

Voces: CONSTRUCCIÓN DE OBRA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - INGENIEROS Y ARQUITECTOS - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - EJECUCIÓN DE OBRA - DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Título: Los artículos 1053 y 1269 del Código Civil y Comercial, la Dirección de las Obras, y la consagración legislativa de un cambio de paradigma

Autor: Bertone, Sergio O.

Fecha: 21-mar-2017

Cita: MJ-DOC-10659-AR | MJD10659

Producto: MJ

Por Sergio O. Bertone (*)

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial me ha llevado a desgranar numerosas reflexiones, algunas de las cuales motivaran que el Dr. López Mesa, en su artículo «Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación», me hiciera el altísimo honor de finalizar con mis palabras (1), lo cual no ha hecho sino acicatearme. Y, lo cierto es que no solamente no he cambiado de opinión, sino que sigo encontrando en el nuevo cuerpo legal soluciones que pueden ser desafortunadas o no, según se las interprete razonable y coherentemente con el resto del ordenamiento, o se lo haga literalmente y en forma aislada de él (es decir, ignorando las magníficas disposiciones que el mismo contiene en sus arts. 1 y 2).

Con ese norte en miras, me propongo, ahora, penetrar en la disposición contenida en el art. 1269 del Código Civil y Comercial, de donde surge lo siguiente: «Derecho a verificar. En todo momento, y siempre que no perjudique el desarrollo de los trabajos, el comitente de una obra tiene derecho a verificar a su costa el estado de avance, la calidad de los materiales utilizados y los trabajos efectuados».

¿Se trata, en verdad, de un mero derecho? Suponiendo que así fuera (adelantando opinión, diré que a mi entender no es así) ello no importaría que el mismo no pueda ser limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio, conforme al art. 14 de la Const. Nac. Y lo cierto es que las leyes que lo limitan son numerosas.

Es que los actos en que se materializa ese «derecho» (enunciativamente, «...verificar a su costa el estado de avance, la calidad de los materiales utilizados y los trabajos efectuados») constituyen nada menos que el núcleo del rol de un director de obra, que precisamente tiene

esa misión:inspeccionar la obra, para verificar que a su comitente le entreguen aquello que le prometieron (2). Y resulta lógicamente innegable, y jurídicamente irrefutable que dirigir una obra constituye una actividad reservada a arquitectos e ingenieros de diferentes especialidades, por imperio de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 24.521 y los actos administrativos y reglamentos sancionados en su consecuencia. Pero, además, no hay que olvidar las razones de esa reserva: la misma está enderezada a aquellos «títulos correspondientes a 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», respecto a los cuales «El Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos» (3).

Es por ello que conforme a la «ratio legis» del dispositivo citado, si el comitente tuviera en verdad un mero derecho a inspeccionar los trabajos, que pudiera ejercer o no a su antojo sin consecuencias, e incluso a hacerlo por sí mismo, lo menos que puede decirse es que ello sería no solo en desmedro de sus propios intereses, sino -y esto es lo medular- fundamentalmente de los de la sociedad toda.Dicho de otro modo, la disposición recién transcrita es de orden público.

Por lo demás, y en la misma línea trazada por la Ley 24.521, pueden citarse tanto las leyes de policía de las profesiones sancionadas por las provincias en uso de sus competencias jamás delegadas en la nación(4), cuyas legislaturas invariablemente han establecido que solo los poseedores de determinadas titulaciones, encontrándose debidamente matriculados, pueden realizar tales actos (5). Y ello sin olvidar que, correlativamente, se ha acuñado el tipo penal por imperio del cual el ejercicio de una actividad profesional para la cual se requiere una habilitación especial, sin poseer ese título o esa habilitación, constituye delito de acción pública (art. 247 -1er párrafo- del Código Penal)

No menciono, porque no podría, los innumerables reglamentos de policía edilicia que imponen, también con carácter de orden público y valor de ley en sentido formal y material (6), y como requisito obligatorio para realizar una obra, que el peticionario del permiso de construcción (o sea, el comitente) designe a un director de obra con suficientes incumbencias para que inspeccione el trabajo del o los constructores, y así verificar que este se adecue al proyecto aprobado o válidamente modificado (arts. 1970 y 1264, C.C. y Com.)

Con lo expuesto, ya se advierte que, si el art. 1269 del C.C. y Com. en verdad otorgase al comitente de una obra edilicia un derecho, pues lo menos que puede decirse al respecto es que ello no quiere decir que él pueda ejercer ese derecho por sí mismo.

Ni qué decir cuando se interpreta el citado art. 1269 y el plexo normativo citado hasta aquí, armónicamente con la disposición contenida en el art. 1053 inciso a) del mismo cuerpo legal, que derrumbará la suavidad con la que, en los decisorios judiciales, suele tratarse la negligencia de comitentes y adquirentes.Porque ahora, la ley requiere determinadas calidades para esa inspección, y lo hace bajo apercebimiento de severísimas consecuencias para quien omite dar intervención a los especialistas que el Estado forma con fondos del erario, precisamente para encargarse de esas inspecciones.

En efecto, por si alguna duda quedase acerca de cuáles son los conocimientos que la ley requiere para los sujetos que han de encargarse de las inspecciones que exige el nuevo

sistema normativo, el propio Código en su artículo 1053 (a donde reenvían las normas sobre vicios en los contratos de obra, cfme. arts. 1270 a 1272 del C.C. y Com.) se encarga de despejarla, en los siguientes términos: «Exclusiones. La responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a. los defectos del bien que el adquirente conoció, [o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición], excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquellos. [Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega]».

La norma transcrita posee una importancia extraordinaria, pues si -de entre muchos- hay un acto de inspección por excelencia que ha de realizarse en representación del comitente en un proceso constructivo, ese es el acto jurídico de recepción de la obra (arts. 1270 y 1272 del C.C. y Com.) (7).

En su virtud, y por imperio de lo dispuesto por el art. 1053 inciso a) del C.C. y Com., sostendré que todo aquello que se ha escrito y decidido en materia de vicios y su apreciación por un hombre común al momento de la recepción del objeto edilicio concluido (en lo inherente a detectar vicios y determinar cuáles de ellos son aparentes, cuáles ocultos, y, de unos y otros, cuáles ruinógenos) ha quedado fulminado por esta disposición legal, que, con toda lógica, hace caer, ora sobre el comitente de una obra, ora sobre el adquirente de un inmueble edificado, las consecuencias de recibirlos sin convocar para ello al acto de recepción a un experto en la materia (art. 1724, C.C. y Com.) (8). Ello así, a no ser que alguien conozca algún objeto tan complejo, y por ende costoso, como un inmueble edificado, y la consecuente necesidad de conocimientos científicos para la determinación de sus patologías edilicias o funcionales. Es casi una obviedad, pero no puedo evitar agregar que tales productos, en nuestro país, son mayoritariamente realizados de manera artesanal, no en serie como, v.gr., podría serlo un sofisticado automóvil. De donde no cabe exigirles la perfección de un objeto creado por una máquina, ni es leyendo manuales de uso que se comprende su física.

