

Voces: DIRECTOR DE OBRA - CONSTRUCCIÓN DE OBRA - REGLAMENTO DE CONSTRUCCIÓN - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - RÉGIMEN DE LA CONSTRUCCIÓN - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - PROFESIONES LIBERALES - CONTRATO DE OBRA PÚBLICA - INGENIEROS Y ARQUITECTOS - EJECUCIÓN DE OBRA

Título: Nuevamente... ¿Quién manda en un proceso constructivo? Acerca del imaginario poder de mando de un director de obra. Varios años, una abrogación, y un nuevo código después

Autor: Bertone, Sergio O.

Fecha: 25-jul-2019

Cita: MJ-DOC-14967-AR | MJD14967

Producto: MJ

Sumario: *I. Introducción. II. ¿Qué se ha entendido por «poder de mando o control»? III. La relación jurídica de representación, en los procesos constructivos de obras privadas. IV. ¿Cuándo, y con qué extensión, tiene un director de obra privada algo parecido a un «poder de mando»?*

Por Sergio O. Bertone (*)

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente es, nuevamente (como lo intentara en otro trabajo de mi autoría, publicado en LL RCyS2012-VI, 30), tratar de desentrañar, esta vez a la luz de las disposiciones del CCyCom, si existe en nuestro orden jurídico y en un proceso constructivo regido por el derecho privado, el poder de mando del título, que un sector de la doctrina y la jurisprudencia colocan en cabeza del director de obra.

Como muestrario de esto último, puntualizo que se ha decidido «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. 39746, 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 los demás agentes del proceso

constructivo que suele adjudicársele? Adelanto mi opinión en el sentido de que la respuesta negativa se impone como regla, y tangencialmente que -siendo el rol de director de obra inexorablemente cubierto por un profesional liberal-, a la consecuente condición de guardián jurídico a la que aludían decisorios como el transcripto, le ha sido asestado un golpe mortal, en virtud de lo dispuesto por el art. 1768 párr. final del CCyCom.

Cabe, de antemano, aclarar que la locución «la dirección y el control de la cosa.» contenida en el artículo 1758 del CCyCom. 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 (artículos 4 a 6, 65 a 67, 86 y cddtes. de la Ley 20.744) (2). No puede ser de otro modo, pues esa es la única manera de conciliar las disposiciones contenidas en los arts. 1758 y 1768 CCyCom, tanto entre sí, como con el art. 2 in fine de la Ley 24.240, el art. 2 inc. a) de la Ley 22.250, los arts. 4 y 16 párr. final del Dcto. PEN 911/96 regl. de la Ley 19.587, y, por si faltara algo, con el gigantesco plexo normativo a donde reenvía el art. 1252 párr. final del CCyCom (a saber, las leyes locales reglamentarias de las profesiones, y los códigos de ética y reglamentos colegiales dictados en su consecuencia, en uso de competencias nunca delegadas en la Nación, como lo reconoce expresamente -lo cual ni siquiera era necesario, ya que ello emana de la propia Constitución Nacional- el art. 42 de la Ley 24.521).

Es que «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento» (art. 2 CCyCom).

Reflexiono acerca de cómo podría concluirse en lo contrario, cuando, además de lo precitado, el art.1269 CCyCom faculta al comitente meramente a inspeccionar el proceso constructivo (se entiende que a través del director de obra) (3), más ello es así a condición de que, al hacerlo «.no perjudique el desarrollo de los trabajos.». No sé al lector, pero a quien suscribe no le parece que el transcripto denote poder de mando alguno del comitente sobre su contraparte en el contrato bilateral de obra material, el constructor. Y, siendo así, aquel nunca podría encomendarle a un profesional liberal que transgreda los límites que la ley le impuso a él mismo como parte de ese vínculo.

Y eso sin contar que no he visto mayormente acometer a la doctrina, y nunca, ni una sola vez, plasmarse en un decisorio judicial, la siguiente cuestión: ¿cómo se supone que harían los profesionales liberales proyectistas y directores de obra, para no ya imponerle sus decisiones a quien nunca se vinculó contractualmente con ellos -como el constructor y sus subcontratistas-, si el ordenamiento ni siquiera los faculta a hacerlo con quien sí lo hizo, esto es, su comitente? Porque no puede pasar desapercibido que el nuevo sistema normativo faculta a este último, por su exclusiva decisión, a modificar el proyecto sin siquiera consultarlos (art. 1264 párr. final CCyCom). Tampoco hay que olvidar, que el comitente es un agente más del proceso constructivo (arg. art. 1257 inc. b), CCyCom) y ni qué decir si actúa como promotor o desarrollador inmobiliario (art. 1274 incs. a) y b), CCyCom, y art. 2 de la Ley 24.240), (4) o ejecuta la obra por el sistema organizativo funcional de administración, convirtiéndose él mismo en constructor de ella. (5)

La sabiduría de Vélez había plasmado en el art. 910 del CC una disposición que es de lamentar que no haya sido de recibo en el nuevo sistema normativo (aunque se lo entiende implícito, arg. art. 19 C. Nac.) porque no me parece en modo alguno superflua: ella rezaba «Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse

constituido un derecho especial al efecto»

Finalmente, dedicaré apenas unos párrafos a las ordenanzas municipales que frecuentemente suelen disponer con inconstitucionalidad manifiesta sobre la cuestión que me ocupa, especialmente por las siguientes razones: a) avasallar el principio de supremacía constitucional, legislando en forma contraria a las leyes supremas de la Nación cuyo dictado solo compete al Congreso; b) haciéndolo, además, en uso de competencias que las provincias renunciaron a ejercer, y que ningún municipio tuvo nunca (cfme. arts. 75 inc. 12) y 126 C. Nac.), y c) finalmente -lo que no es menor- excediendo también su competencia en materia de policía edilicia invadiendo la de las profesiones (estableciendo reglas deontológicas para profesionales liberales, olvidando que esta corresponde a las provincias y han sido delegadas en los entes de la colegiación). Esos reglamentos o códigos no serán objeto de análisis en el presente, si bien causan casi sin excepción una confusión extraordinaria en aquellos que han de examinar los procesos constructivos y las responsabilidades inherentes a sus agentes. Remitiendo para ello, a otro trabajo de mi autoría, donde me he ocupado de la cuestión. (6)

2 - ¿QUÉ SE HA ENTENDIDO POR «PODER DE MANDO O CONTROL»?

