

Voces: CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - CONSTRUCCIÓN DE OBRA - LOCACIÓN DE SERVICIOS - LOCACION DE OBRA - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - PROFESIONES LIBERALES - INGENIEROS Y ARQUITECTOS - ÉTICA PROFESIONAL - COLEGIOS PROFESIONALES - RELACIÓN DE DEPENDENCIA - RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - EJERCICIO PROFESIONAL - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD OBJETIVA - CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES - CONTRATO DE PRESTACIÓN DE OBRA INTELECTUAL - INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Título: Los contratos de obra y de servicios, y un «rosario» de razones para no igualar lo desigual

Autor: Bertone, Sergio O.

Fecha: 4-jun-2018

Cita: MJ-DOC-13566-AR | MJD13566

Producto: LJ,STF,MJ

Por Sergio O. Bertone (*)

¿Responsabilizaría usted en la misma medida al médico que únicamente examinó a un paciente y diagnosticó su enfermedad que a su colega empresario, a la sazón titular de la explotación del establecimiento sanatorial? ¿Haría otro tanto con el ingeniero agrónomo que solo inspeccionó la explotación rural, aconsejó el uso de un determinado agroquímico y expidió la correspondiente receta, con el empresario titular de esa explotación rural -para la hipótesis, un segundo ingeniero con la misma especialidad-, y aun con un tercer empresario del sector; pensemos en un contratista encargado de cosechar, que sea, a la vez, también ingeniero como los dos anteriores?

Si la respuesta es afirmativa, estoy más que dispuesto a escuchar sus argumentos. Pero si es negativa, ¿podría explicarme cómo, en el siglo XXI, aún no consigue escindir la responsabilidad inherente a los distintos roles que un mismo título permite desempeñar en materia de Arquitectura e Ingeniería, cuando -como ocurre con todas las profesiones precitadas- existen arquitectos e ingenieros que realizan actividades de naturaleza empresarial, y también aquellos que solo ejercen la profesión?

Comencemos por lo básico: una obra edilicia no nace por generación espontánea, sino que se fabrica. Generalmente, la produce un verdadero ejército de empresarios independientes los unos de los otros, por lo cual no suele haber un único establecimiento, sino varios dispersos. Además, la elaboración es, parcialmente, industrializada y externa (por ejemplo, la de

elementos constructivos singulares, como un lavabo, una ventana, cemento, cal, cañerías, etc.). Y, en parte, concentrada y artesanal (el ensamble de todo ello, insertándolo en un sistema mayor, sobre el necesario sustrato, esto es, el terreno). Este último es, en términos del art. 6 de la LCT 20.744 y del art.2 de la Ley 19.587, el establecimiento principal, y se lo conoce como «sitio de obra». Finalmente, para fabricar ese objeto denominado «obra», hay algo que se llama «proceso constructivo», y sucede que ese proceso tiene actores (si usted quiere, «agentes», como los llama la Ley de Ordenación de la Edificación Española 38/99) y se encuentra reglado por los Códigos de Edificación municipales.

Si eso es cierto, entonces se torna necesario penetrar en las disposiciones contenidas en los arts. 1251 a 1279 del CCivCom que, interpretados aisladamente del resto de ese sistema normativo, y también del monumental orden jurídico argentino (esto es, de manera contraria a lo dispuesto por el art. 2 del CCivCom), conducen al intérprete a resultados absurdos. Y ni qué decir si a semejante cóctel se le agregan antiguos prejuicios, dogmas, y hasta mitos urbanos.