Dicho de otro modo, y con evidente acierto, la ley ya no permite que los jueces ponderen, para determinar la diligencia de quien recibe, el parámetro del «buen hombre de negocios», sino que requiere el ojo avizor de un experto en la materia, exigiendo un «examen adecuado a las circunstancias del caso», el que, tratándose de inmuebles edificados, solo será tal si se encomienda la realización de ese examen a quien posea los conocimientos técnicos y científicos apropiados para inspeccionar el objeto (9).

Por lo demás, y de acuerdo con lo expuesto, la cuestión tampoco se encuentra regida por los usos y costumbres (se entiende su mención, porque los arts. 1051 y sgtes. del C.C. y Com. se refieren a cosas de las más diversas especies, no solamente a inmuebles) sino que lo está por un plexo normativo gigantesco, como mínimo del mismo rango que el Código Civil y Comercial. Lo cual vuelve inaplicables a los usos y costumbres (art. 1 -parte final- y 2 del mismo cuerpo legal). Pero aun si así no fuera, me pregunto cómo un juez podría encontrar razonable y diligente que alguien recibiera algo tan complejo y costoso como un objeto edilicio sin convocar a un experto al efecto, cuando es público y notorio que en nuestro país nadie adquiere ni siquiera un automóvil usado sin antes mandarlo revisar exhaustivamente (arg. arts. 3 y 1725, C.C. y Com.).

Párrafo aparte merece la cuestión inherente a la seguridad de la población en materia de colapsos estructurales y otros estragos, estrechamente ligada con lo precedentemente expuesto. La cual (si de verdad se pretende prever la siniestralidad y no continuar detrás de

ella) seguirá conduciéndose por mal camino si los jueces continúan dispensando a los comitentes del incumplimiento de sus obligaciones (v.gr., convocar a expertos cuando la ley lo requiere, obtener los permisos administrativos pertinentes, contratar solo a constructores que cuenten con mano de obra debidamente inscrita, planes de salud y seguridad y máquinas e implementos adecuados, y, en general, prestar todos los deberes de colaboración que requiere la enorme empresa ínsita en realizar una obra inmueble, arg. art. 1257 inciso b) , C.C. y Com.). En tal sentido, reflexiono acerca de por qué razón el Legislador habrá olvidado mencionar en el art. 1277 C.C. y Com. a los comitentes, cuando estos son un agente más del proceso constructivo (y yo diría que uno no menor). Pero afortunadamente existen otras disposiciones en el nuevo ordenamiento que permiten llegar al mismo resultado que si así hubiera sido (conf. arts. 1710, 1717, 1724 y ccdtes., C.C.y Com.).

No se soslaye tampoco (si bien he sostenido -y mantengo aquí- que la disposición contradice a numerosas normas del mismo Código y de leyes especiales del mismo rango normativo, por lo cual requiere apremiante interpretación coherente con ellas) la válvula de escape consagrada en el art. 1274 inciso a) del C.C. y Com., que libera graciosamente al comitente vendedor de una obra, de la extensión de responsabilidad que allí se dispone, tanto entre partes como frente a terceros. Para dar un ejemplo grandilocuente, piénsese en un comitente que ha encomendado por primera, y tal vez por única vez, la realización de una torre de viviendas con treinta o cuarenta semipisos, a quien llamativamente no se le extendería la responsabilidad si esta disposición fuera interpretada en forma aislada del resto de las contenidas en el nuevo sistema normativo (que frecuentemente dispone lo contrario), también las de la Ley 24.240, e incluso de su fuente, el Código Civil de Francia (10).

En su virtud, y si la ruina edilicia es de orden público como efectivamente lo es, entonces he de predicar que debe protegerse a la sociedad también de los actos u omisiones de los comitentes de las obras, que, además, cuentan con poderosos escudos para limitar su responsabilidad (fideicomisos inmobiliarios, S.R.L., S.A., etc.) y, cual contracara de la misma moneda, con fuertes incentivos para maximizar sus ganancias a costa de incumplir -y determinar con su poder de negociación económico a otros a hacerlo- leyes y reglamentos, apropiando la enorme renta inmobiliaria y dejando a personas físicas en el sitio de los patos de la boda para responder por ellos (arg. arts. 1274 -incisos b) y c)- , 1277 y ccdtes., C.C. y Com.). Lo cual, no es, conforme a los fundamentos jurídicos precedentemente expuestos, justo, equitativo, razonable, y ni siquiera legal, ya que el C.C. y Com. debe ser interpretado «de modo coherente con todo el ordenamiento» (art. 2, C.C.y Com.)

Es que, como lo he sostenido en otros trabajos (12)-a las obras las inspeccionan los profesionales, pero las «dirige» quien tiene el verdadero poder de mando en ellas. Y tal sujeto es, generalmente, quien las paga: su comitente. Y que es, llamativamente, quien goza de protecciones excesivas en el nuevo sistema normativo. Realidad fáctica que ha sido reconocida por autores de la talla de López Mesa (13).

Ahora bien, si es cierto que una recta interpretación de los arts. 1053 inciso a) y 1269 del C.C. y Com. y demás fundamentos expuestos precedentemente aparejan, entre sus múltiples aristas, necesariamente que se los armonice de modo tal en que ello conduzca a proteger a la sociedad de la desidia de los comitentes (imponiéndoles a estos la designación de un director de obra), no lo es menos que a idéntica solución se arribará si -a la inversa- lo que se trata de proteger es a los comitentes -y a los futuros adquirentes, transeúntes, linderos, etc.- de la desaprensión de los constructores y desarrolladores inmobiliarios, también agentes del proceso constructivo a los que suele verse blindados dentro de los continentes de las S.A. o S.R.L., y

esperanzados en que sean los profesionales liberales (a la sazón, los únicos que responden invariablemente con todo su patrimonio, ya que solo una persona física puede ejercer profesión) quienes paguen por sus incumplimientos.

A guisa de ejemplo, y en tal sentido, no ha de olvidarse que el nuevo ordenamiento ha consagrado las obras ejecutadas «llave en mano» (art. 774 inciso c) , C.C. y Com.). Lo cual importa, básicamente, la posibilidad de que un constructor ofrezca al comitente la realización de un proyecto del que es autor, o cuyos derechos intelectuales adquirió de un tercero conforme al art. 55 de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723. Es por ello esencial advertir que, en un proceso constructivo así organizado, se encuentra prohibido que los roles de constructor y/o de representante técnico de este, y director de obra, sean desempeñados por una misma persona en un mismo proceso constructivo, tanto por las normas éticas de policía profesional como, a veces, incluso por los propios reglamentos edilicios (15).

