

¿Quién manda en un proceso constructivo?

Algunos apuntes sobre la obsesión del Arquitecto o Ingeniero culpable, y acerca del imaginario poder de mando de un Director de Obra.

Por el Dr. y Arq. Sergio O. Bertone

sergiobertone@live.com.ar

Publicado por la ed. La Ley (RCyS2012-VI, 30)
y por la Revista del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires (Consejo Superior) n° 8- 2012

1-Introducción

El objeto del presente es desentrañar si existe en nuestro orden jurídico y en un proceso constructivo regido por el derecho privado el celeberrimo poder del título, que una parte de la doctrina y la jurisprudencia colocan en cabeza del Director de Obra.

Así, se ha decidido que *“que la condición de director de obra es suficiente para adjudicar a quien la detenta la calidad de guardián; y que la guarda intelectual es el poder de mando o control que se tiene sobre la cosa nociva, por lo que debe responder por los daños y perjuicios en calidad de guardián y con fundamento en el riesgo que informa el art. 1113 del Código Civil” (C.N.Civ., sala D, L. 39.746, del 22/8/89). [1]*

Ahora bien, ¿tiene verdaderamente el Arquitecto o Ingeniero director de una obra regida por el derecho privado ese poder de mando o control sobre las cosas que suele adjudicársele? Adelanto mi opinión en el sentido de que la respuesta negativa se impone como regla. Y las excepciones –posibles- requieren estar expresadas en las estipulaciones contractuales de cada obra en particular.

2 - ¿Qué se entiende por “poder de mando o control”?

Como primera aproximación, debe decirse que la existencia de tal “poder” supone necesariamente la capacidad jurídica del Director de Obra de imponer sus decisiones al o los contratistas de actuación. Es decir, de realizar actos jurídicos

que connoten que se encuentra al mando de la situación. Manifestaciones concretas de tal poder serían, a título ejemplificativo, las facultades de ordenar la demolición de lo mal hecho, penalizar a un contratista, sancionar inconductas de todo tipo, detener un proceso constructivo hasta que se cumpla con determinadas condiciones reglamentarias, etc.

La hipótesis de trabajo de quienes sostienen sin cortapisas la existencia de la capacidad jurídica del título es la siguiente: el Director de Obra ordena, y los demás agentes del proceso constructivo cumplen. Y si no cumplen, recaen sobre ellos efectos jurídicos varios. En consecuencia (siempre desde esta concepción) resulta lógico considerarlo guardián jurídico o, cuanto menos, imputarle siempre los hechos dañosos cuanto menos a título de negligencia, ya que, obviamente, si hubiera ejercido su capacidad de mando, distinta hubiese sido la cuestión.

Veamos si el postulado tiene respaldo científico, en su caso cuándo, y bajo qué requisitos.

¿Dónde pueden observarse emanaciones nítidas de este poder de dirección, esta capacidad de mando, en el orden jurídico argentino? Por ejemplo, ellas surgen diáfananamente de las siguientes disposiciones legales o reglamentarias: *“La observación del contratista opuesta a cualquier orden de servicio, no le eximirá de la obligación de cumplirla de inmediato, si así le fuera exigido por la Inspección”*; y *“El Inspector de las obras podrá ordenar al contratista el despido de los obreros por incapacidad, mala fe, insubordinación, falta de sobriedad o de respeto”* (artículos 37 y 47 de la Ley de Santiago del Estero 2.092). O *“Si el contratista cometiere faltas o infracciones a este pliego general o a los demás pliegos o a las órdenes escritas de la inspección...se hará pasible a la imposición de multas...”* (Parágrafo 8.1.8. del pliego general de condiciones para la ejecución de obras públicas por terceros de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba, aprobado por Decretos 418/86 y 1680/86 del mismo Estado). Por vía contractual, y de acuerdo a la competencia reglada por las Leyes de la Nación 13.064 y 22.520, se ha establecido que *“El contratista y su personal cumplirán las instrucciones y órdenes establecidas por la inspección. La inobservancia de esta obligación, o los actos de cualquier índole que perturben la marcha de la obra, harán pasible al culpable de su inmediata expulsión del recinto de los trabajos”* (artículo 63 del Pliego de Cláusulas Generales, Licitación Pública Nacional 18/07, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Dirección Nacional de Arquitectura, expte. n° S01:033321919/2007). En la provincia de Jujuy, el modelo de Bases para Licitación, Pliego de Condiciones, Especificaciones Técnicas y Cláusulas particulares, establecido por el Ministerio de Infraestructura y Planificación de dicho Estado, estatuye que *“Cuando la inspección presuma la existencia de vicios en los materiales o en la ejecución de obra no visible, podrá durante la ejecución o antes de la recepción definitiva, ordenar la demolición de las obras sospechosas”*, y que *“Todo trabajo defectuoso por causa de materiales o de la mano de obra, será corregido o demolido y reconstruido por el contratista, en el plazo que fije y como lo disponga la inspección. En caso en que aquel no lo hiciere en el plazo estipulado la inspección podrá realizarlo por cuenta del contratista, afectando para ello los fondos de garantía correspondientes.”*(Artículos 30 y 31 del instrumento contractual citado).

Claro que, como el lector habrá notado, no por nada se trata en todos los supuestos de leyes locales sancionadas con la finalidad de regular la producción de obras públicas, y de pliegos generados en su consecuencia. Regímenes donde, como derivación del carácter exorbitante del derecho administrativo, las partes del contrato de locación de obra material no se encuentran en un pie de igualdad. Es decir, todo lo contrario a aquello que ocurre en las obras esencialmente regidas por el Código Civil y leyes complementarias.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la función de un Inspector de Obra pública? Se tiene decidido que *“Si el inspector de obra y, por ende, el comitente –ya que aquél no es sino un órgano de éste, a quien representa y compromete jurídicamente ejerciendo la competencia en obra que le corresponde- tuvo pleno conocimiento al momento de la recepción de la obra que lo entregado no se ajustaba a lo contractualmente establecido, tal vicio constructivo debe necesariamente ser considerado como aparente”* (Del voto del Dr. Buján, considerando IX, Buján, Coviello, 15353/93, “YPF S.A. c/ Construcciones Sademi S.A. s/contrato administrativo”, 16/04/02, C.Nac. Cont. Adm. Federal).

Claramente se advierte que el rol de inspector de una obra pública coincide casi exactamente con el de director de una obra privada, con las lógicas diferencias que provienen de dos ramas del derecho extraordinariamente disímiles. En efecto, respecto al rol de Director de Obra se ha legislado que *“Se entiende por dirección, la inspección de la obra, sin estar en ello comprendido ningún otro trabajo...”* (artículo 49 inc. G) del Decreto 4156/52 de la provincia de Santa Fe; ccde. artículo 37 inciso G) del Decreto 1052/52 de la provincia de Mendoza). 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”* (artículo 57 inciso s) del Decreto Ley 1.004/77 de la provincia de Neuquén).

