsable, en concurrencia con el constructor de la misma"* (Gutiérrez de Torelli, Fermina c/ Vázquez de Moreno, Alicia y otros s/ Accidente, art. 1113; DJBA 135, 274 – A.yS. 1988-III, 141 - TSS/88). Doctrina que el máximo tribunal del Estado bonaerense mantiene hasta la actualidad (S.C.B.A., causa L. 82.798, "Peralta, Irma del Valle contra Ondarcuhu, Jorge Alberto y otros. Daños y perjuicios", Acuerdo 2078 del 1/10/08).

Es que endilgarle una responsabilidad de corte objetivo a quien no sólo no ha creado el riesgo sino que tampoco obtiene los beneficios empresarios, y, como se ha visto, no es guardián de absolutamente nada (ya que, entre otras cosas, su rol no involucra la permanencia en obra durante la jornada laboral ni por sí ni por quien él designe, ni es parte en el contrato de locación de obra material comitente-empresario) implica hacerle decir a la ley aquello que esta no dice. Cabe agregar, en mi apoyo, no solamente que el director de obra se encuentra excluido de la relación laboral con los obreros y, por ende, de la obligación de garantía estatuida por el art. 75 de la ley 20.744 (conf. arts. 2 inc. a) y 35 de la ley 22.250) sino que la reglamentación aplicable le prohíbe expresamente ocuparse de los aspectos de salud y seguridad en la construcción aún cuando posea las incumbencias pertinentes para ello, y coloca, además, la obligación de asignar su planificación y control a otro profesional especialista en cabeza del comitente y del constructor, no en la suya (conf. arts. 4 a 7 y 13 a 16 del primer anexo del decreto P.E.N. 911/96, texto s/ Res. S.R.T. 1830/05). Queda claro que no estoy negando su responsabilidad subjetiva en los términos de los arts. 1109 y 1074 del C.C. (de darse los presupuestos necesarios) pero esa es cuestión bien distinta.

Por ende, me encuentro alineado en la postura que, a mi juicio con acierto, establece que la guarda de la obra, durante el proceso constructivo, no puede sino encontrarse en cabeza del constructor de ella. En tal sentido, se ha dicho que *"Cuando el edificio se halla aún en construcción, la cuestión de la responsabilidad ofrece la particularidad que le aporta la presencia del constructor, si es una persona distinta del dueño. Desde ese momento y mientras dure la obra, el edificio se halla bajo la guarda de quien tiene a su cargo la ejecución de los trabajos de construcción"* (Bustamante Alsina, Jorge, "La Ley", 1986-C-139).

Quizá ahora se advierta por qué he dedicado tantos párrafos a diferenciar "dirigir" de "ejecutar", y a

demostrar que no existe, en nuestro derecho, algo que se pueda encorsetar con uniformidad bajo la etiqueta de “responsabilidad de arquitectos o ingenieros”, sino que aquello que cabe examinar es de qué rol en obra se encontraban encargados ese arquitecto o ingeniero en el caso concreto a examinar. Y que ello no surge del mero análisis del Código Civil, con normas evidentemente sancionadas para regular la locación de obra material, y en las cuales sólo a machaca martillo puede considerarse comprendida la locación de obra intelectual.