Sentado lo precedente, como primera aproximación debe decirse que la existencia de tal «poder» supondría necesariamente tener por cierta la capacidad jurídica del director de obra de imponer sus decisiones al o los constructores 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 de ordenar la demolición de lo mal hecho, penalizar a un contratista, rechazar el uso de determinados materiales, sancionar inconductas de todo tipo, detener un proceso constructivo hasta que se cumpla con las condiciones reglamentarias, etc.

La hipótesis de trabajo de quienes sostienen sin cortapisas la existencia de la capacidad jurídica sub examen, 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 concretos. En consecuencia (siempre desde esta concepción, que claramente no es la del suscripto) resulta lógico considerarlo guardián jurídico, o responsabilizarlo siempre por cualesquiera 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 documento contractual citado).

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

La cuestión sub examen suele relacionarse estrechamente con la etimología del vocablo «orden». Y como especial manifestación de ello, y dado que en las obras públicas se utiliza un especial documento contractual denominado «libro de órdenes de servicio», se ha tratado pretoriana y desacertadamente de imponer su uso en las obras privadas, sin advertir que ello conculca el principio de informalidad de los actos jurídicos que en ellas rige (arts. 284 y 1015, CCyCom). Pero peor aún resulta semejante dislate, ni bien se advierte que en un libro de órdenes de servicio se instrumentan actos administrativos que, no impugnados tempestivamente, quedan firmes para el constructor,⁽⁷⁾ algo imposible de equiparar por un profesional que ejerce en un proceso constructivo regido por el CCyCom y leyes complementarias. Pero a fin de no perder el norte, y sea utilizado ese libro o no, destaco que lo esencial sigue siendo el vocablo «orden»: en su virtud, invito a reflexionar acerca de qué contratante, o sujeto de una relación estatutaria, puede, en nuestro Derecho, impartirle una orden a alguien, en virtud de que quien suscribe solo ha podido hallar tres (3) supuestos: un empleador a su empleado, un superior jerárquico a su subordinado, y el inspector de una obra pública al constructor de ella. Pero lo cierto es que ninguno de ellos corresponde a la rama del Derecho que me ocupa en el presente, de donde pregunto, ¿con base en qué norma jurídica se supone que un director de obra impartiría tales órdenes a un constructor que se vinculó con un comitente común a ambos, más, a no olvidarlo, lo hizo bilateralmente; que jamás estipuló que se sometería a tales «órdenes», y que mucho menos lo hizo bajo apercibimiento de ser sujeto pasivo de determinadas sanciones impuestas por un tercero a su respecto? Advierta el lector que he pedido la cita de una norma jurídica, y no la opinión de autor alguno. Ahora, agregó que restrinjo mi requerimiento a una norma jurídica vigente en la República Argentina, porque, verá Ud., España es una monarquía parlamentaria; Chile y Uruguay, estados unitarios, y si me aventara Ud. con los precedentes de un estado federal tan diferente en su Derecho y sus leyes, que nunca entenderé por qué es citado con tanta frecuencia para resolver en el nuestro, tendré el inmenso honor de recordarle que una autoridad de la talla de Alberdi, incluso

teniendo a la vista un texto constitucional decimonónico que en poco se parece a nuestra Constitución actual, opinaba que «Para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la república Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica», y, con más generalidad, que «la ley extraña debe ser interrogada siempre después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras»; ya que no hay doctrina sino que hay plagio «cuando no hay generalidad en los textos consultados.» (8)

Expuesto ello, me propongo ahora penetrar en 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).

No parece necesario ahondar demasiado para hacer notar que un director de obra privada no es un órgano de su comitente, ni en que, por ende, jamás podrá emitir un acto administrativo, ni nada que siquiera se le parezca.

Ahora bien, si dejásemos momentáneamente de lado las abismales diferencias en la legislación que rige los procesos constructivos de uno y otro tipo de obras -públicas y privadas-, y nos centrásemos exclusivamente en los roles encarnados por los profesionales liberales en unos y otros procesos constructivos, podríamos analizar cuáles son las similitudes entre ellos, y así, descubrir las profundas razones que han llevado -nunca será suficiente reiterarlo: con desacierto manifiesto- a aplicarle al desempeño de uno las regulaciones que rigen el del otro, sin cortapisas, lo cual conduce fatalmente a conclusiones jurídicamente aberrantes. Así, claramente se advierte que, en principio, el rol de inspector de una obra pública coincide exactamente con el de director de una obra privada (con las lógicas diferencias que provienen de dos ramas del Derecho extraordinariamente disímiles). En mi apoyo, diré que, 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 pcia. de Santa Fe; ccde. artículo 37 inciso G) del Decreto 1052/52 de la pcia. 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 Dcto. Ley 1.004/77 de la pcia. de Neuquén).

Claro que no se trata de normas deontológicas, pero a mi entender, las mismas dan un fuerte indicativo acerca de cuál es el núcleo de la prestación 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 que documentan el proyecto, en representación de los intereses de su comitente (el dueño de la obra), por oposición a los del constructor (arg. arts. 1269 y 1270, CCyCom). Esa es, precisamente, la razón por la cual tanto la mayoría de los códigos de ética para la Arquitectura y la Ingeniería (por ejemplo, el aprobado por Dcto. PEN 1099/84, o el más preciso aún sancionado por Dcto. de Río Negro 267/00), como los reglamentos colegiales (v.gr. Res. 41/15 y 24/17 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, y sus similares 30/15 y 27/12 de los Colegios de Arquitectos de Chubut y San Luis, respectivamente), y aún los reglamentos de policía edilicia (v.gr., Rosario, Ordenanza 8214/07), prohíben asumir en un

mismo proceso constructivo los roles de director de obra y constructor total o parcial y/o de representante técnico de estos últimos. Lo cual sería directamente impensable en cualquier legislación local destinada a regular la producción de obras públicas. He ahí -llamativamente- otra coincidencia de primer grado entre ambos roles, pues a nadie se le ocurriría predicar que el inspector de obra puede simultáneamente construirla, o representar técnicamente a quien la construya.