Claro que se trata de normas no deontológicas, pero a mi entender dan un fuerte indicativo acerca de cuál es el núcleo de la función a cargo del director de una obra privada, el que (a falta de otra regulación por vía convencional, remunerada en consecuencia) no es otro que inspeccionar la obra para verificar su adecuación a los pliegos y planos, en representación de los intereses de su comitente (el dueño de la obra) y por oposición a los del contratista. Esa es, precisamente, la razón por la cual la mayoría de los códigos de ética para la arquitectura y la ingeniería (por ejemplo, el aprobado por Decreto P.E.N. 1099/84) así como los reglamentos de policía edilicia (v.gr., Rosario, Ordenanza 8214/07) prohíben asumir en una misma obra los roles de director de obra y contratista total o parcial. Lo cual sería directamente impensable en cualquier legislación local destinada a regular obras públicas. He ahí otra coincidencia de primer grado entre ambos regímenes.

¿Cuáles son las diferencias? Por ejemplo, el contrato de locación de obra pública es formal, debe ser realizado por escrito y sólo así se juzga perfeccionado; además, suele requerirse el dictado de un acto administrativo, previa emisión de dictámenes

(artículo 24 de la Ley de la Nación 13.064, y artículos 11 y 20 del Decreto P.E.N. 1023/01; ccde, artículo 21 de la Ley de la provincia de Buenos Aires 6.021). Por el contrario, el de una obra privada es no formal y se perfecciona por el mutuo consentimiento, el que incluso puede ser tácito; no requiere ser celebrado por escrito, sino solamente ser probado por ese medio, y aún puede acreditarse su existencia por cualquier otro medio de prueba si el contrato tuvo principio de ejecución (Código Civil, artículos 915, 917, 918, 974, 1182, 1140, 1144 a 1146, 1191 a 1193 y 1493). Por lo demás, la recepción de una obra pública es formal, debiendo labrarse las actas respectivas (artículos 49 a 51 de la Ley de la provincia de Buenos Aires 6.021) mientras una obra privada, como regla, se recibe con sólo tomar posesión de ella, incluso irregular, sin formalidad alguna (Código Civil, artículos 914 y sptes, 974, y 1647 bis) **[2]**. En las obras públicas, el Estado puede obligar a su contraparte en el contrato a ampliar hasta en un 20% el volumen de obra inicialmente convenido (artículos 30 y 35 de la Ley de la Nación 13.064 y artículo 12 inciso b) del Decreto 1203/01) mientras que en las obras regidas por el Código Civil no ocurre lo mismo (artículo 910 de dicho cuerpo legal, y artículo 19 de la Constitución Nacional). Así, actas, licitaciones, libros de órdenes de servicios y de pedidos de empresa, recursos, registros de inscripción para los contratistas como condición para formular ofertas, etc., constituyen requisitos extraños a las obras regidas por el derecho privado, donde predomina la informalidad y el consentimiento tácito como regla, siendo expresas y rarísimas las excepciones (v.gr., artículo 1633 bis del Código Civil). Salvo, claro, aquellas regulaciones que válidamente puedan crearse en uso de la autonomía de la voluntad.

¿Y cuáles las semejanzas? Pues ellas residen en prácticamente todo lo no influido por la mentada exorbitancia, todo aquello donde no haya una norma jurídica que disponga una solución diferencial con la finalidad de cimentar la prevalencia del interés público sobre el particular, y, en fin, todo aspecto que, por ende, se haya dejado reservado a la aplicación supletoria de la legislación civilista. Es que una cosa son las consideraciones jurídicas y otra las realidades edilicias: al fin y al cabo, estática, física y, en general, en todo cuanto sea materia de estudio de la Arquitectura y la Ingeniería, y con prescindencia del régimen legal que le resulte aplicable, una obra sigue siendo una obra. Ni más, ni menos. Por ende, sostendré que se está ante una mera cuestión terminológica: “dirigir” una obra privada e “inspeccionar” una pública consisten en hacer, en principio, exactamente lo mismo. Nunca será suficiente reiterarlo: la diferencia, no menor, es el marco jurídico donde tales roles se desempeñan, y los consecuentes poderes sobre los contratistas que por la ley o por el contrato se colocan (o no) en cabeza de los profesionales a cargo de uno y otro rol. Pero, salvado ello, toda obra ejecutada por un contratista independiente del dueño tiene el mismo diseño táctico-estratégico: una relación jurídica sustancial (la locación de obra material) y varias relaciones jurídicas derivadas que nacen de ella (especialmente, las relaciones de representación de cada una de las partes de esa relación madre).

Son precisamente las expuestas algunas de las razones por las cuales, confundiendo las notas características de dos ramas del Derecho con regulaciones a veces diametralmente opuestas, se ha concebido un poder en cabeza del Director de Obra privadas que no solamente la legislación civilista vigente jamás

establece, sino que ninguna ley ni reglamento podría (en el sentido de debería) establecer. ¿Por qué sostengo enfáticamente esto último? Es que, siendo el profesional a cargo del desempeño del rol de director de una obra privada contratado para representar exclusivamente los intereses de una de las partes de la relación jurídica sustancial (puntualmente, los del dueño) jamás podría explicarse cómo, en la sistemática de un código donde se procura mantener la igualdad de las partes, una de ellas podría contar por imperio de la ley con una suerte de “as de espadas” con poderes coercitivos sobre su contraparte en el contrato. En su virtud, la única manera en que ello podría llegar a suceder es si el contratista se obliga en su vínculo con el dueño de la obra a reconocer esos poderes en cabeza del arquitecto o ingeniero a cargo del rol, y a acatar las órdenes respectivas, so pena de sufrir concretas sanciones pecuniarias y/u otras consecuencias jurídicas (artículo 910 del Código Civil). No hecho, cae por su propio peso todo aquello que ha encarnado en el imaginario popular, y ni qué decir acerca de pretender calificar las obligaciones del profesional a cargo del rol de Director de Obra como de resultado (ya que no se concibe lógicamente que alguien pueda asegurar el resultado de la actividad de un tercero con el que nunca se ha vinculado contractualmente y sobre el que no se tiene poder alguno, especialmente sancionatorio). [3]

Si así no fuera, quien sostenga lo contrario deberá ensayar alguna explicación acerca de la naturaleza jurídica del rol de Director de Obra, y ello lo conducirá fatalmente a una conclusión unívoca: el contrato de locación de obra material (al que he denominado reiteradamente “relación jurídica sustancial”) no deja de ser un contrato bilateral. Y, como en cualquier otro contrato regido por el Código Civil y leyes complementarias, las divergencias entre las partes de ese vínculo deben ser zanjadas por los Jueces competentes. Nunca (salvo, claro, pacto en contrario) por una suerte de árbitro a cuyo laudo una de ellas jamás se sometió.