En tal sentido, y en la interpretación de la funcionalidad de la encomienda de dirección de obra que propugno, celebro que puedan hallarse todavía valiosos decisorios: por ejemplo, se ha resuelto que *“El director de la obra no reviste carácter de guardián de los elementos que se emplean en la misma - en el caso, el montacargas que se precipitó lesionando a un operario-, según los términos del art. 1113, párr. 2do, parte 2da del Cód. Civil, pues la función de dirección de la obra consiste en la fiel interpretación de los planos y la documentación técnica que forma parte del proyecto, así como la revisión y extensión de los certificados correspondientes a pagos de la obra en ejecución, debiendo distinguirse entre este sujeto y quien construye la obra”*. (C.N.CIV, Sala J, Quispe Quecaño, Fausto c/ Páez, Juan C. y otros, L.L. 2-3-05, 12-108621). En el mismo sentido, se ha resuelto que *“El proyectista-director de obra sólo responde civilmente frente a los terceros si ha mediado delito -civil o penal- o cuasidelito (arts. 1072 y 1109 del Código Civil). Se trata, en consecuencia, de una responsabilidad por hecho propio y, en este orden de ideas, si el daño derivó de un vicio del plano, responderá conjuntamente con el empresario. Pero, si el daño emana del vicio de la construcción o de los materiales, su responsabilidad frente a los terceros depende de la prueba de la culpa en que incurriere, como lo dispone el citado art. 1109. El locador intelectual no es un guardián jurídico, ni el comitente responsable como principal, porque de él no depende quien ha originado el daño”* (Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios, sentencia definitiva – C.N.CIV. - Sala K - Nro. de Recurso: K192034 - Fecha: 16-3-1997 - Vocal preopinante: O. Hueyo, ElDial - AE516). En igual sentido, C.N.Civ., sala H, “Benítez, María c.Giordanelli, Alejandro y otros, L.L. 2001-A-21). Idem anterior, C.N.Civ., Sala “J”, “Arias, Samuel Porfidio y otro c/ Empresa de Construcciones S.R.L. G.K. y otros s/Daños y perjuicios”, expte. 131.042, sentencia del 20-9-05).

Se infiere claramente de cuanto vengo predicando que la circunstancia de que el comitente haya designado a un director de obra para que represente sus intereses durante el proceso constructivo no salva la responsabilidad de el o los contratistas de designar a uno o varios profesionales diferentes de aquel para que representen los suyos, interpreten debidamente el proyecto y las órdenes de servicio que emanen de la dirección, y conduzcan a los obreros de su representada.

Faltaría agregar (no porque coincida en un todo con la definición legal allí acuñada) que no muy lejos de cuanto sostengo se encuentra la disposición contenida en el art. 93 del dcto. ley de la Nación 7887/55, rat. por ley 14.467, que por su importancia transcribo: *“La función del representante técnico consiste en asumir la responsabilidad que implica una construcción, una instalación o la provisión de equipos y/o materiales para construcciones o industrias. En consecuencia el representante técnico deberá preparar los planes de trabajo, supervisar asiduamente la marcha de los mismos, responsabilizarse por los planos, cálculos, planillas, etc.; preparar toda la documentación técnica necesaria, como especificaciones, confección de subcontratos, etc.; coordinar a los distintos subcontratistas y proveedores, etc.”*, recepcionado jurisprudencialmente (C. Fed. Rosario, junio 14-1982, Di Filippo Duilio c. Geopé Cía. Gral. de Obras Públicas S.A., El Derecho, t.110, p. 747).

Si tuviera que resumir lo expresado hasta aquí, diría que dirigir la obra es cosa distinta a conducirla, y que conducirla es tarea a cargo del representante técnico del constructor y no del director (que únicamente debe inspeccionarla para verificar su adecuación al proyecto y preservar los intereses de su comitente si el constructor no cumple con sus especificaciones). Y, fundamentalmente, que no puede culparse al director de la obra si su comitente, al celebrar las demás relaciones jurídicas que toda obra requiere, privilegia el precio menor sin fijarse en la adecuación de quien lo ofrece a las leyes o reglamentos (arg. arts. 20, 512, 923, 929 y ccdtes. del C.C., art. 32 de la ley 22.250 y art. 4 del título I del decreto P.E.N. 911/96, entre otras normas).