En aras a demostrarlo, considero imprescindible enfatizar la extraordinaria carencia de similitud entre la actividad de un contratista de obra material (es decir, un empresario constructor total o parcial), y la de los agentes del proceso constructivo, que solo son trabajadores intelectuales, por otro (por ejemplo, proyectistas, directores de obra, representantes técnicos, etc.). Al efecto, listaré al efecto sus notas distintivas principales:

1. Un constructor no requiere contar con título alguno (la mejor prueba de ello es que hasta una persona jurídica puede realizar esa actividad) (1), sino solo estar representado técnicamente por alguien que reúna esas condiciones (art. 14 de la CN, con relación a cualquier ley local reglamentaria de las profesiones de Arquitecto e Ingeniero) (2). Por el contrario, solo una persona física, con suficientes incumbencias, y debidamente matriculada, puede ejercer la profesión (3).

2. Por ello mismo, un constructor no puede ser sujeto activo del delito de ejercicio ilegal de profesión (art.247, 1.er párr., 2.da cláusula- del Código Penal), pues no se requiere matrícula colegial para desarrollar esa actividad (4). Mientras un profesional liberal, si (por ejemplo, ejerciendo sin encontrarse matriculado en el ente de la colegiación competente, aun cuando tenga el título pertinente, y se encuentre matriculado en otro (CSJN en autos «Cadopi, Humberto c/ Pcia. de Bs. As. s/ acción declarativa de certeza»).

3. Por análogas razones, se ha decidido que adjudicarse falsamente la condición de constructor no constituye delito de usurpación de título -La Ley, t. 19. p. 321- (lo cual es lógico toda vez que no existe el título de «empresario constructor», sino solo la actividad netamente empresarial consistente en obligarse a ejecutar obra por un precio). Por el contrario, usurpar los títulos de arquitecto e ingeniero, sí constituye delito (art. 247, 2.º párrafo, del CPen, fallos t. 5, p. 567).

4. Tan cierto es que cualquier persona puede desempeñarse como empresario constructor, que la obligación contraída al hacerlo no es inherente a ella, y hasta sus sucesores pueden continuar la obra ante la muerte de aquel (Código de Vélez, art. 503, art. 1195, 1.a parte, art. 1496 y art. 1641; CCivCom, art. 1260). Imaginemos el supuesto de un padre que se haya obligado a construir, por un precio, una cubierta de tejas sobre madera, con ayuda de un par de hijos suyos, y fallece antes de concluirla: si el comitente ha observado que estos son versados en su oficio y han aprendido lo suficiente de su progenitor, pues... ¿qué problema habría para encomendarles que concluyan ellos la obra? Más no sucede lo mismo con la

realización de una obra intelectual: mi hijo no arquitecto jamás podrá continuar el proyecto dejado inconcluso por su padre (5). Y hasta puedo ir más allá: incluso cuando ambos fuéramos graduados en Arquitectura, podría darse el supuesto de que el comitente haya querido contratarme a mí por mi experiencia y especialización, y no a él, un novato profesional y / o con una especialización distinta de la mía (Código de Vélez, arts. 498, 1195 -2.a parte- y 1196; CCivCom., arts. 776, 1024, 1070 y 1254).

5. Solo un constructor puede ser sujeto activo del delito tipificado en el art. 174, inc. 4, del Código Penal. Un trabajador intelectual no, toda vez que él jamás provee materiales de construcción.

6. El precio que cobra un constructor constituye una ganancia o beneficio de corte empresarial, se regula por las leyes delegadas por las provincias en la nación (art. 75, inc. 12, y art. 126, CN) y está -naturalmente- sujeto al alea de los negocios. Por el contrario, el honorario que percibe un contratista de obra intelectual, o prestador de servicios intelectuales, tiene naturaleza alimentaria, constituye una obligación de valor previamente establecida por la ley (art. 772, CCivCom) (6), no está sujeta al éxito del emprendimiento (es decir, el riesgo, en principio, no debe afectar su percepción) y se regula por leyes arancelarias locales.