No por nada, el art. 1269 del CCyCom alude expresamente a la verificación de la obra por el comitente (lo que no significa que pueda hacerlo él mismo, porque leyes del mismo rango normativo han reservado la realización de tales controles a determinados profesionales, y hasta reputado delictivo que quien no lo sea, los lleve a cabo), (9) mencionando actos que claramente integran la prestación de un director de obra, a saber, verificar «el estado de avance, la calidad de los materiales utilizados y los trabajos efectuados». Resultando obvio que solo se puede verificar tales extremos, mediante su inspección (concepto que es diferente al de su conducción, tarea a cargo del representante técnico). Concordantemente, el art. 747 CCyCom -a donde reenvía el art. 1270, para determinar cuándo la obra se considera aceptada-, reza expresamente que «Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega.»

Concordantemente con ello, y ahora sí, en materia estrictamente deontológica, destacan las definiciones consagradas en el Anexo II. A) de la Resolución 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, que por su importancia se transcribe en lo pertinente: «Se entiende por Dirección de Obra a la función, obligatoria en toda obra de Arquitectura ejecutada por un contratista independiente único y distinto del dueño de ella, que desempeña un profesional en representación (en una suerte de "patrocinio técnico") de los intereses del dueño conforme al artículo 1269 del Código Civil y Comercial, por oposición a los del Constructor, que quedan a cargo de su Representante Técnico. La Dirección de Obra se presta inspeccionando en el sitio de obra los trabajos una vez realizados por ese Constructor bajo la conducción de su Representante Técnico, con el objeto esencial de verificar, empleando para ello la diligencia y prudencia propias de un profesional de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 774 inciso a) del citado cuerpo legal, su adecuación al proyecto aprobado por autoridad competente.»

He aludido reiteradamente a la divergencia de 180° entre ambos regímenes de producción de obras (las públicas y las privadas) que impiden trasladar las regulaciones de uno al otro, y ni qué decir acerca de considerarlas, además, obligatorias en aquel donde no resultan aplicables por expresas disposiciones legales. Ahora me encamino a demostrarlo, por lo cual propongo examinar, con esa finalidad, algunas de ellas. Por ejemplo, el contrato 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 los dictámenes pertinentes (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, y aún puede acreditarse su existencia por cualquier medio de prueba (CCyCom, arts. 284, 1015, 262 a 264, 969 párr.final, 971, 979, 983, 1019 y 1251). 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 (CCyCom., artículos 262 a 264, 285, 1015, 1270, 1271, 1053 inciso a) y 1054) (10). 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 38 de la Ley de la Nación 13.064 y artículo 12 inciso b) del Decreto PEN 1023/01), mientras que en las obras regidas por el Código Civil y Comercial no ocurre lo mismo. Del mismo modo, actas, licitaciones, libros de órdenes de servicios y de pedidos de empresa, actas de recepción provisional y definitiva, 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 jurídica y el consentimiento oral e incluso tácito como regla, siendo expresas y rarísimas las excepciones, y siempre orientadas al solo fin probatorio (v.gr., artículos 1264 y 1265, CCyCom). 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 y la consecuente desigualdad entre las partes, todo aquello donde no haya una norma jurídica que disponga una solución diferencial -en especialidad, la forma de los actos, en el sentido en que la definía el art.973 del Código Velezano-, 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, al fin y al cabo, estática y físicamente, y, en general, en todo cuanto sea materia de estudio de la Arquitectura y la Ingeniería, 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 cumplir, en principio, exactamente un mismo rol, más -nunca será suficiente reiterarlo- con la diferencia, no menor, impuesta por las regulaciones jurídicas donde tales roles se desempeñan. Pero, salvado esto último, toda obra ejecutada por un constructor independiente del dueño tiene el mismo diseño táctico-estratégico: a saber, una relación jurídica sustancial (el contrato de obra material) y las relaciones jurídicas que nacen de ella: las relaciones de representación de cada una de las partes de esa relación madre, plasmadas en contratos de servicios intelectuales. (11)

Pero las similitudes señaladas, no pueden hacer olvidar las profundas diferencias que emanan de regulaciones tan opuestas, confundiendo las notas características de dos ramas del Derecho, y dando por sentado un poder en cabeza del director de obra privadas que no solamente la legislación vigente jamás establece, sino que ninguna ley ni reglamento podría (en el sentido de debería) establecer válidamente. ¿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 de todo proceso constructivo (puntualmente, los del dueño, arg. art.1269 CCyCom, «a su costa.»), jamás podría explicarse cómo, en la sistemática de un código donde se procura mantener y equilibrar la igualdad de las partes en los contratos, una de ellas podría contar por imperio legal con una suerte de «Superman» con poderes coercitivos sobre su contraparte en un contrato bilateral. En su virtud, la única manera en que ello podría llegar a suceder (mas sin jamás acercarse al poder que reside en un inspector de obra pública, que actúa la voluntad del Estado) es sí el constructor se obliga en su vínculo con su comitente, a reconocer esos poderes en cabeza del arquitecto o ingeniero a quien el segundo encomendó la dirección de obra, y a acatar las instrucciones respectivas, so pena de sufrir concretas sanciones pecuniarias y/u otras consecuencias jurídicas. Resultando, al respecto, ilustrativa la disposición que contenía el art. 910 del Código Velezano citada. No hecho, cae por su propio peso todo aquello que ha encarnado en el imaginario popular.

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 difícil de controvertir: el contrato de obra material comitente - constructor (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 Comercial, 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» -por llamarlo de alguna manera- una de ellas jamás se sometió.

Ahora bien, si es cierto que en una obra pública las partes del contrato de obra material Estado -Constructor requieren representación profesional, bueno es recordar que en las obras privadas sucede exactamente lo mismo.

Por ello, introducida suficientemente la relación jurídica sustancial, es momento de acometer las relaciones de representación de cada una de las partes de aquella.

3- LA RELACIÓN JURÍDICA DE REPRESENTACIÓN, EN LOS PROCESOS CONSTRUCTIVOS DE OBRAS PRIVADAS.

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 comitente y un constructor (encuadre fáctico que recogía el artículo 1632 del Código Velezano). Por eso la he denominado reiteradamente «relación jurídica sustancial» del proceso constructivo.