Y si por ventura mis conclusiones fuesen erróneas, cuanto menos debería modificarse el Código Civil de tal manera en que nadie se llame a engaño, y que el mentado poder tenga alguna chance de abandonar su sitio entre las leyendas urbanas para pasar a integrar el ordenamiento jurídico. [4]

3- La reforma de 1968 a los artículos 1646 y 1647 bis del Código Civil.

Esta reforma, a un tiempo, ha desnaturalizado la sabia norma contenida en el artículo 1646 del texto original pergeñado por Vélez, y se ha apartado de su fuente (a la sazón, los artículos 1667 a 1669 del Codice italiano de 1942). A fin de despejar cualquier duda respecto de cual fuera la fuente seleccionada, cabe agregar que Francia no tuvo un régimen de vicios aparentes y ocultos hasta mucho después, mediante la modificación al Code introducida por ley 78/12.

Es que el artículo 1669 del Codice, en primer lugar (al igual que cómo lo disponía correctamente la norma original del Código de Vélez) ninguna mención contiene al Proyectista y al Director de Obra, sino sólo al contratista (esto es, al empresario).

Disponiendo especiales regulaciones para los locadores de obra intelectuales (como los Proyectistas y Directores de obra) y estableciendo para estos últimos que el juzgamiento de su responsabilidad ha de pasar por el tamiz de factores de atribución de responsabilidad subjetivos (artículos 1176, 2230, 2236, Código Italiano). Lo cual se mantiene en materia de vicios aparentes y ocultos (artículo 1667 de aquel cuerpo legal).

No se advierte por qué razón en la reforma de 1968 al Código Civil Argentino el gobierno de facto transvasó a nuestro orden jurídico casi sin modificaciones desde el italiano la norma jurídica vigente en la península en materia de vicios aparentes y ocultos (es decir, sin hacer mención alguna a Proyectista y al Director de Obra en el nuevo artículo 1647 bis) y a un tiempo se apartó en materia de ruina edilicia, realizando además un agregado en el nuevo texto del artículo 1646 que no existe en la fuente: precisamente, la extensión de la responsabilidad del Constructor al Proyectista y al Director de Obra. Lo cual era absolutamente innecesario a la luz de lo dispuesto por los artículos 512, 902 y 1109 del Código Civil, y solamente sirvió para generar confusiones interpretativas increíbles y una jurisprudencia deformante, llegándose incluso a conmovier los cimientos de la teoría del riesgo creado al incluir a simples profesionales retribuidos mediante honorarios en el dispositivo del artículo 1113 –segundo párrafo- del Código Civil Argentino.

Especialmente criticaré que, quizá como consecuencia de la falta de debate parlamentario ínsita en una legislación emanada de una dictadura, en un mismo artículo (1646) se haya mezclado la relación jurídica sustancial con aquella que denominaré relación jurídica de representación. **[5]** Pero más aún que se la haya incluido en forma incompleta, lo cual conduce al intérprete hacia conclusiones aberrantes.

Es que en la reforma introducida por el Decreto Ley 17.711/68 se olvidó olímpicamente que (en nuestro Derecho y conforme a las leyes locales que nacieron de nuestra estructura de Estado federal) en las obras regidas por el derecho civil existe también, al igual que en las obras públicas, la obligación de designar Representantes Técnicos.

Cabe recordar que regular esas relaciones de representación (Director de Obra / dueño de la obra; Contratista / Representante Técnico) corresponde, en principio, a quienes resultan competentes para ejercer la policía de las profesiones (artículo 121 de la Constitución Nacional y artículo 42 de la ley 24.521). Por lo cual, como dije, la sola mención de los profesionales a cargo de encarnarlas en el Código Civil me parece, en principio, metodológicamente desacertada. Aunque, si no obstante ello se considerase necesario implementar una legislación uniforme en todo el territorio nacional, lo menos que puede hacerse es incluirla completa, y resolverla adecuadamente.

En otras palabras, al actual artículo 1646 del Código Civil Argentino, como mínimo, le falta un primer actor, el agente del proceso constructivo que encarna un rol tanto o más importante que el de Director de Obra: su contracara, el Representante Técnico. Por ello, es momento de abordar una cuestión sin la cual

no puede entenderse ningún proceso constructivo regido por el derecho civil (tanto como no se podría entender una obra pública ante similar omisión): la relación de representación.

4 - La relación jurídica de representación y la relación jurídica sustancial, en los procesos constructivos regidos por el derecho privado argentino.

Algo puede afirmarse sin hesitar, y es que, contravenciones municipales y provinciales mediante, podrá haber obras erigidas sin la intervención de arquitectos o ingenieros, pero nunca habrá obra alguna sin el concurso de las voluntades de, cuanto menos, un dueño y un empresario constructor (encuadre fáctico que recoge el artículo 1632 del Código Civil de la Nación). Por eso la he denominado reiteradamente “relación jurídica sustancial”.

Pero lo cierto es que las partes de ese contrato bilateral (en la hipótesis, ambas carentes de conocimientos científicos [6] respaldados por la titulación pertinente) requieren representación, so pena de cometer un delito del derecho criminal o cuanto menos una contravención a las normas de policía edilicia municipal y a las leyes reglamentarias de las profesiones relacionadas con la producción de obras de Arquitectura e Ingeniería [7]. Nace así la relación que he denominado “de representación”: a saber, la de los intereses del dueño, por el Director de Obra, y la de los del contratista, por el Representante Técnico. O sea, un esquema que reproduce aquellas regulaciones plasmadas en la totalidad de la legislación local en materia de obras públicas. Una relación que quien suscribe no dudaría en encasillar (por su evidente semejanza con el esquema táctico que supone un proceso judicial) en la naturaleza jurídica del que podríamos llamar un “patrocinio técnico”. En la especie, “técnico-arquitectónico” o “técnico-ingenieril”, según corresponda. [8]

Expuesto ello, a nadie se le ocurriría, creo, confundir la responsabilidad de la parte de la relación jurídica sustancial de obra cuyos intereses se representan en ella, con la responsabilidad profesional de quien asesora a esa parte durante el proceso constructivo. Tal y como ocurriría con la relación abogado-cliente durante un proceso judicial.