Nunca será suficiente reiterar dónde estriba el sentido de tales normas: es que si alguien construye su propio proyecto y además «dirige» la obra, ¿cómo será de esperar que vaya en contra de sus propios intereses, criticando las calidades de aquello con lo cual comercia? ¿Y quién verificará, en nombre del comitente -y, nunca será suficiente reiterarlo, mediatamente también en interés de toda la sociedad- que el cableado posea las secciones planificadas, que las cañerías sean de los diámetros y materiales adecuados y los desagües sean correctos, que el hormigón armado tenga las dosificaciones y armaduras reglamentarias, y miles de cuestiones similares especificadas en el proyecto? Es precisamente por ello que se requiere que quien inspeccionará la obra en representación de los intereses del comitente (no confundir representación con mandato, me refiero al haz de intereses a los que ha de responder el director de obra) tenga total independencia del constructor, no perciba beneficio alguno de este (no por nada el art. 1269 C.C. y Com. reza «a su costa»), obviamente no sea la misma persona, y mucho, pero mucho menos, que directamente no exista la cobertura del rol (16).

Empeora la situación la muy frecuente y viciosa práctica consistente en que el constructor declare en sus contratos con el comitente que él solo suscribirá los planos en tal carácter -el de director de obra-, pero que no percibirá honorarios por un rol que, lógicamente, no desempeñará, pues nadie puede controlarse a sí mismo. Es que, al así actuar, el constructor -al ocupar un sitio vaciándolo de contenido- habrá eliminado toda posibilidad de control del comitente sobre él, dejándolo virtualmente desarmado. Además, se trataría de un pacto prohibido por la ley, ya que los reglamentos de policía edilicia son de orden público, y, por ende, aún reputado un acto jurídico simulado, esta sería ilícita y por ende nula de nulidad absoluta (art. 333, C.C. y Com.) ya que, obvio es decirlo, a la administración activa no se la puede engañar, pues ella existe para proteger los intereses de toda la población.

Por todo lo expuesto, opino que aquello que el art. 1269 del Código Civil consagra, en realidad, es la obligación del comitente de verificar, y de hacerlo a través de un director de obra distinto del constructor y/o del representante técnico de este. O, cuanto menos, la carga de hacerlo. Y la cuestión dista de ser baladí, pues los efectos jurídicos son relevantes, ya que si el dueño omite hacerlo, debe cargar él con las consecuencias de su propia negligencia (artículos 1257 inciso b) y 1724, C.C. y Com.). Por ejemplo, si el dueño recibe la obra sin convocar al director de obra al acto jurídico de recepción para que la inspeccione (artículo 1272 2da parte, C.C. y Com.) la obra debe tenerse igualmente por recibida, ya que, salvo pacto en contrario estipulando una forma determinada para ello, la recepción de una obra sigue siendo un acto jurídico no formal (C.C. y Com., artículos 284, 971, 1015 y 1272) (17). Y la recepción sin reservas por el dueño purga los vicios aparentes (entendiendo por tales aquellos que un

experto -reitero: no un hombre común- hubiese podido detectar con una inspección diligente) por imperio de lo dispuesto en los artículos 1053 inciso a) 1054, 1270, 1271 y 1272 inciso b) del C.C.y Com., y hace nacer el cómputo de los plazos de caducidad y prescripción por vicios ocultos, sean estos ruinógenos o no.

Desde otra óptica, debo reconocer el acierto ínsito en ese mismo artículo 1269: es que si el comitente puede inspeccionar el trabajo del constructor; si para hacerlo debe valerse del director de obra por las razones previamente expuestas, y si, no obstante, ello solo es posible a condición de que al hacerlo «no perjudique el desarrollo de los trabajos», pues... ¿de qué «poder de mando» sobre el constructor, en cabeza del director de obra, se hablaría a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento, como lo han hecho muchos fallos y autores durante la vigencia del anterior, para adjudicarle la condición de guardián jurídico -hoy fulminada por el párrafo final del art. 1768, C.C. y Com. -?

Esta cláusula, a mi juicio, ha terminado por derribar un verdadero mito, que nunca tuvo asidero jurídico alguno. Adiciónesele que el concurso de voluntades del comitente y el constructor puede variar el proyecto sin importar qué opine el director de obra, y tal vez se verá todavía con más claridad la cuestión (art. 1264, C.C. y Com.)

En efecto, la creencia casi esotérica en un «poder de mando» que, como lo he dicho en otros trabajos (19), en primer lugar jamás existió, y tampoco es posible que exista, en una obra regida por el derecho privado (donde el norte hacia el que se apunta es a tratar de igualar el poder de negociación de las partes, no a desequilibrarlo) no tendrá ya dónde hacer pie. Ello salta a la vista: ¿cómo daría el ordenamiento al comitente ese virtual «as de espadas» frente al constructor, si el director de obra en verdad tuviera tal poder de mando sobre este último? Más allá de que, en rigor, ninguna ley emanada del Congreso de la Nación dispuso jamás tal cosa, sino todo lo contrario -C.C., art. 910; C.C.y Com., art. 1269 (20)-, alguna vez habrá que entender que a tal «poder de mando» sobre el constructor, en nuestro Derecho, solo lo tiene el inspector de una obra pública, porque este actúa la voluntad del Estado. Y que ello ocurre solamente en virtud del carácter exorbitante del derecho administrativo, por imperio del cual las partes del contrato de obra no se encuentran en un pie de igualdad, y porque -con razón- las leyes locales lo establecen expresamente. Es decir, todo lo contrario a aquello que ocurre en una obra regida por el Código Civil y Comercial.

Tanto es así, que incluso si el comitente celebrara con el director de obra, además, un contrato de mandato, y le otorgara los más extensos poderes que pudieran concebirse, para que este actúe en su nombre y representación en el marco de un contrato de obra en el que el constructor se haya obligado a cumplir con las más severas estipulaciones contractuales bajo apercibimiento de concretas sanciones pecuniarias (21), aún así el director de obra no podría ir más allá de donde podría su mandante si actuara personalmente, lo cual nunca puede llegar a convertir a la contraparte en una suerte de subordinado. Ello sin olvidar que, en todo caso, estaríamos hablando de regulaciones creadas en uso de la autonomía de la libertad, y no de poder de mando alguno que venga impuesto por la ley. Es que, si existiera tal poder de mando, ello supondría necesariamente otorgar al director de obra la capacidad de impartir órdenes con consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento. Y dar órdenes, en nuestro derecho, no es sinónimo de brindar instrucciones, formular emplazamientos, ni, en fin, nada que pueda hacer un contratante con su contraparte: órdenes solo imparte un superior jerárquico, un empleador, o el inspector de una obra pública (todas regulaciones propias de ramas del derecho distintas). A todo evento, y como se tiene decidido, una orden de servicio emanada de este último constituye un acto administrativo, cuya legitimidad se presume, y que debe ser atacada

tempestivamente en sede administrativa, so pena de quedar firme (22). Algo impensable en una obra regida por el derecho privado.

En consecuencia, en nuestro derecho civil y comercial, las divergencias en materia de contratos de obra y de servicios, como en cualquier otro contrato, las zanján los jueces competentes; y no ningún personaje con presuntos poderes mágicos, cuya naturaleza jurídica nadie podría explicar (24).