7. El contrato de obra material celebrado con un constructor involucra siempre una obligación donde se promete un resultado eficaz (arts. 774, inc. c, y 1252 -2.º párr., CCivCom.). No ocurre lo mismo con, v. gr., un director de obra, ya que este solo inspecciona los trabajos realizados por aquel, con la única finalidad de corroborar que se ajusten al proyecto aprobado o válidamente modificado, informándole a su comitente sus conclusiones (arts. 1269, 1270 -por reenvío al 747-, 774, inc. a, (7) 1256, inc.b, y art. 1768, CCivCom). Tratándose, en consecuencia, de un contrato de servicios -con la única excepción del de obra intelectual, del que me ocuparé acto seguido-, ya que el profesional que se encarga del rol, obviamente jamás entrega absolutamente nada (él solo asiste a su comitente en el acto jurídico de entrega de la obra por otro); obviamente, no puede prometer el resultado de la actividad empresarial de un tercero a su respecto (el constructor) porque no existe norma jurídica alguna que le otorgue el control de los factores de producción de este último para obligarlo en modo alguno, y, por si faltara algo, su actividad en el desempeño del rol tampoco es reproducible, porque no es una obra ni un producto, sino un servicio (art. 1252, CCivCom) (8).

8. El de proyecto, en cambio, es un contrato de obra intelectual. No obstante, el mismo tampoco puede ser equiparado al de obra material celebrado con un constructor, porque si bien en aquel sí se promete un cierto resultado (a saber, que sirva al comitente para utilizarlo a los efectos de tramitar él mismo, y obtener, un permiso de construcción municipal, por lo cual debe ser adecuado a las leyes y reglamentos, de qué serviría de no ser así), y claro que al tratarse de un contrato de obra, aun intelectual, existen los vicios aparentes y ocultos del proyecto, lo relevante es que aquello que jamás se promete en él es un resultado eficaz. Lo cual lo coloca más cerca del contrato de servicios que del de obra material, pues -pese al aparente olvido del legislador de definir sus notas-, el reenvío contenido en el párrafo final del art. 1252 del CCivCom a las leyes locales reservadas por las provincias, y su naturaleza de producto del ejercicio de profesión liberal, así lo encuadran (art. 1768, CCivCom). En otras palabras, al contrato de proyecto arquitectónico o ingenieril se aplica la disposición contenida en el art. 774, inc.b, del CCivCom -que, me apuro a aclarar, no consigo distinguir nítidamente de la del inc. a)-, y jamás la del inc. c de ese mismo dispositivo, reservada a los constructores. Otra interpretación sería irrazonable (arg. art. 3, CCivCom), además de plasmar una obligación de cumplimiento imposible. No solo porque el proyectista ni siquiera inspecciona al constructor

(esa es función del director de obra); menos, posee un poder jurídico sobre aquel para obligarlo a cumplir con las especificaciones del proyecto, y la enorme mayoría de las veces, ni siquiera pisa el sitio de obra, sino porque, además, no puede ni debe otorgar garantías sobre materiales que él no provee, ni trabajos que él no realiza, porque la ley no lo obliga a hacerlo (art. 2 -2.º párr- de la LDC 24.240, art. 1, inc. B, de su Decr. Regl. 1798/94, y art. 727 2.º párr.. del CCivCom). Además, ha de puntualizarse que el comitente hasta puede variar el proyecto sin siquiera consultarlo, mientras no lo desnaturalice (art. 1264, CCivCom).

9. Un constructor es un proveedor, integra la relación de consumo, otorga garantías y responde objetiva y solidariamente con otros sujetos por cualquier vicio de construcción. Un profesional liberal (nuevamente: proyectista, director de obra, representante técnico, etc.) que solo realice un trabajo intelectual, también puede ser responsabilizado, pero no objetiva ni solidariamente con ellos ni por aplicación de la ley especial, ya que resulta expresamente excluido por ella misma de la relación de consumo (arts. 2, 3 y 40 de la Ley 20.240; art. 1, incs. b y c, de su Decr. Regl. 1798/94, y arts. 1092, 1094, y 1768, todos del CCivCom).