¿De dónde surge la obligatoriedad de los contratistas de obras de arquitectura e ingeniería, en el tipo de obras que aquí me ocupan, de contar con Representantes Técnicos? Recordando que en derecho civil reviste aquel carácter todo aquel que se obligue a ejecutar obra por un precio (sin requerirse inscripción ni titulación alguna, ni cumplimiento de ninguna otra formalidad) la misma emana, en principio, de la normativa sancionada por las legislaturas provinciales en uso de sus facultades no delegadas en la Nación, y también de los reglamentos de policía edilicia municipales. Entre las primeras, pueden citarse las siguientes: C.A.B.A (D.L. 6070/58 y D.L. 7887/55 –ambos ratificados por ley de la Nación 14.467-); Santa Fe (Ley 10.653 y Decreto 1732/08); Provincia de Buenos Aires (Leyes 10.405, 10.411 y 10.416, y Decretos 6964/65 y 1726/09); Córdoba (D.L. 1332-C-

56 ratificado por Ley 4.538); Río Negro (Ley 2.176); Misiones (Ley 2.573); San Luis (Leyes 5.560 y 5.755, y Decreto 1519-H-1959); Santa Cruz (Ley 1.738); La Pampa (Ley 1.163); Salta (Ley 4.505); San Juan (Decreto 207-OP-60); Corrientes (Decreto 1734/70), Chubut, Ley 532 –actualmente ley X n°2- y Ley X n° 53, entre otras). Entre las segundas, pueden hallarse desde las más modernas reglamentaciones dictadas por municipios de la mayor envergadura (Reglamento de Construcciones de la ciudad de Rosario, texto s/ ordenanza 8214/07; Código de Edificación de la ciudad de Salta) hasta las más vetustas y por ello hábitat de algunas rémoras (v.gr., Código de la Edificación de la Ciudad de Buenos Aires).

Probablemente sea necesario enfatizar, a fin de poner de resalto que el legislador de 1968 no pudo ser sorprendido por ella, que la regulación de la relación de representación de un contratista en obra dista de ser nueva: ya en 1929 la provincia de Buenos Aires poseía una norma de orden público inserta en la Ley 4.048, reglamentaria de las profesiones de arquitecto, ingeniero y agrimensor, que por su importancia se transcribe: *“Toda empresa que se dedique a la ejecución de trabajos públicos o privados, atinentes a cualquiera de las profesiones reglamentadas por la presente ley, deberá tener como representante técnico a un profesional que se encuentre en las condiciones del artículo 1”*.

Abordado lo inherente a los Representantes Técnicos de los contratistas, cabe formular idéntico planteo con respecto a su oponente, el otro rol integrante de la relación de representación de obra: ¿De dónde emana la obligación de los dueños de obras privadas de ser representados durante su producción por arquitectos e ingenieros, asumiendo estos el rol de Directores de Obra? Pues también, implícita o explícitamente, de un sinnúmero de leyes locales que así lo establecieron desde antiguo. A guisa de ejemplo, la hoy derogada Ley 4.048 en su artículo 4, en disposición reiterada en las actualmente vigentes Leyes bonaerenses 10.405, 10.411 y 10416. Con más precisión aún, el Decreto Ley 6070/58, ratificado por Ley de la Nación 14.467, reglamentario de las profesiones de arquitecto, ingeniero y agrimensor, establece en su artículo 2 que *“Considérase ejercicio profesional, con las responsabilidades inherentes, toda actividad remunerada o gratuita que requiera la capacitación proporcionada por las universidades nacionales con arreglo a sus normas y sea propia de los diplomados a quienes se refiere el artículo 13º, tal como: a) El ofrecimiento o prestación de servicios o ejecución de obras. b) La realización de estudios, proyectos, direcciones, asesoramientos, pericias, tasaciones, mensuras, ensayos, análisis, certificaciones; la evacuación de consultas y laudos; la confección de informes, dictámenes e inventarios técnicos. c) El desempeño de cargos, funciones, comisiones o empleos, privados o públicos, incluso nombramientos judiciales de oficio o a propuesta de parte”,* y complementariamente en su artículo 39 que *“ Las autoridades judiciales, las reparticiones públicas nacionales y municipales, y las empresas del Estado, darán y exigirán estricto cumplimiento de la presente ley y sus disposiciones complementarias en cuanto sea de su competencia en la materia. El cumplimiento de esta disposición compromete la responsabilidad de los funcionarios intervinientes”*.

La normativa local y municipal antes citada -sin ánimo de agotar su listado- ha sido, además, complementada fuertemente en las últimas décadas por leyes

nacionales y reglamentos dictados en su consecuencia. Como ejemplos de ello pueden citarse la reforma introducida por ley 24.830 al artículo 247 del Código Penal, disponiéndose allí 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 y la habilitación correspondientes”*, lo cual de por sí, en virtud de la jerarquía normativa del mismo y en juego armónico con la profusa regulación antes citada, e incluso a falta de ella en alguna jurisdicción, despeja cualquier duda acerca del fundamento jurídico de la obligatoriedad de las partes de la relación jurídica sustancial de obra de contar con la debida representación profesional durante el proceso constructivo.

Por si faltara algo, puede adunarse que la Ley 24.521 estableció el régimen aplicable a aquellas profesiones reguladas por el Estado, *“cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes...”* dejando a salvo en su artículo 42 las normas dictadas por las provincias en uso de su poder de policía sobre ellas. Especialmente dispuso la ley citada en su artículo 43 lo siguiente respecto a las profesiones que fuesen así calificadas: *“El Ministerio de Cultura y Educación determinara con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nomina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos”*. Y el Ministerio efectivamente lo hizo mediante el dictado de la Resolución 498/06, donde entre otras actividades reservó a los graduados en Arquitectura las de *“Proyectar, dirigir y ejecutar la construcción de edificios, conjuntos de edificios y los espacios que ellos conforman, con su equipamiento e infraestructura y de otras obras destinadas al hábitat humano”*. Antes había hecho otro tanto con relación a los diplomados en Ingeniería Civil (Res. M.E.C. y T. 1232/01).

Se ha conformado así un plexo normativo gigantesco, que no puede seguir ignorándose a la hora de bucear en los hechos de un caso particular, si es que se quiere asignar las responsabilidades a quienes verdaderamente causaron los daños de que se trate, y no caer en dogmas ni en prejuicios.

No creo, por estas alturas, sorprender al lector al afirmar que, a mi entender, la parte de la relación jurídica sustancial que omite durante el proceso constructivo contar con la representación legalmente obligatoria incurre cuanto menos en negligencia culpable en los términos de los artículos 512 y 929 del Código Civil. Y, si el factor de atribución es doloso, comete también un delito del derecho criminal. En su virtud, habrá que determinar, en cada caso particular, en cuánto ello contribuyó a causar el daño de que se trate. Pero, eso sí, corre el siglo XXI, y ya no es posible pensar (en realidad, no lo fue ni siquiera con el Código Civil en su versión original) en un dueño de obra cuya única obligación sea pagar el precio u honorario, olvidando que existen otras también esenciales y/o secundarias (como las de ser diligente al adquirir materiales de probada durabilidad y que cuenten con garantía del fabricante, al contratar mano de obra calificada y debidamente inscripta conforme a la legislación laboral imperante, al disponer la intervención de los especialistas que correspondan según la complejidad del trabajo en cuestión [9], al encargar la representación de sus intereses a profesionales con

suficientes incumbencias como la ley manda y, por sobre cualquier otra cosa, a la hora de observar los consejos de estos.