Faltaría agregar que tampoco puede obviarse la responsabilidad del Estado, fundamentalmente en su nivel municipal. Lo digo pues, entre otras cosas, los municipios perciben una tasa específica precisamente para contraprestar fiscalización de obra material e intelectual, lo cual no se satisface con que los planos lleven las firmas de determinados profesionales: muy por el contrario, se deben inspeccionar los procesos constructivos, y no mirar para otro lado a sabiendas de que a la casi totalidad de las obras las han erigido y las siguen construyendo idóneos sin conocimiento científico alguno. Es de libro que no se puede delegar la policía edilicia en quien, como el director de obras, no solo carece de la capacidad jurídica para ejercerla (es que, sin perjuicio de que la competencia a su respecto no puede ser renunciada por el Estado, rige asimismo la cuestión el art. 910 del C.C.) sino que las más de las veces debe contentarse con lo que le pongan a su disposición comitentes que pretenden una obra excelsa al menor costo posible, en una muestra flagrante de negligencia que jamás, pero jamás, es ponderada por los tribunales a la hora de establecer responsabilidades.

Desde mi punto de vista, si el dueño o beneficiario de una obra encomienda su ejecución a uno o varios contratistas que tal vez posean idoneidad para trabajos manuales, pero carecen de los conocimientos científicos necesarios por incumplir la obligación de encontrarse debidamente representados como la ley manda, incurre también él en negligencia culpable, y no cabe cargar al profesional a quien le encomendó la dirección de la obra las consecuencias de su omisión, o por lo menos habrá que estudiar pormenorizadamente cómo fueron los hechos de cada caso en particular. Con más precisión, estoy sosteniendo que ser locatario de obra no involucra solamente la obligación principal de pagar el precio, sino que existen numerosas obligaciones secundarias – fundamentalmente, de colaboración- que, de ser incumplidas, obstarán al logro de una obra exitosa.

III) La dirección de una obra ejecutada por contratos separados (contratistas múltiples)

En esta hipótesis, aparece la dificultad adicional para el director de obra de controlar el trabajo de varias empresas constructoras en lugar de una, y lidiar con sus respectivos representantes técnicos, lo cual plenamente justifica el suplemento de honorarios que se suele prever en algunas jurisdicciones provinciales, e incluso (aunque más moderadamente) en la jurisdicción nacional.

En la provincia de Buenos Aires, la dirección de obra realizada en tales condiciones recibió consagración legal en el decreto 10.228/52, pero con posterioridad el decreto 6964/65 no la incluyó entre sus prescripciones.

Sin embargo, los diversos entes que gobernaron la matrícula de arquitectos e ingenieros pretendieron reimplantarla mediante el dictado de resoluciones emanadas de sus órganos de gobierno. Así lo hizo, en la provincia de Buenos Aires, el Consejo Profesional de la Ingeniería creado por ley 5.140 mediante su Res. 2326/77, para derogarla posteriormente con su similar 3033/82. Más adelante, sus sucesores jurídicos hicieron lo propio: primero el Colegio de Arquitectos -Res. 68/94- y, finalmente, el Colegio de Ingenieros del mismo Estado –Res 907/07-. Sin perjuicio de las objeciones constitucionales que pudieran hacerse a dichas reglamentaciones (por no emanar de un poder público) lo cierto es que me manifiesto favorable a una reforma legislativa que recepte el suplemento de honorarios respectivo, porque resulta a todas luces equitativo que se remunere de distinta manera una labor profesional de mayor complejidad. De cualquier modo, nada impide pactar contractualmente la aplicación de dichas resoluciones, y, asimismo, considerarlas a fin de determinar el honorario de costumbre, en su caso (arg. art. 1627, C.C.).

Distinta es la situación en la jurisdicción nacional, donde la dirección de obras por contratos separados tiene consagración legislativa en el art. 52 incs. 1) y 2) del decreto ley 7887/55, rat. por ley 14.467.

De cualquier manera, aquello que debe decirse al respecto es que esta figura no representa una nueva especie de dirección, sino una modalidad de la clásica y simple dirección de obras, con la que sólo difiere en que el profesional que la desempeña se hace acreedor a un suplemento de honorarios porque hay un indudable recargo de trabajo en su desempeño en ese escenario. Pero sigue siendo una tarea profesional prestada en el marco de un proceso constructivo donde los ejecutores de los múltiples rubros (albañilería, carpintería, instalaciones eléctricas, etc.) están organizados en forma de empresa, y deben contar cada uno con su propio representante técnico. Nunca será suficiente reiterarlo: el constructor nunca es el profesional director, y la conducción de la obra queda reservada

a los respectivos representantes técnicos de los empresarios constructores, por cuyos hechos estos últimos responden (cfme. arts. 1113 –primera parte- y 1631 del C.C.)