10. Un constructor, salvo que se trate de una empresa unipersonal, es un empleador de la industria de la construcción. Por el contrario, un profesional no constructor (es decir, aquel que solo utiliza su intelecto, y trabaja a cambio de un honorario) se encuentra expresamente excluido de la relación jurídica laboral por la Ley 22.250, según surge del juego armónico de sus arts. 1 -incs. a y b-, 2 -inc. a-, y 32 -2.º párr.- (9).

11. Un constructor está obligado a cumplir con la Ley de Seguridad e Higiene en el trabajo y responde por su inobservancia, solidariamente con el comitente (arts. 2 y 8 de la Ley 19.587, y arts. 2 a 4 de su reglamentación sancionada por el Decr. PEN 911/96). Por el contrario, un trabajador intelectual que solo ejerce profesión (como, por ejemplo, un director de obra) no lo está en modo alguno. Más aún: estos últimos tienen incompatibilidad absoluta para encargarse de esos roles en la misma obra en que desempeñan su función, por aplicación de esas mismas normas (art. 16 -párr. final- del Anexo I, Decr. 911/96, y Res. SRT 1830/05 -considos. 5 y 6-). Además, las normas éticas de su profesión (obligatorias para todo profesional liberal por imperio de las leyes locales que reglamentan su ejercicio, y porque estas integran el plexo normativo a que alude el art. 1252 -párrafo final- del CCivCom), así lo disponen también. Por lo tanto, jamás puede cometer un ilícito al respecto, cumpliendo una obligación legal (art. 10, CCivCom) (10).

12. El trabajo de un constructor no goza de protección legal, suprallegal, ni constitucional, en materia de derechos intelectuales; el proyecto de una obra realizada por un arquitecto o ingeniero, sí (arts. 1 y 55 de la Ley 11.723; arts. 2, inc. Ay 6 bis del Convenio de Berna sobre Propiedad Intelectual internalizado por Ley 25.140, y art. 17 de la CN).

13. Un constructor no está sujeto al cumplimiento de leyes reglamentarias locales ni normas éticas ni, por ende, requiere matrícula en ente de la colegiación alguno para desempeñar su actividad (11). Por el contrario, quien ejerce profesión intelectual, sí lo está. Las consecuencias no son menores: por ejemplo, el primero, salvo pacto en contrario, elige libremente los medios de ejecución del contrato (arts. 1253 y 1254, del CCivCom). Mientras que quien ejerce profesión intelectual no puede hacerlo, por una doble razón: en primer lugar, porque se trata de una obligación inherente a la persona, y en segundo término, porque él debe cumplir con las leyes locales, códigos de ética, y demás reglamentos colegiales (art. 1252 in fine, CCivCom).