Simétricamente, tampoco se puede seguir pensando en un contratista cuyo desempeño sea analizado únicamente con relación a lo inherente a la provisión de esa mano de obra y materiales, cuando lo más frecuente es encontrarse con sujetos empresarios que no poseen el más mínimo conocimiento científico no solo para diagnosticar la patología y terapéutica edilicia adecuada, sino que, yendo más allá, ni siquiera se encuentran capacitados para leer e interpretar debidamente pliegos y planos, ni organizar un proceso constructivo (esto es, la infinita secuencia de trabajos que llevan de la nada al todo). Resulta a todas luces injustificable que, por ejemplo, en nuestro país no se tolere la autodefensa de un profano en ciencias jurídicas en un proceso civil y comercial (donde las más de las veces, a lo sumo, puede perderse dinero) pero los Jueces sí admitan, aunque sea contra la ley, que en las obras se produzca una situación análoga, y no sancionen las conductas ilícitas de dueños y contratistas que acostumbran jugar al arquitecto o al ingeniero y a ejecutar obras en contravención, lo cual los convierte en partes de un contrato de objeto ilícito y los priva de la tutela judicial de sus derechos (artículos 953, 1167, y, fundamentalmente, 1626, todos del Código Civil) . Es que en las obras se pierde algo más que dinero, y, muchas veces, quienes lo pierden son terceros ajenos a su producción.

Entiéndaseme bien: Don José el contratista de albañilería y Don Ramón el de instalaciones eléctricas pueden seguir desempeñándose como hasta ahora. La ley no los obliga a estar diplomados ellos mismos en ciencia alguna, ni colegiados en ningún ente. Pero sí los obliga a contar con la representación de un experto en la materia, lo cual es perfectamente válido a la luz de lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Nacional. Por otro lado, la ley también obliga al dueño de la obra a cumplir las reglamentaciones urbanísticas y edilicias, lo cual un Juez sólo puede tener por acreditado (en tanto tales actos administrativos se presumen legítimos por imperio legal) si se cuenta con un permiso de construcción en regla otorgado por el órgano municipal competente (artículo 2611 del Código Civil y normas dictadas en su consecuencia).

Es por eso que el legislador ha creado también en las obras privadas, al igual que en las públicas, la absoluta necesidad de que se instrumente en los hechos la relación de representación a la que he estado aludiendo. Circunstancia –nunca será suficiente reiterarlo– respecto de la cual sería de desear que los Jueces hicieran mérito, al menos si se desea disminuir la siniestralidad del sector y no ir tras los hechos consumados. Es que si el Director de Obra no encuentra frente a sí a otro experto con quien hablar el mismo lenguaje científico, un abismo impedirá la comunicación y la consecuente implementación de las soluciones correctas. **[10]**

Nada de lo antedicho obsta para destacar que la intensidad de la prestación a cargo del Representante Técnico es mucho más intensa que la del Director de obra, lo cual surge incluso de las escalas arancelarias que han resuelto la cuestión adecuadamente, donde la función del primero es (como debe serlo) remunerada con un importante incremento de honorarios respecto a la del segundo. En tal

sentido, pueden consultarse el Decreto de la Provincia de Buenos Aires 6964/65 (ratificado por las Leyes 10.321, 10.405, 10.411 y 10416 -según se interpretara en los Decretos 4691/89 y 1726/09 del mismo Estado-) y la ley de la provincia de Salta 4.505. **[11]** Tanto, que en trazo muy grueso (para mayores precisiones, remito a anteriores publicaciones de mi autoría, véase L.L. B.A. año 17, n° 11, dic. 2010 pags. 1187 a 1200, y L.L. Litoral año 14 n° 11 dic. 2010 pags. 1181 / 1193) podría sostenerse que casi todo cuanto se ha predicado acerca de las obligaciones de un Director de Obra privada es, en nuestro Derecho, obligación a cargo de los Representantes Técnicos (que es a quienes corresponde conducir la obra, que no es equivalente a meramente inspeccionarla).

Es decir, de los grandes olvidados de la reforma de 1968.

5-La relaciones jurídicas de representación en particular: la representación de los intereses del dueño.

La misma (que por lo hasta aquí expuesto queda a cargo del profesional a cargo del rol de Director de Obra) es sin duda la más controversial, dada la desafortunada reforma introducida por la dictadura de 1968 al artículo 1646 del Código Civil. La cuestión a dilucidar ahora (a fin de responder a aquel planteo inicial acerca del “poder de mando” con el que supuestamente contaría el profesional a cargo del desempeño del rol) es hasta dónde se extiende esa representación, pudiendo distinguirse nítidamente las siguientes hipótesis de trabajo:

- a) Si nada se ha pactado sobre el particular, debe entenderse que quien desempeña el rol de Director de Obra cumple con sus obligaciones inspeccionándola durante su desarrollo, brindando al Representante Técnico del contratista las explicaciones que se le requieran sobre algún punto oscuro del proyecto, reformando a esta obra inmaterial si se le encomendara en los términos del artículo 1633 bis del Código Civil, y dando aviso en forma oportuna a su contratante (el dueño) acerca de las conclusiones que extraiga a través de sus inspecciones durante el proceso constructivo. Que el cableado no cumple con las especificaciones del proyecto, que la relación agua-cemento del hormigón no es la prevista en los cálculos estructurales ni las armaduras colocadas las allí dispuestas, que se verifica falta de escuadría entre muros, que los herrajes no son de bronce, que la madera no es del tipo contratado, que no se han realizado pruebas de estanqueidad en las instalaciones...En fin, todo aquello que pueda observarse mediante la diligente inspección de un experto, eso es aquello que es de esperar que detecte un Director de Obra, y que lo ponga en conocimiento de la parte que lo contrató. En tal encuadre fáctico, deberá entenderse, también, que queda a cargo del dueño, con el debido asesoramiento jurídico, ejercer sobre su contraparte en el contrato de locación de obra material (el contratista) las acciones judiciales o extrajudiciales que por derecho correspondan, ante el incumplimiento eventualmente detectado. Es que si dueño de la obra no ha otorgado poderes especiales al profesional, debe entenderse que se los ha reservado, y resulta irrito exigir que este haga aquello que no se encuentra

en su órbita, toda vez que *“Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto”* (artículo 910 del Código Civil).

- b) Ahora bien, si el dueño efectivamente hubiera otorgado esos poderes al Director de Obra, habrá que examinar no solamente la extensión de los mismos, sino una segunda cuestión: ¿el contratista se ha obligado, también, a someterse a ellos? Como se advierte, esta será una cuestión de hecho cuyo análisis excede los alcances del presente, y que se deberá determinar en cada caso en particular, cuidando tener presente la prohibición de extensión analógica que rige en la materia (artículo 1884 del Código Civil).