Pero lo cierto es que las partes de ese contrato bilateral (generalmente, ambas carentes de conocimientos científicos) requieren representación por quienes sí los poseen, so pena de cometer un delito del derecho criminal o cuanto menos una contravención a las normas de policía edilicia municipal y también a las leyes reglamentarias de las profesiones relacionadas con la producción de obras de Arquitectura e Ingeniería. Y ello sin contar con la flagrante violación de la disposición contenida en el art. 43 de la Ley 24.521 y los reglamentos ministeriales dictados en su consecuencia. Pulverizando, en definitiva, los bienes jurídicos allí tutelados, y poniendo en riesgo la salud, la seguridad y los bienes de la población. Nace así la relación que he denominado «de representación»: a saber, la de los intereses (me refiero a los estrictamente científicos, no se habla aquí de la coexistencia de un acto de apoderamiento que puede o no haberse celebrado complementariamente, más no es esencial al desempeño de los roles a los que aludo), sino al haz de intereses que ha de defender cada uno: los del comitente, por el director de obra, y los del constructor, por su representante técnico. O sea, dos desempeños profesionales 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. (12)

Concordantemente con ello, dispone al respecto la Res. 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, lo siguiente: «Constituyendo el desempeño de las funciones de Director de Obra y Representante Técnico roles cuya característica esencial finca en la representación (por los profesionales a cargo de cada una de ellas) de los intereses estrictamente arquitectónicos de una de las partes de la relación jurídica sustancial del proceso constructivo (celebrada entre el dueño y el constructor) existe incompatibilidad absoluta para el ejercicio de ambos roles en la misma obra, con la única excepción de las obras ejecutadas por el sistema de administración.». Otro tanto emana de reglamentos similares sancionados por

los entes de la colegiación arquitectónica de Chubut (Res. CACH 30/15) y San Luis (Res. CASL 27/12).

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 durante el proceso constructivo, con la responsabilidad de quien solo asesora a esa parte durante el desarrollo del mismo. Tal y como ocurriría con la relación abogado-cliente durante un proceso judicial. Afortunadamente, algo de luz se ha arrojado al respecto mediante las disposiciones contenidas en el art. 1252 párr. final del CCyCom -por su reenvío a las leyes reglamentarias de las profesiones, y los códigos de ética y reglamentos colegiales sancionados en su consecuencia-; también en el art 1768 del mismo sistema normativo, en el art. 2 parte final de la Ley 24.240, y demás normas citadas a lo largo del presente.

En tal sentido, 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 en cualquier proceso constructivo es la del constructor. Por eso, el art. 774 inc. c) CCyCom alude expresamente a una modalidad especial de construcción (a saber, la ejecución de obras «llave en mano»), por eso el art. 1252 CCyCom aclara expresamente que no es de obra ni, por ende, importa prometer un resultado eficaz, aquel contrato en el que no se prometa un resultado reproducible o susceptible de entrega, y por eso, también, el art. 1274 inc.c) del mismo cuerpo legal, es el único de los tres que comienza diciendo «según la causa del daño.» (lo cual carecería de sentido de no ser así, cfme. art. 1736 1er párr. CCyCom).

Me detendré un instante en esto, al solo efecto de enfatizarlo: el director de obra jamás entrega obra alguna, sino que asesora al comitente en la recepción de la entrega de ella por otro, a la sazón, el constructor (cfme. arts. 1269 y 1270, CCyCom). Y si no hay obra, no hay posibilidad de reproducción alguna (arts. 1 y 55, Ley de la Nación 11.723), y, por ende, no hay contrato de obra, ni siquiera intelectual, sino de servicios. Otro tanto ocurre con el representante técnico.

¿De dónde surge la obligatoriedad de los constructores de obras de Arquitectura e Ingeniería, en las obras regidas por el derecho privado que aquí me ocupan, de contar con representantes técnicos? Recordando que constructor es todo aquel que se obligue a ejecutar obra material por un precio (sin requerirse inscripción ni titulación alguna, ni cumplimiento de ningún otro requisito -y lo resalto: ningún otro-, cfme. art. 1251 CCyCom), (13) la misma emana, en principio, de la normativa sancionada por las legislaturas locales en uso de competencias no delegadas en la Nación, y a veces, aunque no siempre correctamente, 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 1-72 y Dcto.1842/76); San Luis (Leyes 5.560 y 5.755, Decreto 1519-H-1959 y Res. CASL 27/12); 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 X n°2, Ley X n° 53 y Res. CACH 30/15), por citar algunas. Entre las segundas, puede hallársela en las más modernas reglamentaciones dictadas por municipios de la mayor envergadura (Reglamento de Construcciones de la ciudad de Rosario; Códigos de Edificación de las ciudades de Salta, La Plata, y Posadas, entre tantos).

Probablemente sea necesario enfatizar (a fin de poner de resalto que el legislador de 1968 no pudo ser sorprendido por ello) que la regulación de la relación de representación de un constructor durante el proceso constructivo dista de ser nueva: al mero título ejemplificativo, puede señalarse que 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».

Menos pudo serlo el Legislador actual, en virtud de que lo antedicho resulta replicado en los arts. 6tos de las Leyes 10.405, 10.411 y 10.416 del mismo Estado miembro, vigentes desde 1986. O, para no dejar flotando la idea de que se trata de un supuesto único (todo lo contrario), puede adunarse que Río Negro ha dispuesto otro tanto en el art. 7 de su Ley 2.176, y que Santa Fe posee, por lejos, la legislación más precisa del país en la materia: «Toda persona de existencia visible, o jurídica de carácter privado que se dedique a la ejecución de trabajos, sean estos de naturaleza pública o privada, atinentes a lo determinado en esta Ley, deberá contar con un Representante Técnico que podrá ser Arquitecto, siempre que reúna los requisitos exigidos en el artículo 3, inciso a y b del presente ordenamiento. Todo ello, sin perjuicio de los derechos que para este puedan tener los demás profesionales de la construcción. La elección será libre para el comitente, quien podrá seleccionarlo entre los distintos profesionales de la construcción» (art. 24 Ley 10.653, sancionada en 1991).

A riesgo de resultar redundante, lo enfatizaré: «Toda persona de existencia visible,» puede construir, así ni siquiera haya completado la educación primaria. Ninguna ley reglamentaria de la Arquitectura o la Ingeniería establece algo distinto (art. 14 de la C.Nac.). Y, además, lo vemos suceder a diario. Lo único que requiere, para hacerlo, es contar con la representación técnica que las leyes le han impuesto (art. 1256 inc. a), CCyCom). (14)

En su virtud, me pregunto cuándo nuestros juristas dejarán de mirar tanto el Derecho de otras formaciones políticas estatales, para posar un poco, aunque sea un poco, su vista en el monumental orden jurídico argentino.