Como consecuencia de ello, si la obra está a cargo de múltiples contratistas, el que se suscriban los distintos pliegos y planos en sede municipal como “director de obras por contratos separados” en nada obsta a que tengan éstos que ser suscriptos también por los diversos constructores y sus representantes técnicos, o por lo menos por el contratista de mayor envergadura (generalmente, el de albañilería). Esto es, deben aparecer en el expediente administrativo varios responsables de la ejecución material de los trabajos, cada uno representado por profesionales distintos del director de obras.

IV) La dirección de una obra ejecutada por administración

En este sistema de ejecución, el dueño o beneficiario de la obra asume el rol de empresario constructor de ella, y corre con todos los riesgos inherentes al mismo (económicos, financieros, laborales, etc.) a cambio de evitar el pago del beneficio que obtendría una o varias empresas constructoras si las empleara. Trátase en la especie de un raro empresario que no se beneficia remarcando los costos de producción (que es el modo en que operan los terceros ejecutores, si se los contrata) sino evitando pagar tales beneficios. Su ganancia estriba, esencialmente, en la reducción del costo de la obra, asumiendo él los riesgos en lugar de trasladarlos a terceros.

Probablemente es aquí donde mayor sentido cobra la introducción al presente, ya que únicamente entendiendo a la empresa constructora como una actividad no exclusivamente técnico arquitectónica o técnico ingenieril puede concebirse que un sujeto sin conocimiento científico alguno pueda emprenderla. Pero, como se verá, aquí también el obstáculo se salva (aunque con alguna terminología no siempre bien empleada en la legislación aplicable) mediante la contratación de un representante técnico, experto en la materia que le provee al comitente-empresario lo único que le falta: su ciencia.

¿Qué ha dicho la doctrina al respecto? Por ejemplo que *“... sucede que muchas veces y por variados motivos, el comitente desea que su profesional no sólo realice el control de la fiel interpretación de los planos, sino que también se ocupe de cuestiones ajenas a esta función, pero directamente vinculadas a la construcción de la obra. El caso más común se presenta en los denominados sistemas de ejecución de obras por economía o por administración, en los que a falta de empresa constructora, el propietario se transforma en empresario de sí mismo, delegando en el profesional las tareas de conseguir y fiscalizar materiales y mano de obra. La importancia del tema que estamos considerando radica en que mientras un arquitecto o ingeniero ha sido contratado para proyectar o dirigir una obra, no caben dudas de que estamos en presencia de una locación, ya sea de obra o de servicios. La cuestión radica en saber qué tipo de contrato vincula a las partes cuando se le han encomendado las tareas de “administrar” una obra. Adelanto mi criterio. Esta relación es un mandato y para decirlo de otra manera, se encuentra regida por más de 100 artículos que legisla el Código Civil, con carácter de ley suprema (artículos 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional), a partir del número 1869. (Daniel E. Butlow, “Dirección de obras por administración” La Ley del 20 de Julio de 1993)*

Concordantemente, enseñaba Spota que *“el director de obra desempeña funciones de mandatario, cuando el dueño de la obra y empresario de ésta, le confiere el poder de adquirir materiales, contratar la mano de obra, celebrar “contratos separados de obra”, etc. Dirige la obra, pero al lado de esta locación de obra (que comprende la elaboración del proyecto) coexiste un mandato para celebrar actos jurídicos. Estamos, pues, ante quien actúa como administrador y como técnico. Como técnico es locador de obra intelectual (proyectista-director de obra); como mandatario procede a la gestión de bienes que son objeto de la administración.”* (Tratado de locación de obra, tomo 1, 3ra edición).