Por si alguna duda quedase, el nuevo ordenamiento ha distinguido nítidamente la actividad de un profesional liberal de la de un sujeto empresario. En su virtud, no importa qué título se tenga, sino qué rol se desempeñe en el proceso constructivo. Y si se está a cargo del director de obra, se ejerce profesión, no empresa (25). Por lo tanto, en su desempeño, no se puede prometer resultado alguno -mucho menos eficaz-, ni reproducible, ni susceptible de entrega (art. 1252, C.C. y Com.) (26) toda vez que el director de obra no entrega absolutamente nada: quien entrega una obra es quien la construye, no quien la inspecciona en representación de los intereses del comitente. Y nadie puede prometer el resultado de la actividad de un sujeto en cuya organización empresarial no participa, sobre la cual no tiene poder de mando alguno dado por la ley, que se encuentra situado en el polo opuesto de la relación jurídica sustancial del proceso constructivo (a saber, la celebrada entre el comitente y el constructor) y, para más, con quien nunca se vinculó siquiera contractualmente. Si así no fuera, para responder en la misma medida y por el hecho de otro, ningún arquitecto o ingeniero asumiría aquel rol: implemente se convertiría en constructor él mismo, percibiendo un beneficio (precio) de naturaleza empresarial, y no un honorario de naturaleza alimentaria, circunstancia que debería fulgurar ante la vista de cualquier intérprete. Por esa razón, el nuevo sistema normativo ha venido a reconocer que un director de obra no asume el riesgo propio de la empresa (art. 1768 párrafo final, C.C. y Com.) (27) y, por ello, la responsabilidad del constructor únicamente se le extiende «según la causa del daño», lo cual conduce necesariamente a un supuesto de responsabilidad subjetiva (arts. 1274 inciso c), 774 inciso a), 1721, 1722 y 1724, C.C. y Com.). Por ello, también, el profesional director se encuentra excluido de la relación jurídica laboral con los obreros de la construcción (art. 2 inciso b), Ley 22.250 (28), y también de la relación de consumo y, por ende, de las obligaciones de resultado y la solidaridad pasiva nacidas en su contexto, y no puede ni debe otorgar garantía alguna por su trabajo intelectual (arts. 2 y 40, Ley 24.240, y art. 1 de su D.R. 1798/94). Y, finalmente, por ello él no responde -es más: tiene incompatibilidad absoluta para encargarse de su planificación y control- por la adopción de las medidas de salud y seguridad en obra (arts. 4 y 16 -párrafo final- del Decreto PEN 911/96, reglamentario de la Ley 19.587).

Ello se compadece, a mi modo de ver, con la premisa de interpretar la ley de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2, C.C. y Com.)

A partir de ahora, se abre una disyuntiva: podremos hablar de derecho y racionalidad, o seguir con el «copy & paste» de opiniones obsoletas, que dividieron el universo del proceso constructivo únicamente entre obreros y empresarios (como si no hubiera agentes del mismo que no son ni lo uno ni lo otro). Y que concibieron normativamente al comitente como alguien que no contraía obligación de colaboración alguna (arg. art. 1257 inciso b), C.C. y Com.) y, por ende, a quien que se le toleraba cualquier acto u omisión ilícito e incluso el alegato de la propia torpeza, so pena de la «profesionalidad» con la que cuenta su contraparte (29). En fin, como si alguien pudiera liberarse con solo pagar el precio, de todo un enorme complejo de obligaciones secundarias y / o de colaboración, de toda diligencia y prudencia exigible a cualquier buen contratante, que la ley pone en cabeza suya, entre otras razones, porque es él quien hace

nacer la obra, porque es él quien la paga, y, por ende, porque las más de las veces es él quien determina su curso, imponiendo su voluntad. Y ese es el verdadero poder de dirección.

Es decir, se puede obviar lo dispuesto por los arts. 1 a 3 del C.C. y Com., y hasta decidir los casos como si estos no estuviesen escritos. Entonces, nada habrá cambiado.

(1)Expresó el maestro López Mesa: «En el cierre diremos que nos parecen agudas las palabras de Sergio Bertone, un abogado y arquitecto, que es uno de los pocos que se ha ocupado técnicamente de este tema, que transcribimos a continuación: "Enfrentando uno de los problemas interpretativos más engorrosos que he tenido ante mí, me propongo abordar la responsabilidad por vicios de distinta entidad (al fin y al cabo, la ruina edilicia no es más que consecuencia de uno o varios de ellos). Donde, adelanto opinión, aquello que parece claro es de todo, menos claro, y nunca tuvo más sentido el concepto de Código en tanto sistema normativo.O, dicho de otro modo, la mejor manera de ir por caminos erróneos será tratar de entender el problema mirando el árbol (exclusivamente los arts. 1051 a 1058 y 1270 a 1276 del C.C. y Com.) en lugar del bosque"*. Ojalá los operadores jurídicos no desoigan este llamado a la prudencia y a la visión panorámica, interpretando ciegamente y sin distinciones este régimen que hemos analizado y que tanto puede ser una solución como un problema, según la ciencia y la formación del juez que lo emplee». (Diario La Ley del 4 de abril de 2016.). La cita * es de BERTONE, Sergio: «Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina, en el Código Civil y Comercial», en DJ, N.º 31 (5/8/2015), pp. 1-14.

(2) Res. del Colegio de Arquitectos bonaerense (CAPBA) 41/15; Res. del Colegio de Arquitectos de Chubut (CACH) 30/15; Res. del Colegio de Arquitectos de San Luis 27/12 (CASL); BERTONE, S.: «El mito del director de obras omnipresente, el olvidado representante técnico, y el reino de los prejuicios». LL, B. A., año 17, N.º 11, dic. de 2010 pp. 1187-1200);

(3) Respecto a los Ingenieros Civiles y de otras especialidades, véase Res. M. E. C. y T. 1232/01). Para los arquitectos, consúltense Resoluciones M. E. C. y T. 254/03 y 498/06).

(4) CN, art. 75, inc. 30, y art. 121; Ley 24.521, art. 42; Const. Pcia. Bs. As., arts. 1 y 42 «in fine».

(5) Ley de Sta. Fe 10.653 (arts. 2, 3 y 5); Decr. Ley 6070/58 (art. 2) rat. por Ley de la Nación 14.467; Ley de Chubut X N.º 53 (arts. 3 y 5); Leyes de la pcia. de Bs. As. 10.405, 10.411 y 10.416 (art. 3), entre otras.

(6) CN, arts. 5 y 123. Conforme al art. 77 de la L.O.M.de la pcia. de Bs. As., Decr. Ley 6769/58, texto s/ Ley 13.101, «Las Ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material».

(7) No hay que pensar en formas sacramentales, como por ejemplo un acta, o en una recepción provisional o definitiva: en nuestro nuevo cuerpo legal, como regla, y salvo que en uso de la autonomía de la voluntad, se estipule una forma para tal acto jurídico) la recepción de una obra es no formal y consensual (arts. 282 y 1015 del CCivCom). O sea, basta con que el comitente tome posesión de la obra terminada e incluso sin que lo esté, s i aún así tiene condiciones de habitabilidad, ya sea para habitarla o no, lo cual puede acreditarse por cualquier medio de prueba. No ha de confundirse -este es un error históricamente reiterado- con lo

dispuesto por las leyes provinciales para la producción de obras públicas (donde sucede lo opuesto). Ni «importarse» sin cortapisas doctrina y jurisprudencia de otros países, donde la ley dispone algo radicalmente diferente (por ejemplo, en España, la recepción de una obra es un acto jurídico formal y debe realizarse mediante un acta, porque así lo establece expresamente la L. O. E. 38/99 en sus arts. 6 y 7).