Abordado lo inherente a los representantes técnicos de los constructores, cabe formular idéntico planteo con respecto a su oponente, quien encarna el otro rol integrante de la relación de representación de obra: ¿De dónde emana la obligación de los comitentes 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, pueden citarse los respectivos arts. 3ros de las leyes bonaerenses aludidas, o el art. 2 de la santafesina recién citada. Con más precisión aún, el Dcto.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.; b) La realización de estudios, proyectos, direcciones, asesoramientos, pericias, tasaciones, mensuras, ensayos, análisis, certificaciones; la evacuación de consultas y laudos;», 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 provincial, 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 en su art. 43 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. Pero de la mayor importancia es que también 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 MEC y T 498/06, donde entre otras actividades reservó a los graduados en Arquitectura las de «Diseñar, calcular y proyectar estructuras, edificios, conjuntos de edificios y los espacios que ellos conforman, con su equipamiento e infraestructura, y otras obras destinadas al hábitat humano, en lo concerniente al ámbito de su competencia». A lo cual se adiciona «Dirigir y controlar su construcción, recuperación, renovación, rehabilitación, refuncionalización y demolición». Antes, el Ministerio había hecho otro tanto con relación a los diplomados en Ingeniería Civil, entre otras (Res. M.E.C. y T. 1232/01). Tal vez no sea del todo superfluo agregar que, en la inteligencia del reglamento citado, «edificio» es todo producto de la acción de edificar que importe la producción del hábitat humano, no una noción restringida -como lo hacemos a diario, cuando nos expresamos coloquialmente- a las torres. Es decir, aún la más pequeña de las obras que pueda imaginarse, incluso aunque no sea enteramente nueva, (v.gr., ampliaciones, refuncionalizaciones, demoliciones, etc.), y aún cuando solo sean parciales (v.gr., una instalación eléctrica, de gas, de refrigeración; una modificación o refuerzo estructural, etc.) constituyen producción edilicia en los términos de la definición transcrita.

Se ha conformado así un plexo normativo 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. Máxime cuando el mismo integra los contratos de obra y de servicios intelectuales, por imperio de la disposición contenida en el art. 1252 -párr. final- del CCyCom, y también en virtud de lo dispuesto en el art.2 del mismo cuerpo legal.

No creo, por estas alturas, sorprender al lector al afirmar que, a mi entender, la parte de la relación jurídica sustancial comitente-constructor, que omite durante el proceso constructivo contar con la representación profesional legalmente obligatoria (director de obra el uno, representante técnico el otro) incurre cuanto menos en negligencia culpable en los términos de artículo 1724 CCyCom. 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, porque toda persona tiene el deber de prevenirlo (arts. 1710, 1716, 1717 y ccdtes., CCyCom.). Pero, eso sí, corre el siglo XXI, y ya no es posible pensar en un comitente cuya única obligación sea pagar el precio u honorario, olvidando que existen otras también esenciales (como las de ser diligente al adquirir materiales de probada durabilidad y que cuenten con garantía del fabricante; contratar constructores que provean mano de obra calificada y debidamente inscripta conforme a la legislación laboral imperante, y exigirles contar con un plan de salud y seguridad y un representante técnico; disponer la intervención de los especialistas que correspondan según la complejidad de la obra en cuestión; encargar la representación de sus intereses a profesionales con suficientes incumbencias como la ley manda y, por sobre cualquier otra cosa, observar los consejos de estos últimos. Todo lo cual, afortunadamente, el nuevo CCyCom ha recibido en su art.1257 inciso b).

Ni, simétricamente, se puede seguir pensando en un constructor 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 para proveer las soluciones constructivas pertinentes, 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), todo lo cual es exactamente aquello de lo cual se ocupa un representante técnico. Piénsese que un constructor puede ser no solamente una persona jurídica, resultando irrelevante quienes integren sus órganos (art. 143 CCyCom), sino que hasta puede revestir tal carácter el fiduciario -no pocas veces un empresario titulado en ciencias económicas- mediante el sistema de administración (art. 1685 CCyCom). Todo lo cual aplica a aquello que se conoce entre nosotros como un promotor o desarrollador inmobiliario (art. 1274 inc. b) del CCyCom). (15)

En su virtud, 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) (16) pero los Jueces sí admitan, aunque sea contra la ley, que en los procesos constructivos se produzca una situación análoga, y no sancionen las conductas ilícitas de comitentes y constructores que ejecutan obras en contravención, lo cual los convierte en partes de un contrato de objeto ilícito, y debería privarlos de la tutela judicial de sus derechos (artículos 279 y 1003 del CCyCom). Es que en las obras suele perderse 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. Ninguna ley en sentido formal, sancionada por el Congreso de la Nación, (17) los obliga a estar diplomados ellos mismos en ciencia alguna, ni colegiados en ningún ente, al igual que ninguna legislatura local lo ha hecho en materia de obras públicas. 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 con las reglamentaciones urbanísticas y edilicias, lo cual un Juez sólo puede tener por acreditado si se cuenta con un permiso de construcción en regla (art.1970 CCyCom). Y no hay permiso de construcción en regla si se viola el bloque de legalidad, y no hay observancia de ese bloque, sin la designación de constructores con sus representantes técnicos en sede municipal, pues la ley impone que nadie puede construir sin ella. Salvo en las obras ejecutadas por el sistema organizativo funcional de administración, en el que el comitente se convierte en constructor él mismo, y actúa un director de obra con funciones adicionales (encuadre fáctico, este último, sumamente complejo y sobre el que ya me he extendido en otros trabajos de mi autoría, a donde remito). (18)

Es por lo expuesto que el Legislador ha creado también en las obras privadas, al igual que en las públicas, la obligación de que se instrumenten las relaciones de representación a la que he estado aludiendo, y que se lo haga de manera completa. 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. (19)

Antes he aludido -ora para fundar los necesarios distinguos, ora para establecer las similitudes- a los regímenes enderezados a la producción de obras públicas. Ahora, lo haré con un motivo diferente: ¿ha visto el lector una, aunque sea una, ley de obras públicas que exija para construir, encontrarse graduado uno mismo en Arquitectura o Ingeniería? Si la respuesta fuere negativa, ¿podría explicar por qué ello sería distinto en una obra privada? Desde otro atalaya, ¿Acaso nunca ha visto construir una obra a una SA o SRL, que -será de Perogrullo, pero no puedo evitar puntualizarlo- obviamente jamás podrían haberse graduado en ciencia alguna, ni ejercer profesión? Entonces, entienda que para construir o desarrollar inmobiliariamente, solo se requiere contar con los medios necesarios -fundamentalmente, capital para arriesgar-, y con las representaciones legalmente exigibles. No estar diplomado en ciencia alguna. Como contracara de ello, no se puede confundir la titulación que se posee -o no-, con el rol que se asume en un determinado proceso constructivo, así como tampoco pueden confundirse las responsabilidades inherentes a cada uno de ellos, de suyo esencialmente diferentes. En otras palabras, predico que la circunstancia harto frecuente de que algunos arquitectos e ingenieros tengan vocación por desempeñarse como constructores o desarrolladores inmobiliarios, no puede conducir a igualar su responsabilidad netamente empresarial, con la de profesionales liberales que pueden tener el mismo título que aquellos, pero que no han creado los riesgos ni conservan los beneficios, y solo ejercen profesión a cambio de un honorario de naturaleza alimentaria (como proyectistas, directores de obra, o representantes técnicos).