En la misma postura, relatan Butlow y Bustos, en su obra “Abogados de Arquitectos”, Ed. Kliczkowsky Publisher, Buenos Aires, Madrid, 1996, lo siguiente: *“La documentación aclaraba bastante las cosas. El contrato con el arquitecto era por proyecto, dirección y administración, o sea lo que usualmente se conoce como dirección ejecutiva. El presupuesto no tenía mayor trascendencia desde el punto de vista jurídico, ya que en este tipo de contratos el propietario es empresario de su propia obra”*. (pag. 169 in fine).

Más allá de que se trata de un sistema de ejecución de obras evidentemente extrapolado del derecho público (de hecho, está presente en toda legislación de obras ejecutadas por y para el Estado en cualquiera de sus niveles) tiene recepción en el derecho privado. Así, se la encuentra en el decreto de

la provincia de Buenos Aires 6.964/65 (art. 9 inc. d) del título VIII); en el decreto ley de la Nación 7.887/55, rat. por ley 14.467 (art. 52 inc. 3); en el decreto de la provincia de Santa Fe 4.156 /52 (art. 52 inc. b), en el decreto ley de la provincia de Neuquen 1.004 /77 (art. 57 inc. t) y 82 inc. d) y, en general, en todas las jurisdicciones del país. Ello sin perjuicio de resultar perfectamente admisible, donde así no fuera, crearla por vía contractual.

Jurisprudencialmente, se ha decidido que *“En el sistema de obra por administración, es el dueño de la obra quien se desempeña como empresario, es decir, como “empresario de sí mismo”. El técnico y administrador adquirirá materiales por cuenta del dueño de la obra. Desde luego podrá actuar a nombre propio o como mandatario oculto (art. 1929); pero corrientemente lo hace en nombre ajeno, o sea, a nombre del dueño de la obra (mandante)”*. (C.C.Com. de San Isidro, sala 1, 24-5-99, “Aluminio Almeo Sacic c/M. I. Q. SA s/Cobro de pesos”). Y se ha resuelto también que *“El ingeniero o el arquitecto son locadores de obra o de servicios, según se trate de un contrato de locación de obra o de servicios, pero no mandatarios, sin perjuicio de que pueda existir también mandato, no como contrato mixto sino como dos figuras jurídicas combinadas; el acto del apoderamiento puede ser el medio necesario para que el locador de obra o de servicios pueda desempeñarse, como sucede con el abogado al otorgársele poder”* (C.C. Com. de Trenque Lauquen, 27-11-90, “Verdier, Raúl y otro c/Lamelo, Rubén y otro s/ Resolución de contrato. Daños y perjuicios”, sum. Juba B2201052)

Hasta aquí, podríamos sintetizar lo dicho de la siguiente manera: se trata de una dirección de obras mucho más compleja (y precisamente por eso retribuida con notables incrementos en materia de honorarios) que puede o no incluir la administración directa por parte del profesional (esta será una cuestión de hecho que se deberá dilucidar en cada caso en particular. Es decir, no hay que dejarse llevar por lo que dicen los planos que obran en los expedientes municipales, sino por aquello que realmente sucede en el desarrollo del proceso constructivo). Pero lo más importante a su respecto, a mi entender, no es si el contrato contiene o no una componente de mandato, sino delimitar cuál es verdaderamente el contenido funcional esencial de esta especie de dirección de obras.