(8) Bien entendido que, ante un acto jurídico de tanta trascendencia, la prudencia impone que el comitente ha de convocar al director de obra con la suficiente antelación a la fecha de entrega de la obra. Es que tal prestación, para comenzar, es discontinua (v.gr., «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». Consejo Profesional de Arquitectura y Urbanismo, documento A-104, 1983); normalmente se presta en muchas obras simultáneamente, y hasta en localidades o sectores de grandes ciudades alejadas del domicilio del profesional (se entiende que, si se pretende exclusividad, ha de pactárselo expresamente, y remunerárselo de modo muy diverso). Y, además, impone darle el tiempo suficiente para realizar una inspección exhaustiva, y, si el experto lo aconseja, o es necesario o conveniente según la naturaleza de las obras, un comitente diligente debe convocar a especialistas al efecto, por ejemplo un ingeniero electromecánico para el supuesto de un montacargas o de una escalera mecánica (art. 4 del Tít. I, Decr. pcia. de Bs. As. 6964/65, art. 5, inc. c, del Decr. Ley de la Nación 7887/55, rat. por Ley 14.467, y art. 1257, inc., b delCCivCom). Para finalizar, si se trata de la inspección realizada al concluirse el proceso constructivo, el rol es el de director de obra, pero si se trata de la misma inspección encomendada por un adquirente para ser practicada sobre un inmueble terminado, previamente a su recepción, la encomienda se denomina informe técnico, o sea, el equivalente a un dictamen pericial extrajudicial (CABA, arts. 86 y 88 del Decr. Ley 7887/55, rat. por Ley 14.467; Pcia. de Bs. As., art. 5, del Título II del Decr. 6964/65, rat. por Ley 10.405; Córdoba, Decr. Ley 1332-C-56, rat. por Ley 4.538, Neuquén y Chubut (esta última, por imperio de la Res. CACH 30/15), arts. 104 y 106 del Decr. Ley de la primera 1004/77; Santa Fe, arts. 13 a 21 del Decr. 4156/52, rat. por Decr. Ley 6367/67 y por Ley 10.653; Salta, arts. 34 y 35 de la Ley 4505, entre otras.

(9) Ejerciendo la competencia reglada por los arts. 43 y 72, inc. b de la Ley 24.521 y el art. 10 del Decr. PEN 499/95, el Ministerio de Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades, determinó mediante Res. M. E. C. y T. 498/06, que, entre otras, constituyen actividades reservadas al título de Arquitecto «Realizar arbitrajes, peritajes, tasaciones y valuaciones relacionadas con el ordenamiento y planificación de los espacios que conforman el hábitat y con los problemas relativos al diseño, proyecto y ejecución de obras de arquitectura; diseñar, proyectar y efectuar el control técnico de componentes y materiales destinados a la construcción de obras de arquitectura, y proyectar, dirigir y ejecutar la construcción de edificios, conjuntos de edificios y los espacios que ellos conforman, con su equipamiento e infraestructura y otras obras destinadas al hábitat humano». Análogamente, se dispuso por Res. M. E. C. y T. 1232/01, que son actividades reservadas al ingeniero civil el «estudio, factibilidad, proyecto, dirección, inspección, construcción, operación y mantenimiento de Edificios, cualquiera sea su destino con todas sus obras complementarias». Así, existen también actividades reservadas a los ingenieros electricistas, electrónicos, mecánicos, electromecánicos, etcétera.

(10) «El mito del director de obras omnipresente, el olvidado representante técnico, y el reino de los prejuicios» (LL, B. A., año 17, N° 11, dic. de 2010 pp. 1187-1200); ídem, «El misterio

de la Conducción Técnica», en LL (Litoral) año 14 N.º 11 dic. 2010 pp. 1181-1193), entre otros.

(11) Algunos autores han manifestado que el art. 1274, inc. B, del CCivCom se aplica en el encuadre fáctico de las obras ejecutadas por administración. No estoy de acuerdo con ese criterio, en primer lugar, porque no existe un profesional liberal cuyo rol importe desarrollar una actividad semejante a la de un constructor (se es, o no se es un constructor); en segundo término, porque esa explicación deja sin resolver la circunstancia ínsita en cómo se le podría extender la responsabilidad del mandante a un mandatario que actuó dentro de la extensión de sus poderes, y, en tercero, porque la nota distintiva de una obra ejecutada por administración es que, en tal sistema organizativo funcional de un proceso constructivo, el constructor, quien crea los riesgos y obtiene los beneficios de la economía que lo inspira, es su dueño, no el profesional al que este contrata para que le aporte su ciencia (conf. SPOTA: Tratado de Locación de Obra, T. 1, 3.a ed., pp. 505 y 158 y LL, t. 140, p. 1235; BERTONE, S., op. cit., C.C.Com. de San Isidro, sala 1, 24-5-99, «Aluminio Almeco SACIC c/ M. I. Q. S. A. s/ Cobro de pesos», entre otros). Y, por último, el director de obra ya está incluido en el inc c de ese artículo, de donde no es posible pensar, «a priori», que el legislador es redundante. La explicación, a mi entender, es otra, y surge de la fuente mediata (a la sazón, el artículo 1792-1 del Código Civil de Francia, texto s/ Ley 78-12 de ese Estado). Ello así, pues de la exploración de ese cuerpo legal, surge con claridad prístina que la disposición del art. 1274 inc. b del CCivCom argentino alude al contrato de promoción inmobiliaria, innominado entre nosotros, que en el Code se ha definido en los siguientes términos: «El contrato de promoción inmobiliaria es un mandato de interés común por el que una persona llamada "promotor inmobiliario" se obliga ante el propietario de una obra a proceder, por un precio convenido y mediante contratos de arrendamiento de obras, a realizar un programa de construcción de uno o varios edificios y a proceder por sí mismo o hacer que se proceda, por medio de una remuneración convenida, a la totalidad o parte de las operaciones jurídicas, administrativas y financieras que concurren al mismo objeto. Este promotor es garante de la ejecución de las obligaciones puestas a cargo de las personas con las que ha tratado en nombre del propietario de la obra. Es principalmente responsable de las obligaciones derivadas de los artículos 1792, 1792-1, 1792-2 y 1792-3 del presente código. Si el promotor se comprometiere a ejecutar por sí mismo parte de las operaciones del programa, adquirirá, en cuanto a estas operaciones, las obligaciones de un contratista» (art. 1831-1 del Código Civil Francés). Así, se explica todo: no solamente porque el promotor inmobiliario es un verdadero empresario constructor, sino porque se trata de un mandato en interés común del mandante y del mandatario. Claro que, por este camino, no queda más que responsabilizar, también, al dueño de la obra, su mandante.