Claramente, las únicas obligaciones de resultado -lo reitero- son la del constructor y la del desarrollador inmobiliario.

Por lo demás, tanta es la importancia de los representantes técnicos, que -en trazo muy

grueso- podría sostenerse que casi todo cuanto se ha predicado acerca de las obligaciones de un director de obra privada es, en realidad, algo que a aquellos corresponde realizar. Correlativamente, tanto es el efecto potencialmente devastador que la falta de cobertura de ese rol causa en el proceso constructivo, que el Estado, siguiendo la tradición hispánica en la materia, formó a un técnico especialmente para su cobertura: se lo llamó maestro mayor de obra. Qué se hizo luego de ese título otorgado por los colegios secundarios -otorgándole incumbencias exorbitantes e irracionales a graduados del nivel secundario, propias de los profesionales universitarios de grado -lo cual no se entiende cómo subsiste a la luz de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley 24.521 y sus reglamentaciones-, es cuestión para abordar en otro trabajo. (20)

Pero sea quien sea que encarne el rol de representante técnico, lo esencial es que se trata de los grandes olvidados de la reforma de 1968 y también en el nuevo CCyCom. Razón por lo cual, si no se integra dicho ordenamiento con la legislación local vigente y demás citada a lo largo del presente, jamás podrá entenderse proceso constructivo alguno, ni, mucho menos, responsabilizar adecuadamente a sus agentes. Y se seguirán invocando poderes imaginarios que, por serlo, nunca detendrán los siniestros. Concordantemente con ello, señalo que dispone al respecto la ya citada Res. CAPBA 41/15, lo siguiente: «Se entiende por Representación Técnica a la función, obligatoria en toda obra de Arquitectura, que consiste en representar los intereses del contratista por oposición a los del dueño de la obra, supliendo la carencia de conocimientos científicos del contratista y conduciendo la ejecución de los trabajos a cargo de éste durante el proceso constructivo, conforme a las precisiones que emanan del proyecto aprobado y las eventuales aclaraciones requeridas al Proyectista y/o al Director de Obra, e instruyendo para su realización, en el sitio de obra, al personal de la empresa»

4- ¿CUÁNDO, Y CON QUÉ EXTENSIÓN, TIENE UN DIRECTOR DE OBRA PRIVADA ALGO PARECIDO A UN «PODER DE MANDO»?

Establecido que la representación de los intereses del comitente durante el proceso constructivo queda a cargo del profesional encargado de la dirección de obra, la cuestión a dilucidar ahora (a fin de responder a aquel planteo inicial acerca del «poder de mando» con el que supuestamente se encontraría investido el profesional a cargo del desempeño del rol) es hasta dónde se extiende esa representación, pudiendo distinguirse nítidamente los siguientes encuadres fácticos:

4. 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 con cierta periodicidad durante su desarrollo, brindando al representante técnico del constructor las explicaciones que este requiera sobre algún punto obscuro del proyecto, reformando a esta obra inmaterial si se le encomendara en los términos del artículo 1264 del CCyCom, y dando aviso en forma oportuna al comitente acerca de las conclusiones que extraiga a través de sus inspecciones durante el proceso constructivo (arts. 1256 incs.b) y d), 1269 y 1270, CCyCom). Que el cableado no cumple con las especificaciones del proyecto u otro tanto sucede con las carpinterías metálicas; que las armaduras colocadas en las bases, vigas, losas y columnas no son las previstas en los cálculos estructurales; que se verifica falta de escuadría entre muros; que los herrajes no son de bronce como se estipuló; que la madera no es del tipo contratado; que no se han realizado pruebas de estanqueidad o hermeticidad en las instalaciones. En fin, todo aquello que pueda observarse mediante la diligente inspección de un experto, siempre y cuando se le dé la oportunidad de hacerlo (es decir, que medie oportuno aviso de que tal prueba tendrá lugar, y ni qué decir acerca del acto jurídico de recepción de obra), eso es de