14. El poder de policía edilicio es municipal, más el de las profesiones reside en las provincias.

Por lo tanto, un municipio puede válidamente juzgar mediante su Tribunal de Faltas la actividad de un constructor o desarrollador inmobiliario (se trate de arquitectos, ingenieros, contadores, o de cualquier persona física o jurídica), más no ocurre lo mismo con el ejercicio profesional liberal de un proyectista, un director de obra, o un representante técnico. Para esto último, únicamente es competente el ente de la colegiación que gobierna su matrícula, lo cual únicamente cede (como corresponde) (12) ante la competencia del Poder Judicial, jamás ante la de un municipio. Otra conclusión sería, además, absurda: ¿de qué serviría la suspensión en el uso de la firma en un municipio, si el profesional podría ejercer en todos los circundantes? Y... ¿cómo controlaría un municipio el cumplimiento de esa hipotética sanción, si no lleva un control matricular de profesionales -ni es competente para llevarlo- y, por ende, no tiene cómo asentarla, porque ello es competencia reservada a los entes de la colegiación, a cuyo efecto se ha instituido el visado previo?(13). La que puede parecer una cuestión baladí tiene una extraordinaria importancia cuando se trata de establecer quién responde, en qué casos, y por qué causas, en los términos del art. 1277 del CCivCom. No se me escapa que la analogía no es del todo buena, y tal vez, ni siquiera llegue a ser tal. Pero si el objeto de un Código Procesal Civil y Comercial es reglar el desarrollo del proceso judicial, no cómo ha de ejercerse la profesión de abogado, pues otro tanto sucede con un Código de Edificación respecto del proceso constructivo. Tan simple como eso: la deontología de una profesión, está reservada al Colegio que gobierna la matrícula de que se trate. Incluso hay provincias que han otorgado en la grada constitucional a los colegios profesionales, competencias que estos ejercen por delegación de la Legislatura, y que ni siquiera el Poder Ejecutivo local puede asumir (Buenos Aires, arts. 41, 42 «in fine» y art. 45, Const. Prov.). Y otro tanto ocurre en el plano legal (Río Negro, art. 22 de la Ley 2.176; Chubut, art. 23 de la Ley X N.º 53, etcétera.)

15. Concordantemente con lo recién expuesto, un constructor responde, en los términos de los arts. 1277 y 1758 del CCivCom, y la Ley 19.587, por la infracción a cualquier norma administrativa que prevea medidas de seguridad para evitar daños a linderos, transeúntes, y terceros en general (cfme. arts. 1277 y 1758 del CCivCom; Ley 19.587, y Decr. PEN 911/96). Por el contrario, y precisamente porque la noción de riesgo resulta ajena al ejercicio profesional (art. 1768 CCivCom, parte final) no ocurre lo mismo con un profesional liberal -por ejemplo, el director de obra-, quien solo responde de esos daños, en la medida en que haya contribuido a causarlos a través de: a la omisión de cumplimiento de una especial porción de los reglamentos edilicios y urbanísticos (a saber, solamente de aquellas disposiciones que inciden directamente sobre el proyecto de las obras, toda vez que exactamente eso es aquello que él controla: la identidad entre el proyecto y el objeto edilicio -v. gr., alzadas y pedadas de escaleras, dimensiones de los ambientes, distancia a ejes divisorios de tanques soterrados y elevados, etc.); b. de la ley reglamentaria de su profesión, y c. de su código de ética y demás reglamentos colegiales (art. 1252 -párrafo final- y art. 1768 -párrafo final-, del CCivCom).

16. En su virtud, si usted no puede distinguir el ejercicio profesional liberal, de la actividad empresarial, y se queda empantanado en los dogmas y fórmulas abstractas que ríos de tinta han plasmado acerca de los títulos de Arquitecto e Ingeniero -en lugar de analizar los hechos de cada caso y determinar con precisión el rol que cumple en el proceso constructivo ese especial arquitecto o ingeniero cuya responsabilidad se quiere examinar- jamás logrará esclarecer quién responde y quién no, porque un ciclomotor colisionó contra un contenedor mal señalizado el sábado por la noche. Y llegará a la absurda conclusión (por lo demás, contraria al principio de razonabilidad, arg. art. 3 CCivCom) ínsita en que, para continuar predicando las antiguas fórmulas que nos invaden por doquier, usted quedaría, correlativamente, obligado a sostener dislates como, v. gr., que un director de obra debería contratar personal para la seguridad de las obras -es decir, un «sereno», colocarle redes,

cercarla, etc. Es que las obras, en tanto cosa riesgosa, existen todas las horas de todos los días del año; lo que se detiene o pausa es solo su proceso constructivo, de cuyo desarrollo y contenido nadie parece querer ocuparse (especialmente, de su agente principal: el comitente, quien lo determina en su curso, con su poder de negociación) (14).