(12) «El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar», (LL, D. J. año XXXI, N.º 3, 21/1/2015, pp. 1-20). Ello así, por a. contrariarse la fuente -el art. 1792-1 del Código Civil de Francia, texto s/ Ley 78-12 de ese Estado-; b. porque el mismo Código Civil y Comercial dispone lo contrario en numerosas disposiciones (art. 1270 y su reenvío al art. 747 -parte final-, 1271, 1033, 1042, 1093, 1094, 1749, 1757 y 1758), y, finalmente, c. porque también disponen lo contrario los arts. 2 y 40 de la Ley 24.240 -por si faltara más, el art. 1 de su Decr. Regl. 1798/94 establece la expresa aplicación de la misma a los inmuebles edificadas-. Ninguna de las cuales requiere de habitualidad ni, mucho menos, de hacer profesión de esa habitualidad.

(13) Tiene dicho el maestro López Mesa lo siguiente: «Homero Rondina se ha ocupado de

analizar la tesitura con que el Código de Vélez reglaba el contrato de locación de obra y la ha criticado exponiendo que: ". A la excesiva e irracional carga del sistema de garantías y responsabilidades debidas por los constructores, le da respuesta una verdadera cultura de la evasión. De la tramposa eximición de la responsabilidad por actitudes de parte de quien pueda manejar la relación. O se cae en los otros extremos. Como lo hace nuestra ley, que parte del supuesto de que se trata de un contrato con claras asimetrías, en donde una de las partes es la que predispone el contrato y ejerce el poder de decisión sobre la otra. Y entiende que la parte más poderosa es el profesional o constructor. Y, por ende, sobreprotege al comitente. Sin advertir que hoy, en muchos casos, el que tiene el verdadero poder de la predisposición contractual y fáctica es justamente el cliente. Que puede ser infinitamente más fuerte y poderoso que el constructor. Y la parte notoriamente más débil pasa a ser el profesional. Que aceptará el contrato, para construir según se lo pide o se lo manda su comitente. Por el precio y bajo las condiciones que el propietario le impone»?. Y también qué «Algunas normas del nuevo Código siguen la senda de proteger hasta el extremo al comitente (como ocurre con los arts. 1269, 1272 primera parte, 1273, 1274, 1276, 1277, C.C.y C.; incluso a veces se lo protege en exceso, como ocurre arquetípicamente con el art. 1268 inc. b) C.C. y C., el que lo protege incluso de las consecuencias de actos suyos anteriores culposos o incluso lindantes con el dolo, como el suministro de materiales defectuosos o inadecuados para la obra». («Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación», en diario La Ley del 4 de abril de 2016,).

(14) Código de Ética para la Arquitectura, Ingeniería y Agrimensura, sancionado por el Decr. PEN 1099/84; Res. Consejo Profesional de la Ingeniería Pcia. Bs. As. del 28/X/60; Res. Colegio de Arquitectos PBA 41/15; Res. Colegio de Arquitectos de Chubut 30/15; Código de Ética del Colegio de Arquitectos de Río Negro sancionado por Decr. 267/00; Código de Ética del Colegio Público de Arquitectos de Formosa; Código de Ética del Colegio de Arqs. de Salta; Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis, Código de Ética del Consejo Profesional de Agrimensores, Arquitectos e Ingenieros de Chaco sancionado por Decr. 2340/63, entre otros que lo establecen expresamente.

(15) Reglamento de construcciones de Rosario -texto s/ ord. 8214/07 y sus modificatorias-; Código de Edificación de Comodoro Rivadavia, y Código de Edificación de Esquel, entre tantos otros.

(16) Cuando se habla de representación, el vocablo está utilizado no en el sentido de que el director de obra tenga un mandato del comitente. Puede tenerlo, sí, pero no por ser inherente al rol. La cuestión es similar a la que se suscita con el patrocinante letrado y el letrado apoderado (Conf. Res. CAPBA 41/15; Res. CACH 30/15; C.C. y 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 ha de caerse en lo que, con torpeza, dispone la mayoría de los aranceles profesionales, que, por un lado, no pueden establecer definiciones de naturaleza deontológica, y, por otro, obvio es decir que las provincias nunca pueden legislar acerca de actos jurídicos de derecho privado, por imperio de lo dispuesto en los arts. 31, 75 - inc. 12- y 126 de la CN.

(17) Cfme. CC.Com. de San Isidro, sala 2, 29/4/1994, «Di Rico, Vicente Antonio c/ Eyherachar, Jorge s/ Cobro de australes», sum. Juba B1750289; ídem, C2ªCCom. de La Plata, sala 3, 24/4/1997, «Díaz, Carlos A. c/ Rodríguez, Juan C. y otra s/ Incumplimiento contractual y daños y perjuicios», sum. Juba B352536); ídem, CCom. de San Isidro, sala 2, 29/4/1994, «Di Rico, V. A. c/ Eyherachar, Jorge s/ Cobro de australes»; ídem, C2ªCCom. de

La Plata, sala 3, 24/4/1997, «Díaz, Carlos A. c/ Rodríguez, Juan C. y otras /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, 28/11/1996, «Carballo y CASACIF s/Quiebra c/ SIRSA San Isidro Refrescos SAIC s/ Cobro de pesos».

Por ello, además, es muy poco feliz la referencia contenida en el art. 1272 -1.a parte- del Código Civil y Comercial, en el sentido ínsito en que jamás los usos pueden crear una forma jurídica que no se ha pactado pudiendo hacerlo, ni garantías ídem. Y, por ende, no hay recepción provisional sin que las partes de la relación jurídica sustancial (comitente-constructor) la creen en uso de la autonomía de la voluntad (art. 284, 2.º párr., arts. 262 a 264, 727 2.º párr., y arts.971 y 1015 del CCivCom).

(18) C.N.Civ., sala D, L. 39.746, del 22/8/1989.

(19) «¿Quién manda en un proceso constructivo?», en La Ley (RCyS2012-VI, 30).

(20) No han de tenerse en cuenta algunas reglamentaciones manifiestamente inconstitucionales emanadas de los municipios, toda vez que el poder de policía de dichos entes no se extiende más allá de las regulaciones enderezadas al objeto edilicio en sí (aspectos dimensionales, estructurales, urbanísticos, etc.), pero nunca pueden versar acerca de los contratos que se celebran para producirlo (legislación delegada en el Estado nacional, que las provincias renunciaron a dictar al tiempo de su incorporación, CN, art. 75 inc. 12 y art. 126). Ni tampoco establecer regulaciones deontológicas sobre los roles de los profesionales liberales, ya que la competencia para establecer cómo se ejerce una profesión liberal es provincial, no municipal. Debiéndose limitar un municipio a exigir la cobertura de los respectivos roles en el proceso constructivo, por profesionales o técnicos debidamente matriculados y con suficientes incumbencias a criterio de los entes de la colegiación -por esa razón, la intervención colegial es previa- (art. 121 de la CN, y art. 42 de la Ley 24.521.), y es, además, competencia de los Colegios que gobiernan su ejercicio (en algunas provincias -como la de Buenos Aires- ni siquiera del Poder Ejecutivo, solo de la Legislatura, que válidamente puede delegarla en aquellos, más no en este (v. gr., Const. Prov. Buenos Aires, arts. 1, 41, 42 «in fine» y 45, y Leyes 10.321, 10.405, esp. arts. 3 y 26 inc. 23), 10.411 y 10.416, esp. arts. 3 y 6 bis). ¿Acaso un Código Procesal establece cómo ha de ejercerse la profesión de abogado, o se limita a establecer que las partes y peticionarios no pueden presentarse en el proceso sin un abogado? Puede verse, en materia de competencia vedada a los municipios, la Res.CAPBA 67/15.