esperar que detecte un director de obra al inspeccionarla, y que lo ponga en conocimiento de la parte que lo contrató. En tal encuadre fáctico, deberá entenderse, también, que quedará a cargo del comitente, con el debido asesoramiento jurídico, ejercer sobre su contraparte en el contrato de obra material (el constructor) las acciones judiciales, extrajudiciales, o policiales en sede municipal, a que se crea con derecho, ante el incumplimiento eventualmente detectado. Es que si dueño de la obra no ha otorgado poderes especiales al profesional a cargo del rol para actuar frente al constructor como si lo hiciera él mismo, debe entenderse que se los ha reservado (arts. 727 2do párr., 375, 1062 y ccdtes., CCyCom), y resultaría írrito exigir que el director de obra haga aquello que jamás se le encomendó, ni retribuyó, ni ninguna ley ha colocado en su órbita.4.b) Ahora bien, si el comitente efectivamente hubiera celebrado un contrato complementario de mandato con el director de obra (apoderándolo con el objeto de realizar actos tales como podrían ser, v.gr., penalizar al constructor por sus incumplimientos, requerir la demolición de lo que considere mal hecho, paralizar el proceso constructivo, etc.), habrá que examinar no solamente la extensión del mismo, sino una segunda cuestión: ¿el constructor se ha obligado, también, a someterse a ello, en su contrato bilateral con el comitente común a ambos? 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. Más únicamente así podrá hablarse de algo parecido a un «poder de mando», el que de todos modos, nunca podrá equipararse con el que reside en un inspector de obra pública, que actúa la voluntad del Estado. Como dije más arriba, un director de obra jamás podrá emitir una orden, ni esta tendrá la naturaleza jurídica de un acto administrativo. Y eso sin contar que ni el más extenso de los poderes que un contrato pueda otorgarle al director de obra, cambiará la circunstancia ínsita en que a la empresa, como continente, la dirige el constructor y no aquel, y por lo tanto el control de los factores de producción le es ajeno al director de obra. Ni le impedirá al constructor negarse a acatar sus instrucciones y requerimientos formulados en nombre y representación de su comitente, y discutirlos judicialmente con su contraparte en el contrato de obra material y no con él. Tampoco deberá soslayarse que ni aun cuando el constructor se haya obligado a realizar la obra a la entera satisfacción del profesional director de obra, perderá el derecho a resistir un requerimiento que su representante técnico, o él mismo, juzguen inadecuado, porque no parece que pueda sostenerse la validez de una virtual renuncia anticipada al derecho a defenderse. Todo 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 (art. 362 CCyCom). 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 apoderado o no, 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 obra para obligar al comitente a adecuar su conducta a las leyes y reglamentos? He aquí donde la realidad colisiona frontalmente contra los laboratorios: es que 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. Dice agudamente al respecto 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". A tan gráfica descripción sólo cabría agregar un dato no menor: el crecimiento exponencial de la matrícula de casi todas las profesiones tradicionales argentinas también se verifica en la Arquitectura, existiendo hoy decenas de miles de profesionales en esa rama; también son muchísimos los maestros mayores de obra, con habilitación para proyectar y construir obras, aunque con ciertas limitaciones en cuanto al tipo o complejidad de las que pueden encarar. Ello sumado a la difícil situación económica de nuestro país que hace que no se construyan propiedades en la cantidad y con la inversión cuantiosa que existía sólo hace unos años en un episódico boom inmobiliario., provoca que la parte más fuerte de la relación del contrato de obra no siempre sea el profesional. Es más, de hecho, muchas veces no lo es. Éste tiene a su favor un mayor conocimiento de la técnica edilicia y de los avatares de la obra. Pero hasta allí llega la cuestión, dado que el mayor poderío económico suele estar en cabeza del comitente, lo que convence de la inconveniencia de sentar reglas pétreas a priori, respecto de quién es el débil de la relación. Como bien dice Gastaldi, lo mejor es atenerse a las circunstancias de cada caso concreto» («Responsabilidad de Arquitectos, Ingenieros y Constructores por vicios de edificación», Diario La Ley del 4-4-16, T. L.L.2016-B)

Como contracara de la moneda, simultáneamente cuanto precede constituye la mejor demostración de por qué el comitente no es un sujeto de derecho sin otra obligación que pagar precios y honorarios y con un gigantesco reaseguro para su negligencia, provisto por varios sujetos de derecho situados en la vereda de enfrente (hipótesis de los artículos 1273, 1274 y 1277 del CCyCom). Muy por el contrario, el director de obra está situado junto a él, en la misma vereda, como su representante (art. 1269 y 1270, CCyCom), y él debe colaborar con el profesional a cargo del rol, para posibilitarle cumplir con sus obligaciones (art. 1257 inc. b), CCyCom).

Respecto a esto último, opino que, por la propia dinámica de los procesos constructivos, es prácticamente imposible que exista un mandato sin representación, en los términos de los arts. 1320 y 1321 del CCyCom: piénsese en cómo haría el director de obra para pagar por el comitente, encomendar adicionales al constructor, o aprovisionar la obra: cualquier contratante prudente le exigiría constancia del acto jurídico de apoderamiento (art. 374 CCyCom). No hay que confundir, creo, un mandato sin representación, con la celebración de un contrato de mandato con representación, pero en la que el consentimiento se ha manifestado oral e incluso tácitamente (art. 1319 CCyCom), ni ha de olvidarse que el contrato de mandato es también, como los de obra y servicios, no formal y consensual (arts. 284 y 1015, CCyCom).

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/Lameló, Rubén y otro s/ Resolución de contrato. Daños y perjuicios», Sum. Juba

B2201052).

Ha dicho 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, ed. De Palma, 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 (en cuanto interesa, arquitecto, ingeniero, o nada), sino por lo que hace o deja de hacer, encontrándose jurídicamente obligado. Pero por sobre todo, que se tiene la capacidad de ordenar algo, solo cuando la ley, o cuando menos una estipulación contractual -con cortapisas en el derecho privado- la reconocen. Pero no cuando nada de ello sucede.

Más sintéticamente, predico que hay que juzgar a los constructores y desarrolladores Inmobiliarios como tales (es decir, como empresarios), y a los directores de obra y representantes técnicos, como profesionales liberales. Y en uno y otro supuesto, jamás olvidar a quien verdaderamente manda en un proceso constructivo: siempre será quien posee el poder económico para determinar su curso. Por ende, es a quien más debe exigírsele.

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) Remito a lo expuesto en mi trabajo titulado «Los contratos de obra y de servicios, y un rosario de razones para no igualar lo desigual» (Microjuris - cita MJ-DOC-13566-AR / MJD13566)

(3) Por las razones expuestas en el trabajo de mi autoría titulado «Los artículos 1053 y 1269 del Código Civil y Comercial, la Dirección de las Obras, y la consagración legislativa de un cambio de paradigma» (Diario La Ley del 30-12-16, año LXXX, n° 247 T, 2017-A. Ídem, Microjuris - MJ-DOC-10659-AR | MJD10659-)

(4) Algunos autores han manifestado que el art. 1274 inc. b) del CCyCom 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 (cfme. Spota, Tratado de Locación de Obra, T. 1, 3ra Edición, págs. 505 y 158 y L.L. T. 140, pag. 1235; Bertone, S., ob.cit., C.C.Com. de San Isidro, sala 1, 24-5-99, «Aluminio Almeco Sacic c/M. I. Q. SAs/Cobro de pesos», entre otros). Y, por último, el director de obra ya está incluido en el inciso 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 inciso b) del C.C. y Com. 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» (artículo 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. En el mismo sentido, puede verse Res. 94/16 del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As.

(5) Ver, al respecto, Res. 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As., Res. 30/15 del Colegio de Arquitectos de Chubut, y Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis.

(6) De esta cuestión, me he ocupado extensamente en mi trabajo titulado «Responsabilidad civil en el ejercicio profesional de la Arquitectura y la Ingeniería» (L.L., Revista del C.Civ. y Com., año III n° 5, Junio de 2017, pags. 107/123). Ídem, Microjuris, MJ-DOC-12012-AR | MJD12012.