En tal sentido, recuerdo que ya he aludido a ciertos problemas terminológicos y confusiones conceptuales en la legislación sancionada contemplando esta modalidad de dirección. En aras de elegir sólo una de ellas, me referiré a la que lleva las palmas, que no es otra que la vigente en la jurisdicción bonaerense, donde se ha creado la figura del “director ejecutivo” para actuar en tales supuestos, en los siguientes términos: *“Dirección ejecutiva: en caso de obras por administración en las que el profesional, con todas las responsabilidades de director y constructor, tiene a su cargo obtener y fiscalizar los materiales, mano de obra y subcontratistas”* (art. 4 inc. c) del título VIII, decreto 6964/65). Más allá de que se trata nuevamente de una definición legal contenida en una escala arancelaria y no en una norma deontológica (por lo cual entiendo que es válido incluso modificarla mediante un contrato) mi crítica se halla encaminada a señalar la evidente inexactitud que finca en afirmar *“...el profesional, con todas las responsabilidades del director y constructor...”*. Ello así, pues, como llevo dicho, en este sistema el empresario constructor de la obra es el dueño o beneficiario de ella, y nunca el profesional al que contrate para suplir su carencia de conocimientos científicos. Así, si el director ejecutivo realiza la administración directa de la obra, y emplea obreros regidos por el C.C.T. 76/75 (oficiales especializados, medio oficiales, peones, etc.) los mismos deberán ser reputados empleados del dueño o beneficiario, no suyos. Y si el director subcontrata a otros contratistas (bien entendido que, en tal caso, los subcontratistas deberán tener sus propios representantes técnicos) el dueño seguirá revistiendo frente a ellos la calidad de empresario constructor principal. Si ello es así, entonces cabría preguntarse qué contenido tiene la funcionalidad de la encomienda del director ejecutivo, y al respecto no albergo duda alguna acerca de que, esencialmente, se trata de la suma de las funciones de un director de obras y la de un representante técnico. ¿Por qué resulta ello posible? Pues porque al reunirse en un mismo sujeto las calidades de dueño o beneficiario y empresario constructor, los roles de director de obras y representante técnico pueden recaer en el mismo profesional, ya que no se está en presencia de intereses contrapuestos (conf. Resoluciones del Consejo Profesional de la Ingeniería de la Pcia. de Bs. As. s/n del 28/10/60 y 1680/73). Y porque normas de mayor jerarquía normativa que el citado decreto (como los arts. 6 de las leyes 10.405, 10.411 y 10.416 del mismo Estado) obligan a todo empresario, sin excepción alguna, a contar con un representante técnico.

No obstante, ha de advertirse que dije que ello será así sólo en principio, ya que, si no se ha pactado en contrario, o así surge de las circunstancias particulares del caso, el director ejecutivo revestirá,

además, el carácter de mandatario del comitente / constructor, pues la norma provincial pone a cargo del director ejecutivo las funciones de *“...obtener y fiscalizar los materiales, mano de obra y subcontratistas...”*. O sea que además de una locación de obra intelectual, podríamos hallarnos en presencia de un acto de apoderamiento. Pero ello, a diferencia de lo antedicho, no puede reputarse esencial a la funcionalidad del rol aquí examinado.

V) Responsabilidad de los directores de obra y de los representantes técnicos en materia de control de medidas de seguridad en la industria de la construcción.

Ya he señalado la notable endeblez que muestra la fiscalización estatal en materia de policía edilicia. Ahora me interesa resaltar que la experiencia indica que la misma resulta parangonada con éxito por la policía del trabajo.

Difícilmente pueda comprenderse (a no ser que ingresemos en aspectos sociológico -jurídicos, lo cual excede mi capacidad) la notable propensión estatal a considerar a los directores de obra responsables del sinnúmero de infracciones laborales que se registran en las obras en construcción. Sorprendentemente, no sucede lo mismo con los representantes técnicos (lo cual a mi entender resulta atribuible a que posiblemente se desconozca su función, y eso sin contar que raramente se encuentra uno para muestra, en especial en las pequeñas urbes).