(21) Mayores precisiones al respecto pueden hallarse en mi publicación «¿Quién manda en un proceso constructivo?», La Ley (RCyS2012-VI, 30). Especialmente, acápite 5.

(22) Asesoría Gral. de Gob. Pcia. de Bs. As., Expte. 2403-210/05, Dictamen N.º 128.560-7, Secretaría Letrada II, con cita del fallo de la S.C.J.B.A., B. 49.379, 1/08/95, JUBA.

(23) Por esas razones, si en un contrato de obra de derecho privado se estipula el uso de un libro de órdenes de servicio, entiendo que ese es el alcance que los jueces deben dar a la estipulación: el de meras instrucciones, que, no cumplidas, autorizarán al comitente a ejercer contra el constructor, los derechos que la ley y el contrato le otorgan, especialmente en sede judicial (arts. 2, 10 -parte final- y cctes. delCCivCom).

(24) ¿Acaso tales poderes -un verdadero mito urbano- no serían propios de un funcionario público? A mi entender, desentendiéndose olímpicamente de la circunstancia ínsita en la extraordinaria disimilitud existente entre los regímenes que regulan la producción de obras públicas y las privadas, es decir, soslayando el carácter exorbitante del derecho administrativo, el Arq. J. V. Rivarola llegó al extremo de postular la función arbitral del director de obra («Derechos y Responsabilidades de los Arquitectos», Domingo Viau y Cía., Bs As, 1940, p. 196). Nada más hay que pensar en un árbitro al que una de las partes de la relación jurídica sustancial -el comitente- contrata para que defienda sus intereses, y le abona sus honorarios. Concibiendo dicho autor, correlativamente, al proceso constructivo como una relación triangular (comitente-director de obra-constructor), con el director de obra situado equidistantemente de ambas partes. Lo cual es, a mi entender, jurídicamente insostenible (op. cit., p. 51). Olvidando, entre otras cosas, que ya en 1929 la pcia. de Bs.As., por ejemplo, había legislado acerca de la obligatoriedad de los constructores de contar con representantes técnicos, o sea, que las relaciones de un proceso constructivo básico son, esencialmente, de dos tipos: sustancial o básica (comitente-contratista) y dos de representación (la del comitente, por el director de obra, y la del constructor, por su representante técnico). Una relación trapezoidal, en el sentido en que gráficamente la muestran las Resoluciones de los Colegios de Arquitectos de la pcia. de Buenos Aires 41/15, y de Chubut 30/15. Es probable que la concepción del Arq. J. V. Rivarola, que impregnó la casi totalidad de las cátedras de Legislación de Obra de las Facultades de Arquitectura desde 1940 a la actualidad por su enorme predicamento; que forjó a casi todos los códigos de ética argentinos, y cuyo pensamiento incluso hoy trasciende a los manuales de ejercicio profesional, haya causado, o contribuido a causar el, a su vez, enorme error de Borda en 1968, consistente en deformar la fuente de las reforma a los arts. 1646 y 1647 bis del C.C. (a la sazón, los arts. 1667 a 1669 del Código Italiano de las Obligaciones de 1942) introduciendo en el art. 1646 de nuestro Código Civil una extensión de responsabilidad a los profesionales liberales que la fuente no contiene, y que no la contiene por una razón: que la codificación italiana regulaba el trabajo intelectual -incluso las obras intelectuales- de manera radicalmente opuesta a la actividad empresarial, el «appalto», evitando extender la responsabilidad de un empresario a quien no lo es. Y, fundamentalmente, que esa legislación europea estructuraba la responsabilidad de los trabajadores intelectuales, con toda lógica, con base en factores de responsabilidad subjetivos (arts. 2222 a 2228 y 2229 a 2239 del «Codice»). Un verdadero dislate, que generó una corriente de opinión que el nuevo Código Civil y Comercial no pudo salvar. Por lo demás, Borda destrozó la sabia regulación de Vélez (que el genial codificador tuvo en cuenta a proyectistas y directores de obra, qué duda cabe. De no ser así, pues qué querría decir el encuadre fáctico del art. 1632 de su Código, y ello sin contar con que legislar acerca del ejercicio profesional y su deontología corresponde a las provincias (art. 42, Ley 24.521, art. 121, C.Nac., y arts. 1, 41 y 42 un fine, Constitución de la Pcia. de Bs. As.). A esto lo he detallado puntillosamente en otros trabajos: «El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar», LL DJ, año XXXI, N.º 3, pp. 1-20 (especialmente, apartados I, III y VI), y «Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina, en el Código Civil y Comercial», en DJ, N.º 31 (5/8/2015), pp.1-14, especialmente apartado V, adonde remito.

(25) Conf. Resoluciones del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As. 67/10 y 41/15, y del Colegio de Ingenieros del mismo Estado 413/95. Sobre el tema, me he expedido detalladamente en «El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar», LL DJ, año XXXI, N.º 3, pp. 1-20. Muy especialmente, acápite I.

(26) El art. 1270 del CCivCom remite al art. 747, inserto entre las obligaciones de dar. Mientras claramente, la obligación de un profesional liberal -como insoslayablemente lo es el director de obra- consiste en un hacer (art.1768 del CCivCom). Por lo demás, llamo «relación jurídica sustancial del proceso constructivo» a aquella celebrada entre el comitente y el constructor (diferenciándola de las relaciones de representación celebradas por cada una de tales partes con el director de obra y el representante técnico, respectivamente) porque entiendo que, contravenciones mediante, podrá haber obra sin arquitectos, ingenieros, agrimensores, etc., pero nunca la habrá sin el concurso de dos voluntades que la creen: la del comitente y la del constructor (arg. art. 1632 del Código de Vélez). Ver el gráfico contenido en el anexo II de la Resolución 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires. Concordantemente, tiene dicho Lorenzetti -relacionando este dispositivo con el del art. 774 inciso b) del C.C. y Com.- que cuando se procura al comitente un resultado concreto, con independencia de su eficacia, «hay un resultado, pero al no prometerse la eficacia, da lugar a un contrato de servicios (art. 1252). Por ejemplo, un médico que promete un resultado, que es una buena obra técnica, pero nunca promete la curación». Yo creo que el autor se está refiriendo a la labor de un cirujano (porque antes encuadró en el art. 774, inc. a, la actividad de «un profesional médico que compromete su diligencia») (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni, t. 6, p.765). Siendo así, si ni siquiera un cirujano (que realiza su trabajo rodeado de personal altamente calificado por estudios terciarios y universitarios de grado -el que, sabido es, obedece sus instrucciones-; que labora en un quirófano de una asepsia imaculada comparado con un sitio de obra; que solo utiliza «materiales» confeccionados por laboratorios de reconocida solvencia técnica y bajo estrictos controles estatales, y -lo que no es menor-, incluso cuando incluso el cirujano «construye» su trabajo no meramente sin valerse de la fuerza laboral de terceros contratados por el paciente basándose en el menor precio, sino con sus propias manos y hasta con su propio equipo -al que, las más de las veces, él mismo selecciona-. Pues si aún así, su actividad es considerada un contrato de servicios y no de obra nada menos que por uno de los coautores del Código y actual Presidente de la Corte Suprema de la Nación, entonces se advierte claramente que responsabilizar a un arquitecto proyectista o director de obra (cuya actividad -aclaro- el suscripto encuadra claramente en el art. 774 inciso a) del C.C. y Com.) en la misma medida que a un constructor, que es quien realiza materialmente la obra, a quien aquel no contrata, y que ni siquiera selecciona, y sobre el que -al menos, por imperio legal- no tiene mando alguno, carece de racionalidad y fundamentos jurídicos. Y, por ende, solo halla su razón de ser en un mito y, tal vez en el prejuicio. Es decir, en cualquier supuesto, la explicación de mucho de cuanto se ha escrito y decidido al respecto, debe buscarse en los campos de la sociología general y jurídica.