(7) Tiene dicho la Asesoría General de Gobierno de la Pcia. de Bs.As., Secretaría Letrada II, 2403-210/05, Dictamen N° 128.560-7, lo siguiente: «Al respecto, ambos órdenes de servicio se encuentran firmes, ya que de la lectura de los antecedentes no surge impugnación alguna de conformidad al artículo 1 del Decreto Reglamentario N° 5488/59 y por ende corresponde resolver el requerimiento resarcitorio con encuadre en el artículo 38 de la Ley N° 6021, en forma negativa. No debe olvidarse que se está ante un acto administrativo, habiendo establecido la jurisprudencia que "La Orden de Servicio constituye una resolución emanada de la Dirección o Inspección de la obra por la cual se instruye, controla y dispone la ejecución del contrato, importa el medio natural para cursar una intimación de cumplimiento del plazo aprobado por el plan de trabajos" (S.C.J.B.A., B. 49.379, 01/08/95, JUBA)».

(8) Alberdi, Juan Bautista «Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853», Colección

Grandes Escritores Argentinos. Jackson Editores 1957. Citas extraídas de la revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, año 7 n° 40, «La Constitución de Cádiz de 1812: su influencia en el movimiento emancipador y en el proceso constituyente», autor Alberto Ricardo Dalla Vía.

(9) Art. 247 1er párr., C.P.; art. 43 de la Ley 24.521 y sus reglamentos (entre otros, Resoluciones MEC y T 1232/01 y 498/06), y todas las leyes locales reglamentarias de las Arquitectura y la Ingeniería. Puede verse, también, Bertone, S., ob.cit. en (2) precedente, y Res. 24/17 del Colegio de Arqs. PBA.

(10) 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, C2ªCCom. 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, CCom. de San Isidro, sala 2, 29-4-94, «Di Rico, V. A. c/ Eyherachar, Jorge s/Cobro de australes»; ídem, C2ªCCom. 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, CCom. de Quilmes, sala 2, 1-10-2002, «Dorozkin Esteban c/Alcaraz, Pablo s/Cumplimiento de contrato», sum. Juba B2951424); ídem, CCom. de San Isidro, sala 2, 28-11-96, «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 -1ra parte- del CCyCom, 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 (C.C. y Com. arts.284

2do párrafo, 262 a 264, 727 2do párrafo, 971 y 1015).

(11) Ver gráfico contenido en el anexo II de la Res. CAPBA 41/15. Concordante, Res. 30/15 del Colegio de Arquitectos de Chubut.

(12) Bertone, S., ob cit. en (6) precedente.

(13) Res. CAPBA 46/87, 41/15 y 67/15. Bertone, S., ob cit. en (6) precedente.

(14) Sobre la actualmente derogada Ley bonaerense 6075, y los motivos que llevaron a su sanción, me he expedido detalladamente en «Responsabilidad civil en el ejercicio profesional de la Arquitectura y la Ingeniería» (L.L., Revista del C.Civ. y Com., año III n° 5, Junio de 2017, pags. 107/123). Ídem, Microjuris, MJ-DOC-12012-AR | MJD12012

(15) Ver lo expuesto en nota (4) precedente.

(16) En materia penal, la C.A.D.H. autoriza la autodefensa (art. 8.1.d). El Cod. Proc. Penal de la pcia. de Bs. As. -Ley 11.922- la admite, con ciertas limitaciones, en su art. 89.

(17) Además de lo expuesto en la nota (8) porque si lo hiciera, ello importaría limitar irrazonablemente una actividad industrial o comercial, de manera fulminada por el art. 28 de la C.Nac. Lo cual, además, excedería la competencia de la policía profesional y la de la policía edilicia, pues legislar en esa materia ha sido delegado en el Congreso de la Nación, con renuncia expresa a reasumir la competencia (arts. 31, 75 inc. 12) y 126, C.Nac.). Además, la falta de razonabilidad se evidencia palmariamente ni bien se establecen ciertas comparaciones:

¿Se exige ser uno mismo farmacéutico para ser el titular de un establecimiento farmacéutico, ingeniero agrónomo para explotar un pool de siembra o desempeñarse como contratista rural, ingeniero textil para hacerlo con un taller de corte y confección, ingeniero mecánico para fabricar y suministrar maquinaria, y así? No, pues la actividad nunca se confunde con la representación de esa actividad, ni el continente «empresa», con su objeto. De no hacerlo, llegaríamos a concluir en que, para ser parte en un proceso judicial, se requeriría ser abogado uno mismo, eliminando el derecho de petición, de rango constitucional. Entonces, si está dispuesto a abrir su mente y pensar el Derecho en lugar de replicarlo, sea bienvenido a la representación técnica, que es aquel rol para cuyo desempeño se forma a los Arquitectos e Ingenieros, y que es lo que permite que la actividad de empresario constructor sea asumida por cualquier persona, física o jurídica.

(18) «El mito del director de obras omnipresente, el olvidado representante técnico, y el reino de los prejuicios» (L.L.B.A., año 17, n° 11, dic. 2010 pags. 1187 a 1200). Ver, también, Res. CAPBA 41/15.

(19) Sería el equivalente exacto de un abogado tratando de explicarle Derecho a quien carece de toda versación en Ciencias Jurídicas y Sociales. Para hablar de lo más sencillo, piénsese que el solo leer planos, importa el dominio del sistema proyeccional Monge, ya que la realidad no se ve plana, en dos dimensiones (de ahí lo de «planos»), sino en tres, y solo el ojo entrenado puede hacer lo primero. Ni qué decir acerca de especificaciones de complejidad mayor, tales como una relación agua-cemento, las que emanan de un estudio de suelos, o de sistemas constructivos especiales, etc. En su virtud, a mi entender el comitente que contrata a un constructor sin representante técnico, viola gravemente sus deberes de colaboración (art. 1257 inc. b) CCyCom), obstaculizando sin techo el desempeño del rol de director de obra, y, en definitiva, poniendo en riesgo la salud, los bienes, y la seguridad de la población (arg. art. 43 Ley 24.521).

(20) Ver al respecto Resolución del Consejo Federal de Educación 15/07, Anexo II, homologada por Res. INET 842/11.

(*) Abogado y arquitecto.

N. de la R.: Artículo publicado en la Revista Argentina de Derecho Civil N° 5 junio de 2019 (cita IJDCCXLVIII-32)