17. Dicho con más crudeza, y si es cierto que el derecho es lógica codificada, un profesional liberal no puede ser responsabilizado en la misma extensión que un empresario constructor, mientras a la ganancia obtenida por esta última actividad la conserva para sí este último. Para así hacerlo, simplemente se convertiría en constructor él mismo, o se asociaría con aquel (a esto último, como se verá, las leyes reglamentarias y normas éticas, se lo prohíben), y, al menos, conservaría la ganancia total o parcialmente para sí. De la insólita extensión contenida en el art. 1274, inc. c, del CCivCom, de su antecedente, de la mala copia que la causó, y en qué circunstancias, ya me he hecho cargo en otros trabajos, a donde remito (15). Por ahora, dejé que enfatice la formidable colisión normativa de la extensión aludida, con la severísima LDC 24.240 (que en sus arts. 2 y 40, de consuno con otras disposiciones del Código de fondo citadas a lo largo de presente) dispone exactamente lo contrario. Ello nos conduce a lo dispuesto por el art. 727 -2.º párr.- del CCivCom.

18. Puede resultar controversial la extensión dispuesta por el art. 1274 inc. b, del CCivCom, porque ella no aplica a los directores de obra ejecutadas por el sistema de administración, como se ha sostenido con cierto apresuramiento. Es que nadie podría explicar, en nuestro ordenamiento, cómo, si no se han excedido los términos de un mandato, los hechos no se imputarían al mandante en lugar de al mandatario; además del sinsentido de extender al mandatario la responsabilidad de un tercero a su respecto, como lo es el constructor de la obra (arts. 10, 359, 1328, inc. c, y cctes. del CCivCom). Y ello sin contar con que, entre nosotros, no existe en el proceso constructivo, quien cumpla «...una función semejante...» a la de un contratista: se es contratista o no. Lo que ocurre es que se ha omitido legislar en el nuevo sistema normativo acerca del contrato de promoción inmobiliaria, contenido en la fuente de la disposición comentada -el Code- que crea un mandato en interés del mandante y del mandatario, y un sujeto que se convierte en un verdadero constructor, no en nada «semejante a un contratista» (art. 1792-1 del Código Civil de Francia, texto s/ Ley 78/12 de ese Estado, en su juego armónico con el art. 1831-1 del mismo cuerpo legal) (16). De tal suerte, ¿qué es lo más cercano a ello en nuestro derecho, a los efectos de la aplicación de la disposición contenida en el art. 1274, inc. b, del CCivCom? Sin duda, un desarrollador inmobiliario, y ni qué decir si este actúa, además, en el contexto de un contrato de fideicomiso. No por nada los arts. 1685 y 1687 del CCivCom obligan al fiduciario (generalmente, el verdadero constructor del emprendimiento, bajo el sistema organizativo funcional del proceso constructivo, denominado «por administración»), a contratar un seguro, bajo apercibimiento de ser responsabilizado personalmente, entre otras cuestiones, por el hecho de las cosas y actividades riesgosas. De la cual -nunca será suficiente reiterarlo- el art. 1768 del mismo cuerpo legal excluye categóricamente a los profesionales liberales. Además, no es posible interpretar la ley partiendo de la premisa ínsita en que el legislador actúa irracional ni redundantemente, y lo cierto es que, a la responsabilidad de proyectistas y directores de obra, este la abordó en el inciso siguiente, y dejando plasmado que ello es así «según la causa del daño», lo cual no me parece menor.

19. Construir y dirigir una obra no solamente no son roles análogos, y ni siquiera similares (mucho menos equiparables) dentro del proceso constructivo: son tan diferentes, que la existencia del primero justifica la del segundo (cuyo desempeño finca, precisamente, en inspeccionar -por encargo del comitente- la actividad del constructor, verificando que este

ejecute las prescripciones del proyecto, e informándole si así no fuere (CCivCom, arts. 1256, inc. b, 1269 y 1270 -por reenvío al art. 747-). Encontrándose prohibido, en consecuencia, asumir simultáneamente ambos roles dentro de un mismo proceso constructivo, por el mismo agente. O sea, no se puede actuar simultáneamente como director de obra y constructor, ni tampoco como director de obra y representante técnico del constructor, porque ello suprimiría el derecho de inspección del comitente, dejándolo inerte frente a aquel. Es decir, se trata de roles que, en esencia, poseen la naturaleza jurídica de virtuales opuestos por el vértice (17).