Es esta una cuestión de difícil aprehensión desde una óptica estrictamente jurídica, en virtud de la regulación contenida en la ley de la Nación 22.250, que categóricamente los excluye a todos ellos (no importa de que especie de director de obras se trate) y también a los representantes técnicos, tanto de la relación laboral como de la obligación de verificar su cumplimiento, el cual queda en cabeza de comitentes y empresarios constructores (arts. 2 inc. a) y 32, ley cit.). Lo cual ha sido objeto de una recepción jurisprudencial mayoritaria, toda vez que las distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo han decidido reiteradamente que *“Toda vez que de las constancias de autos surge que el co demandado se desempeñaba como arquitecto director de la obra, al no ser una empresa unipersonal de la industria de la construcción, sino un profesional que se desempeñaba en ese ámbito, no corresponde encuadrarlo dentro de la ley 22.250 (art. 2, inc. a).* (C.N.A.T. Sala I Expte n° 18583/00 sent. 81653 30/4/04 “González, Héctor c/ Cemkal soc. de hecho y otro s/ ley 22.250” (Pirr.- V.-). Y lo propio han hecho al sostener que *“La calidad de sujeto de la regulación estatutaria está subordinada a la de empresario de la construcción, esto es su condición de operador en esta rama de la actividad económica caracterizada por la titularidad de una empresa dedicada a la realización de obras para terceros, con finalidad de lucro. Ni el dueño de la obra, que no es empresario y contrata con aquellos la construcción y les paga el precio convenido, ni los profesionales de las artes vinculadas a la actividad que comprometen, respecto de los dueños o empresarios, su capacidad técnica en el marco de las incumbencias de la profesión de que se trate, son empresarios ni, según la definición legal, empleadores sujetos al régimen”*. (C.N.A.T. Sala VIII Expte n° 33.621/96 sent. 26978 19/10/98 “Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ ley 22.250” (M.- B.-).

Más categórico todavía resulta el reglamento de salud y seguridad para la industria de la construcción sancionado por decreto P.E.N. 911/96, el cual no se limita a establecer la solidaridad pasiva por la omisión de su cumplimiento en cabeza de comitentes y empresarios constructores (excluyendo de ella a los profesionales que estos contraten para ejercer la representación de sus intereses en obra) sino que, además, estatuye claramente que un arquitecto o ingeniero civil, para poder ocuparse del planeamiento y supervisión de dichos aspectos, debe cursar y aprobar un especial curso de capacitación. Lo cual, me apuro a aclarar, no se verifica muy frecuentemente (cfme. arts. 4, 13, 15 y 16 inc. c) de su primer anexo).

Pero la cuestión adquiere ribetes tragicómicos ni bien se advierte que, en razón de la reforma introducida al citado reglamento por la Res. S.R.T. 1830/05, se ha estatuido una incompatibilidad funcional para todo proyectista, director de obras o representante técnico de planificar y controlar tales medidas de seguridad en la misma obra donde desempeñan aquellos roles, en los siguientes términos: *“El ejercicio de la dirección de las prestaciones de Higiene y Seguridad será incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad o función en la misma obra en construcción”*.

Vuelvo a enfatizar que mi especialidad no es ni la sociología general ni la jurídica, pero no consigo comprender cómo podría responsabilizarse a quienes el mismo Estado (por carecer del curso de capacitación pertinente) considera en principio sin incumbencias suficientes para cumplir la función

sub examen. Y, más allá de tal circunstancia, les prohíbe encargarse de ella aún cuando las posean, prescribiendo claramente, y para toda obra, la intervención adicional de un proyectista y director especializado en la materia y, fundamentalmente, que no sea al mismo tiempo ninguno de los encargados de cualquier otro rol en la misma obra.

VI) Conclusiones

El presente trabajo ha contado entre sus objetivos primarios demostrar los siguientes extremos:

- 1) El desarrollo de la actividad de empresario constructor no requiere de título alguno, y puede ser realizada por cualquier persona física o jurídica, incluso por el dueño o beneficiario de la obra. Por ende, no configura ejercicio profesional de la arquitectura o ingeniería, sino ejercicio del comercio o industria lícita.
- 2) La representación técnica de esa actividad comercial o industrial sí constituye ejercicio profesional y es jurídicamente obligatoria en todo el Estado Argentino, como surge expresa o implícitamente de leyes locales y reglamentos municipales, y aún del tipo contenido en el art. 247 –1er párrafo- del Código Penal de la Nación, en su juego armónico con las reglamentaciones que reservaron tales incumbencias a determinados profesionales o técnicos.
- 3) El director de obra es, esencialmente, el representante en obra del dueño o beneficiario de ella, por oposición a los intereses de los empresarios constructores (cuya defensa queda a cargo de sus representantes técnicos). En ambos supuestos, se trata de una suerte de “patrocinio técnico”.
- 4) Precisamente por ser su representante en el proceso constructivo, el director de obra no está situado, con relación a su comitente, en la “vereda de enfrente” (es decir, junto al o los constructores) sino a su lado: ambos tienen un interés que corre paralelo, tal como el de un abogado y la parte a la que patrocina. Por ello, la culpa de su comitente al contratar no puede cargarse a él, especialmente la omisión de adjudicar la obra a contratistas idóneos y debidamente representados por profesionales con las incumbencias pertinentes, sin perjuicio de que cumplan también con las demás obligaciones que les imponen otras leyes o disposiciones reglamentarias.
- 5) La modalidad de prestación del rol de director de una obra es la inspección de los trabajos para verificar su adecuación al proyecto, mediante visitas periódicas al sitio de obra. No involucra la conducción de esos trabajos (que queda a cargo del o los representantes técnicos).
- 6) El director de obras no puede cargar con la responsabilidad de conducir la obra ante la falta de representantes técnicos de los contratistas: su misión se satisface representando los intereses de su comitente (que es la parte de la relación jurídica sustancial con la cual se relacionó contractualmente, y con ese solo objeto).
- 7) El único supuesto en el que pueden recaer en el mismo profesional los roles de director de obras y representante técnico tiene lugar en las obras ejecutadas por administración (donde la calidad de empresario constructor queda en cabeza del dueño o beneficiario que le encomienda las citadas tareas profesionales, con o sin la administración directa).
- 8) Ni el director de obras ni los representantes técnicos se encuentran encargados de planificar y controlar el cumplimiento de las normas de seguridad en obra. Corresponde a comitente y contratistas encargarse de designar a un profesional o técnico diferente de aquellos para que se ocupe de dicha misión, por expresa disposición reglamentaria de orden público.
- 9) No importan los nombres que se les den a los roles profesionales en las distintas jurisdicciones, los verdaderos constructores casi nunca son los que suscriben los pliegos y planos mediante los cuales se tramita un permiso de construcción en sede municipal. Para hallarlos, se debe analizar la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas celebradas en cada obra.
- 10) Fundamentalmente, ha de abandonarse la obsesión del arquitecto o ingeniero culpable, dejando de lado los prejuicios al respecto, y evitando el facilismo de adjudicar arbitrariamente responsabilidades haciéndole decir a la ley lo que esta no dice. Especialmente, no olvidando

que en nuestro derecho nadie es culpable por lo que es, sino por lo que hace o deja de hacer estando jurídicamente obligado. En tal sentido, resulta fundamental determinar cuál es el rol que cada agente del proceso constructivo tiene asignado, y cuál la funcionalidad de ese rol y las responsabilidades inherentes al mismo.

- 11) A todos los fines antedichos, cabe recordar no solamente que el Código Civil no contiene normas aplicables más que analógicamente (es decir, con las debidas adecuaciones, y no supletoriamente) a la locación de obra intelectual, y que son escasas tales analogías entre un empresario constructor y un profesional liberal, sino fundamentalmente que (no obstante su prestigio y jerarquía normativa) nuestro orden jurídico es mucho más que el citado cuerpo legal. En su virtud, habrá que buscar las normas aplicables para solucionar la controversia también en otras fuentes de diversa grada normativa.
- 12) El único caso en que un arquitecto o ingeniero se convierte en un empresario constructor tiene lugar cuando los hechos demuestran que lo es realmente. Aún en tal supuesto, no puede confundirse su calidad de tal con la representación técnica que haga de su propia actividad lucrativa, tanto como no puede confundirse la reunión en un mismo sujeto de la calidad de parte en un proceso judicial con el rol de abogado que litiga en causa propia.