(27) Como ya lo he sostenido en otros trabajos, la locución «la dirección y el control de la cosa» contenida en el art. 1758 del CCivCom no alude a la dirección de obra, sino al poder de dirección del empleador -es decir, del constructor- cuyas órdenes, sabido es, sus dependientes ejecutan con cosas (arts.4 a 6, 65 a 67, 86 y cctes. de la Ley 20.744). Por lo demás, tiene dicho López Mesa lo siguiente: «Cabe acotar que la jurisprudencia francesa ha hecho gala de una gran severidad hacia los arquitectos, decidiendo que ellos no pueden exonerarse de responsabilidad por daños, salvo que prueben la existencia de una causa extraña. El maestro Le Tourneau ha entendido un tanto extrema esta postura, juzgando más razonable su consideración como obligación de medios, al menos respecto de algunas obligaciones del arquitecto, como la vigilancia de las obras en su cargo de director». (op. cit.). Y Spota da cuenta acerca de un sector de la doctrina francesa que sostiene que el Código Civil francés no alude a la dirección de obra -con lo cual estoy de acuerdo- con base en la ley de dicho Estado del 31/12/40, afirmando que esa incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de arquitecto

y la de empresario constructor no existe en nuestro país (Tratado de locación de obra, t. 1, 3.a ed., Depalma, p. 266). Pero lo cierto es que esa ley del Congreso no existe ni puede existir entre nosotros en virtud de nuestra forma federal de Estado; pero si existe y existía al tiempo de la reforma de 1968, con igual valor que aquella (ya sea emanada de las Legislaturas locales, o de los colegios profesionales en los cuales se ha delegado la competencia material para establecer reglas deontológicas) la doctrina que establece tales incompatibilidades. Así, la Ley de la provincia de Buenos Aires 4048 de 1929, reglamentaria de la Arquitectura, la Ingeniería y la Agrimensura, estableció desde antiguo que «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», distinguiendo así netamente el rol de empresario constructor, del ejercicio profesional consistente en la representación de esa actividad empresarial. Así también el Consejo Profesional de la Ingeniería de la misma provincia, en uso de su competencia reglada por la Ley 5140, dispuso mediante Res. s/n del 28/X/60, que «es incompatible desde el punto de vista "ético profesional" que las funciones de Proyectista, Director de Obras y Representante Técnico sean ejecutadas por un mismo profesional en una misma obra, salvo el caso de obras construidas por administración». En similar sentido, el Consejo de Ingenieros de Santa Fe había dispuesto por Res. 1389/61, que «no puede un mismo profesional actuar a la vez como Director de obra y Conductor técnico, dadas las características propias de cada una de esas funciones», criterio que, además, ya antes había introducido el Poder Ejecutivo de esa provincia mediante el Decr. 12.740/1960. Y ello, por no nombrar el código de reglas morales emanado de la señora Sociedad Central de Arquitectos en 1915 que, palabras más o menos, establecía que, cuando un arquitecto se convierte en constructor, deja de ser un arquitecto. Dicho de otro modo, entre nosotros también existían tales incompatibilidades, pero no todo hay que buscarlo en el Código Civil y demás leyes del Congreso. Finalmente, el PEN, tras el proyecto elevado por la Junta Central de los Consejos Profesionales, sancionó mediante Decreto 1099/84 el Código de Ética para la Arquitectura, la Ingeniería y la Agrimensura, que establece textualmente la incompatibilidad ínsita en «no asumir en una misma obra funciones de director al mismo tiempo que las de contratista total o parcial», y el Decr. 267/00 de Río Negro incluso lo mejora, en los siguientes términos: «Ningún arquitecto debe ejercer simultáneamente las funciones de ejecutor, contratista, representante técnico de la contratista, empleado de esta, cuando se desempeñe como proyectista y / o director de obra, y / o administrador de la misma obra». Varios decisorios, además, ya venían estableciendo la responsabilidad subjetiva de un director de obra (Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios, sentencia definitiva - C.N.CIV. Sala K. N.º de Recurso: K192034 - Fecha: 16/3/1997. Vocal preopinante: O. Hueyo, El Dial - AE516). En igual sentido, C.N.Civ., sala H, «Benítez, María c. Giordanelli, Alejandro y otros», L.L. 2001-A-21). Ídem 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, Sent. del 20/9/2005).

(28) Conf. CNAT, Sala 8, Expte. n.º 33.621/96, Sent. 26978 19/10/1998, «Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ Ley 22.250» (M., B.); CNAT: Sala 1, Expte N.º 18583/00, Sent. 81653 30/4/2004, «González, Héctor c/ Cemkal soc. de hecho y otro s/ Ley 22.250» (Pirr., V.); Sala 8, 14/4/1998, «Bravo Alejandro D. c/ Corio Daniel y otro», DT, 1998-B, p. 2084. En el mismo sentido, dictamen jurídico N.º 191/15, emanado de la Dirección de Dictámenes y Juicios Laborales del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, Expte. 21.550-17767-14-00, y Res. CAPBA 75/16.

(29) Nunca pude evitar reflexionar acerca de cómo justifican los autores y decisorios que

sostienen ese criterio, el diferente trato dispensado al comitente de una obra, basado en la «profesionalidad» de la contraparte. ¿Acaso dirían lo mismo de un sujeto que pretend a desentenderse de sus actos, con base en que celebró un contrato sin la presencia de un abogado, o, peor aún, que, además de ello, su contraparte es, además, abogado? ¿No es el derecho una ciencia? Por ese camino, llegaríamos a admitir como excusa el error de derecho.

(*) Abogado y arquitecto.

N. de la R.: artículo publicado por Diario La Ley del 30/12/2016,(año LXXX, n° 247).