20. Un constructor responde por el riesgo creado, resulta un guardián jurídico, y garantiza el resultado de su actividad (art. 774, inc. c, 1758 y ctes., CCivCom). Un profesional proyectista, director de obra, o representante técnico, no (CCivCom, arts. 2, 1273, 1277, 1758 y 1768; Ley 24.240, art. 2 -1.º y 2.º párrs.- y 40, y art. 1, incs. b y c de su D.R. 1798/94). Cabe aclarar que 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 (art. 4 a 6, 65 a 67, 86 y ctes. de la Ley 20.744) (18).

Como espero haberlo demostrado, tal vez una de las normas más importantes de toda la nueva codificación se halle en el art. 2 del CCivCom: «Interpretación. 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».

A partir de allí, si es cierto que no existe mayor injusticia que tratar como iguales a quienes no lo son, y, por ende, que la igualdad ante la ley solo es válida en igualdad de condiciones (art. 16 y art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional), se requerirá que los jueces apliquen los arts. 1251 a 1279 del nuevo CCivCom, aquellos a los cuales ellos reenvían, y / u otras leyes con cuyas normas aquellos deben armonizar, con un sinnúmero de cortapisas, para conciliar la nueva codificación con la Constitución del Estado. En fin, actuar como el nuevo sistema normativo manda (arts. 1 y 2, CCivCom).

(1) He abordado esta cuestión extensamente en mi artículo titulado «Responsabilidad civil en el ejercicio profesional de la Arquitectura y la Ingeniería», LL, Revista del Código Civil y Comercial, año III, N.º 5, junio de 2017, pp. 107/123; ídem, Microjuris, MJ-DOC-12012-AR | MJD12012. Especialmente, acápite VI y VII. Por lo demás, aunque frecuentemente se observa a un profesional o técnico desarrollando la actividad netamente empresarial de constructor, ello no ha de prestarse a confusiones, pues, en tal caso, se asumen dos (2) roles simultáneamente: el de constructor, y el de representante técnico de ese constructor. Reputándose ejercicio profesional solamente esta última parcela. El encuadre es idéntico al de la parte que, por encontrarse habilitado para el ejercicio de la Abogacía, litiga en causa propia, representándose a sí mismo (cfme., Res. 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As.; Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis; Res. 30/15 del Colegio de Arquitectos del Chubut, entre otras interpretaciones de las leyes reglamentarias de esa profesión). Ver nota siguiente.(2) Son incontables las leyes locales, en sentido material y formal, que establecen expresa o implícitamente la obligatoriedad de los constructores de contar con representación técnica, tanto en obras públicas como privadas. Por su importancia y claridad - sin perjuicio de la brillantez de lo dispuesto ya en 1929 en la señora Ley bonaerense 4.048, replicada actualmente por las Leyes 10.405, 10.411 y 10.416 de la misma provincia-, se