Con el fundamento hasta aquí desgranado, estoy dispuesto a sostener que ni siquiera en la hipótesis de máxima el Director de Obra tendrá en cabeza suya el “poder de mando” absoluto que algunos autores y precedentes enarbolan. Porque ni el más extenso de los poderes que un contrato pueda otorgarle cambiará la circunstancia de que a la empresa, como continente, la dirige el contratista y no aquel, y por lo tanto el control de los factores de producción le es ajeno. Ni le impedirá al contratista negarse a acatar sus órdenes y discutirlos judicialmente con su contraparte en el contrato de locación de obra material y no con él (artículos 629, 1634, 1946 y 1947 del Código Civil). Tampoco deberá soslayarse que ni aun cuando el contratista se haya obligado a realizar la obra a la entera satisfacción del profesional Director de Obra, perderá el derecho a resistir una orden que su Representante Técnico, o él mismo, juzguen inadecuada (artículos 629 y 1634 del Código Civil). Lo cual es una consecuencia natural de que, al fin y al cabo, el mandatario no puede hacer más que aquello que el mandante haría si obrara personalmente (artículo 1872 del Código Civil). De allí que un Director de Obra tenga tantas posibilidades de asegurar un resultado (que no depende de él sino de un sinnúmero de factores sobre los cuales no posee control alguno) como las que tiene un abogado con relación al éxito de una pretensión judicial o un médico respecto a la curación del paciente. Y ello sin contar con el siguiente ángulo, hasta donde sé nunca explorado: ¿cómo haría el Director de la Obra para obligar al dueño a adecuar su conducta a lo legalmente previsto? He aquí donde la realidad colisiona frontalmente contra los laboratorios: el verdadero poder de mando en una obra privada no viene dado por el Derecho, ni por la posesión de conocimiento científico alguno: es detentado –en el más estricto sentido del término– por quien tiene los medios económicos para costearla. He ahí quien manda.

Respecto al factor de atribución de responsabilidad que vengo predicando, señalo que 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”* (CN 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).

Como otra consecuencia de lo expuesto, ni aún igualando mediante un contrato el “poder de mando” de un Director de Obra privada con el de un Inspector de Obra pública se puede hacer desaparecer la circunstancia consistente en que quien contrajo las obligaciones en la relación jurídica sustancial es el dueño y no el profesional. Está claro que al dueño siempre le quedará el volverse contra su representante en obra (el director) pero nunca podrá desconocer lo hecho por este en su nombre, así como el Estado no puede deshacerse de aquello que el Inspector de Obra hizo u omitió hacer frente al contratista.

Es la mejor demostración, entiendo, de por qué el dueño de la obra no es un sujeto de derecho sin otra obligación que pagar precios y honorarios y con un gigantesco reaseguro para su negligencia e imprudencia, provisto por otros tres sujetos de derecho situados en la vereda de enfrente (hipótesis del artículo 1646 del Código Civil en su texto s/ D.L. 17.711). Por el contrario, el Director de Obra está situado junto a él, e incluso el dueño que lo contrató responde frente al contratista por la negligencia de aquel (artículo 1113 –primera cláusula- del Código Civil –analógicamente- y artículo 1946 del mismo cuerpo legal).

Cabe preguntarse si existe alguna previsión legal en el sentido que vengo propiciando, es decir, sostener la existencia de una componente de mandato (en ciertos supuestos y con innumerables grados) en el contrato celebrado por un Director de Obra con su comitente (que, dicho sea de paso, revela su inadecuación a lo legislado en materia de locación de obra material, y cuán desaconsejable es la extensión analógica de esos preceptos a la locación de obra intelectual, incluso cuando la segunda constituye una obligación intuitu personae y aquella, como regla no –Código Civil, artículos 1195 y 1641-). Por ejemplo, algún supuesto en el cual se haya legislado una remuneración adicional para aquel Director de Obra que asuma funciones que excedan el contenido básico y normal de la clásica encomienda, actuando en representación del dueño. Pues bien, la respuesta es afirmativa. En principio, puede citarse la norma general contenida en el artículo 1 del D.L. 7887/55, ratificado por ley 14.467: *“El presente Arancel fija los honorarios mínimos que deben cobrar los profesionales inscriptos en los Consejos Profesionales de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería,..., por tareas de ejecución normal. Para las tareas que ofrezcan dificultades o condiciones especiales corresponderán honorarios convencionales que se determinarán por acuerdo entre profesional y comitente”*. Lo cual deja en manos de los Jueces, en su caso, establecer honorarios adicionales incluso en supuestos no legislados expresamente, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 15 a 17, 1627, 1871 y 1952 del Código Civil, el párrafo final del artículo 165 del C.P.C.C.N. y disposiciones concordantes de otras legislaciones adjetivas. En otras palabras, cuando haya que determinar si se han otorgado poderes, y, en su caso, la extensión de esos poderes, también habrá que verificar si se ha cumplido con el pago suplementario de honorarios que (salvo pacto en contrario que no resulte lesivo en los términos del artículo 954 del Código Civil) siempre debe existir. Pero, más aún, contiene el D.L. 7887/55 la solución legal para un especialísimo supuesto, que viene a apuntalar mis conclusiones:

“Cuando el profesional confeccione planos y planillas y gestione su aprobación por las autoridades municipales o prepare documentación para gestionar créditos hipotecarios, percibirá en concepto de honorarios un adicional del 0,3% del costo definitivo de la obra” (artículo 58, ley cit.). En tal caso, si se tratara de responder a la pregunta ¿debía o no el Director de Obra encargarse de la obtención de los permisos necesarios en sede municipal, por ejemplo? La respuesta siempre será “depende”: habrá que ver si la encomienda adicional se ha formulado y aceptado (artículo 1144 del Código Civil) y si se han entregado, en su caso los instrumentos que suelen requerirse para acreditar la personería en la reglamentación aplicable en la jurisdicción de que se trate. Porque de lo contrario, petitionar por la obtención de tales permisos corresponde al dueño de la obra por derecho propio (artículo 14 de la C.N. y artículo 24 de la D.A.D.D.H) siendo además –como es– el sujeto pasivo de la obligación tributaria de pagar los derechos de construcción, toda vez que es quien realiza el hecho imponible. Y suya será la responsabilidad ante su falta (artículo 512 del Código Civil).

Concordantemente, se ha decidido 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).

No me propongo reiterar lo que ya he dicho en otros trabajos de mi autoría más arriba citados, pero el mandato y su extensión dejan de ser excepcionales para pasar a formar parte del paisaje en las obras ejecutadas por administración (un sistema, me apuro a aclarar, donde se invierten y hasta subvierten los roles de todos los agentes de obra mencionados a lo largo del presente, y que por ello sólo menciono aquí tangencialmente, para no introducir una confusión innecesaria). Lo cual llevó a decir a 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 corrientemente 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).

Espero haber demostrado por qué no se pueden juzgar responsabilidades en abstracto, con la mera cita de una jurisprudencia las más de las veces deformante, y sin considerar los hechos de cada caso concreto. Y, fundamentalmente, olvidando que, en nuestro Derecho, nadie es responsable por lo que es, sino por lo que hace o deja de hacer, encontrándose jurídicamente obligado. [12]

Y, por sobre cualquier otra cosa, que si donde se ve a un Arquitecto o Ingeniero automáticamente se ve a un constructor (olvidando que construir es ejercicio del comercio y no ejercicio profesional) y se pretende hacer ingresar a machaca martillo a los encargados de distintos roles profesionales en disposiciones diseñadas para empresarios constructores, la solución del caso concreto jamás será adecuada. Es que la analogía no llega a tanto.

Espero, también, que la comisión que estudia la unificación y reforma de los Códigos Civil y de Comercio, creada por Decreto 191/11, le dé una chance al monumental Derecho argentino de mostrar que no todo lo hecho allende los mares es, por eso y nada más, mejor que la construcción jurídica nacional. En otras palabras, invito a mirar hacia adentro, y a no importar soluciones jurídicas nacidas de otras tradiciones, y, muchas veces, aptas para formaciones estatales (v.gr., estados unitarios, monarquías parlamentarias, etc.) que no se corresponden con aquella que hemos adoptado para el nuestro.

6- Una interpretación posible del artículo 1646 del Código Civil en su texto actual.

Ríos de tinta han corrido para explicar la naturaleza de las obligaciones que de su letra emergen. De cuanto llevo dicho, no me queda sino ser categórico en sostener que en todos los escenarios posibles, la responsabilidad de cualquier profesional de la arquitectura o la ingeniería allí mencionado (Proyectista, Director de obra) u omitido (Representante Técnico) que no se desempeñe como empresario constructor, se traduce en obligaciones de medios. En mi apoyo, diré que se tiene decidido 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 - CNCIV - Sala K - Nro. de Recurso: K192034 - Fecha: 16-3-1997 - Vocal Preopinante: O HUEYO.)*

Claramente, la única obligación de resultado es la del contratista.

Para fundarlo, podría quien suscribe acudir al simple expediente del principio de no contradicción del orden jurídico, que en nuestro caso demuestra palmariamente que de esa naturaleza es la obligación del empresario constructor, pero no la de los profesionales de la construcción no constructores: así surge del juego armónico de lo dispuesto por los artículos 2 in fine, 5 y 40 de la L.D.C. 24.240, también de las disposiciones contenidas en los artículos 2 inciso a), 32 y 35 del estatuto de los

obreros de la construcción [13], y del reglamento de la Ley de seguridad e higiene 19.587 aprobado por Decreto 911/96 –en especial, artículos 3 a 10, 13, 15 y 16-). Todas ellas separan la responsabilidad de los profesionales que solamente ejerzan su profesión a cambio de una retribución consistente en honorarios, de la de las partes de la que reiteradamente he denominado relación jurídica sustancial: dueño de la obra y contratista.

Pero todavía queda el recurso no menor a la exégesis del propio artículo 1646 del Código Civil después de la reforma introducida por D.L. 17.711/68, en especial su primer y tercer párrafos:

“Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor provisto éstos o hecho la obra en terreno del locatario.

...

La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competir”.

Dos cuestiones me parecen relevantes. En primer lugar, si las de proyectista, director y constructor fuesen todas ellas obligaciones de resultado, ¿qué sentido tendría que esta norma jurídica tuviera los transcriptos primer y tercer párrafos? Bastaba colocar a todos juntos en el primero, y poner a su cargo el fracturar el nexo de causalidad. Por ejemplo, mediante la siguiente redacción:

“Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el proyectista, el director y el constructor son responsables por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor provisto éstos o hecho la obra en terreno del locatario.

La segunda es, quizá, tan relevante como la primera: si el tercer párrafo extiende la responsabilidad al proyectista y al director de obra “...según las circunstancias...” (lo cual no hace el primero, y no es este un dato menor) reflexiono acerca de lo siguiente: si los Jueces deben explorar los hechos antes de extender la responsabilidad, ¿eso no es, precisamente, determinar si existen factores de atribución subjetivos que hagan procedente esa extensión?

Finalmente, espero aún por algún fundamento jurídico que me convenza acerca de por qué la responsabilidad de todos los demás profesionales liberales es juzgada con base en factores de atribución de responsabilidad subjetivos, excepto la de los nombrados. Hasta que no la vea, sostendré que el distingo, en su raíz, no tiene bases jurídicas, sino sociológicas. Y, en el día a día de los Tribunales, en un mero copy&paste.

Notas:

[1] En contra, C.N.CIV, Sala J, Quispe Quecaño, Fausto c/ Páez, Juan C. y otros, L.L. 2-3-05, 12-108621). Ídem, C.N.CIV. - Sala K - Nro. de Recurso: K192034 - Fecha: 16-3-1997 - Vocal preopinante: O. Hueyo, ElDial - AE516, Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios, sentencia definitiva -); Ídem, C.N.Civ., sala H, “Benítez, María c.Giordanelli, Alejandro y otros, L.L. 2001-A-21). Ídem, 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).

[2] *Cfme.* CC.Com. de San Isidro, sala 2, 29-4-94, “Di Rico, Vicente Antonio c/Eyherachar, Jorge s/Cobro de australes”, sum. Juba B1750289; ídem, C2^aCCom. de La Plata, sala 3, 24-4-97, “Díaz, Carlos A. c/Rodríguez, Juan C. y otra s/Incumplimiento contractual y daños y perjuicios”, sum. Juba B352536); ídem, CCCom. de San Isidro, sala 2, 29-4-94, “Di Rico, V. A. c/ Eyherachar, Jorge s/Cobro de australes”; ídem, C2^aCCom. de La Plata, sala 3, 24-4-97, “Díaz, Carlos A. c/Rodríguez, Juan C. y otra s/Incumplimiento contractual y daños y perjuicios”, sum. Juba B352592); ídem, CCCom. de Quilmes, sala 2, 1-10-2002, “Dorozkin Esteban c/Alcaraz, Pablo s/Cumplimiento de contrato”, sum. Juba B2951424); ídem, CCCom. de San Isidro, sala 2, 28-11-96, “Carballo y CASACIF s/Quiebra c/SIRSA San Isidro Refrescos SAIC s/ Cobro de pesos”)

[3] En tal sentido, puede consultarse la Resolución 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires.

[4] Tal vez incorporando un texto como el siguiente, o similar: “el Director de Obra es la máxima autoridad del proceso constructivo, y el o los contratistas se encuentran obligados a acatar sus órdenes, bajo sanción de...”. Es lo que parece insinuar la L.O.E. española 38/99, con algunas cortapisas (artículo 11. 2. a) pero se trata de un sistema normativo absolutamente incompatible con nuestro orden jurídico. Entre otras cosas, allí se divide el rol de Director de Obra en dos diferentes que pueden estar a cargo de profesionales distintos, lo cual no existe en nuestro derecho (artículos 12 y 13); la obra puede ser dirigida por una persona jurídica –estableciéndose unas rarísimas y nuevas relaciones de representación- mientras en la República Argentina ello no es posible (artículos 12.3.a y 13.2.a); el promotor (dueño de la obra) queda obligado frente a terceros adquirentes solidariamente con todos los demás agentes del proceso constructivo (artículo 17.3); los actos jurídicos que se celebran son casi siempre formales, mientras en Argentina el contrato de locación es consensual y no formal; el Representante Técnico puede, en algunos supuestos, carecer de titulación alguna (artículo 11.2.c) mientras en nuestro país ello se encuentra fulminado, especialmente por la legislación local. Y, fundamentalmente, España es una monarquía parlamentaria, y Argentina una república federal integrada por estados dotados de gran autonomía. Además, la L.O.E. 38/99, al no derogar expresamente el artículo 1591 del Código Civil Español, ha creado unas confusiones interpretativas extraordinarias. Lo cual demuestra, creo, el cuidado con el cual debe tratarse el derecho comparado, y, simultáneamente, lo inadecuado de transvasar soluciones legislativas de un país a otro.

[5] Sólo se ha de cerrar los ojos y tratar de imaginar a un código de fondo estableciendo con precisión la responsabilidad del patrocinante letrado (¿sería igual, en todo caso, a la del letrado apoderado?) o del Director Técnico de un establecimiento farmacéutico de propiedad de una persona no graduada en tal ciencia (artículos 14 incisos c) y d), y 15, todos de la ley de la provincia de Buenos Aires 10.606). Por ejemplo. Dejo, además, sentada opinión respecto a que la mayoría de los Códigos Civiles que hacen referencia expresa a los arquitectos, se refieren a los arquitectos constructores (artículos 2004 y 2006 –a contrario sensu- del Código Civil Chileno). O los tratan como conceptos análogos, con evidente desacierto (artículo 1844 del Código Civil Uruguayo, “El arquitecto y el empresario...”), lo cual sería equivalente a decir “el médico y el dueño del establecimiento sanatorial”. ¿Se debe responsabilizar igualmente a un Pediatra que espera al niño por nacer y al dueño de la Clínica donde el alumbramiento ocurrirá? No lo creo. Por ello, salvo referencias expresas a Directores de Obra (que las hay, aunque en ordenamientos jurídicos muy diferentes al nuestro) a mi entender se debe interpretar que en las legislaciones citadas se alude a

un Arquitecto que se desempeña como empresario constructor. Esa es, por otro lado, la diferencia que se ha plasmado en nuestro orden jurídico (ver el claro distingo que surge de los artículos 2 inciso a) y 32 de la ley 22.250, los artículos 2 y 40 de la Ley 24.240, y el reglamento de la ley 19.587 –artículos 4 y 16 del anexo I, Decreto 911/96-)

[6] Por ejemplo, véanse artículos 2 y 39 del D.L. 6070/58, ratificado por ley 14.467

[7] Por supuesto, nada obsta a que se den circunstancias particulares, creando situaciones semejantes a la del profesional farmacéutico que representa a su propio establecimiento (artículo 14 inciso a) de la ley de la Pcia. de Bs. As. 10.606) o a la del abogado que litiga en causa propia.

[8] La norma del artículo 1632 del Código Civil constituye un verdadero anacronismo y a la vez un sinsentido notable, que no puede disculparse ni siquiera a la época de su sanción, porque el mismo Vélez denotó la importancia que asignaba al poder de policía municipal al rechazar la cautio damni infecti (nota al artículo 1132) y también en los artículos 2646 y 2729. Es que si no hay ajuste sobre el modo de hacer la obra, plano, medida ni instrucciones, es porque se violaron numerosas leyes de orden público, toda vez un objeto edilicio no puede ser realizado sin un permiso de construcción, y ningún permiso se otorga sin la aprobación de un proyecto. Por ende, el contrato es nulo de nulidad absoluta, el error de derecho resulta inadmisibles, y la costumbre no puede ser invocada (artículos 17, 18, 20, 21, 923, 953, 1044, 1047 del mismo cuerpo legal). Y los Jueces no pueden tutelar el derecho de dos partes que estuvieron de acuerdo en violar la ley, o, cuanto menos, pactaron en contra de sus prescripciones (artículo 1626 del Código Civil).

[9] Un especialista imprescindible en cualquier obra es el encargado de planificar y custodiar la seguridad en el proceso constructivo, rol que por imperativo legal no puede ser desempeñado por el Proyectista, el Director de Obra ni el Representante Técnico, y por cuya omisión de designación y actuación son solidariamente responsables el dueño de la obra y el contratista (cfme. reglamento de la Ley 19.587, aprobado por Decreto 911/96 –véanse especialmente artículos 4 y 16 del anexo I – texto s/ Res. S.R.T. 1830/05). Un especialista necesario en obras de mediana magnitud puede ser un profesional con incumbencias para realizar estudio de suelos, como lo sería un Ingeniero Civil (cfme. Código de la Edificación de la C.A.B.A., parágrafos 2.5.7.5., 5.3.2.1 y 5.3.2.6, y Res. M.E.C. y T. 1232/01, anexo V, apartado B).

[10] Vuelvo a remitir, en este punto, a la Resolución 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires.

[11] En la legislación citada, en promedio, el desempeño del rol de Director de Obra se retribuye con un 3,4% del costo total de la obra, mientras que a su opuesto, el de Representante Técnico, corresponde un 5%.

[12] Por ello, ante cada artículo de doctrina que verse sobre “responsabilidad de arquitectos e ingenieros” invito a reflexionar acerca de lo siguiente: ¿de un arquitecto o ingeniero cumpliendo qué rol en el proceso constructivo?

[13] Cfme. 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.-). Ídem, C.N.A.T. Sala VIII Expte n° 33621/96 sent. 26978 19/10/98 “Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ ley 22.250” (M.- B.-).

[14] **Codice italiano de 1942, art. 1669. Rovina e difetti di cose immobili:** *“Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta. Il diritto del committente si prescrive (2934) in un anno dalla denuncia”.*

Código Civil Argentino, art. 1.646: *“Tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los*

materiales, haya o no el constructor provisto éstos o hecho la obra en terreno del locatario. Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla. *La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competir.* No será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por una ruina total o parcial”.