trascibe el art. 24 de la Ley santafesina 10.653 reglamentaria de la Arquitectura. A mi entender, se trata de una verdadera gema, ya que demuestra, que cualquier persona puede construir, mientras cuente con un representante técnico: «(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 éste 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». O sea, ingenieros civiles, por ejemplo. En algunas provincias, suele denominarse a la representación técnica con el nombre de «conducción técnica», lo cual importa confundir el núcleo del rol con su nombre: así como el director de obra inspecciona el proceso constructivo, el representante técnico lo conduce. Ello, sin perjuicio de que la figura de la «conducción técnica» (que fue un engendro jurídico pergeñado por un ente de la colegiación actualmente inexistente- de Santa Fe, y de allí pasó a Córdoba, por ejemplo). Básicamente, se trataba de erigir una obra sin director, y convirtiendo en constructor de ella a quien no lo era. Un verdadero dislate, como lo han declarado el Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires mediante su Res.24/17, y también el Colegio de Ingenieros Civiles de Santa Fe (Res. 79/06). Pero que aún continúa «vigente» en muchas ordenanzas municipales de esa provincia, no obstante haber sido fulminada en 1991 por el art. 24 de la Ley de Santa Fe 10.653 -es que se trataba de la negación de la existencia de la representación técnica-, y vuelta a fulminar por el Decr. 1732/08 de esa provincia. Las objeciones constitucionales a ello son cuantiosas, y las he plasmado en mi trabajo «El misterio de la conducción técnica», en LL (Litoral) año 14 N.º 11, diciembre de 2010, pp. 1181-1193), a donde remito.

(3) Todas las leyes reglamentarias de la Arquitectura, la Ingeniería y las Tecnicaturas auxiliares citadas en la nota 2 anterior establecen ese requisito. Por ejemplo, el art. 18 de la Ley de Santa Fe 10.653 dispone lo siguiente: «El ejercicio de la profesión de Arquitecto deberá llevarse a cabo siempre mediante la prestación de los servicios como persona de existencia visible, siempre que estuviese legalmente habilitada, y bajo responsabilidad de su sola firma». Lo cual torna imposible el ejercicio profesional mediante una persona jurídica, ni aun cuando los órganos de dirección de ella estuvieran íntegramente conformados por arquitectos (arts. 2 y 143 -1.er párrafo- del CCivCom, y art. 121 de la CN).

(4) Por ejemplo, provincia de Buenos Aires, arts. 1, 3 y 6 de las Leyes 10.405 y 10.416, interpretadas por las Resoluciones del Colegio de Arquitectos de la misma jurisdicción 46/87, 67/10 y 41/15, y la Resolución del Colegio de Ingenieros 413/95.

(5) Art. 43 de la Ley 24.521 y Resoluciones MECyT de la Nación 1232/01 y 498/06, entre otras sancionadas en su consecuencia, que establezcan actividades reservadas a ciertos títulos, y art. 247 -1.er párrafo- del Código Penal. Más todas las leyes reglamentarias locales sancionadas en uso del poder de policía de las profesiones, reservado por las provincias.

(6) Los honorarios de arquitectos, ingenieros y técnicos auxiliares de todas las jurisdicciones del país son, de acuerdo con las escalas arancelarias vigentes en cada una de ellas, proporcionales al costo real final de la obra, definido como todos los gastos necesarios para realizarla, con las únicas excepciones -taxativas- configuradas por el costo del terreno y los honorarios mismos. Entre tantos, véase el art. 50 del Decr. Ley 7887/55 ratificado por Ley de la Nación 14.467. Por ello, se los ha calificado como obligaciones de valor, en concordancia con lo dispuesto por el art. 772 del CCivCom (cfme. «Arancel para la profesión de Arquitecto.

Doctrina oficial del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As., Decreto 6964/65 y normas complementarias, comentado y concordado», Bertone, S., 1.^a ed., agosto de 2013, pp. 73 y 97-98). Puede verse, también, Res. CAPBA 101/09.

(7) Conf. CNCIV, Sala J, «Quispe Quecaño, Fausto c/ Páez, Juan C. y otros», en LL, 27/3/2005, 12-108621). En el mismo sentido, «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, CNCiv, sala H, «Benítez, María c. Giordanelli, Alejandro y otros», en LL, 2001-A-21). Ídem anterior, CNCiv, Sala «J», «Arias, Samuel Porfidio y otro c/ Empresa de Construcciones SRL. G. K. y otros s/ Daños y perjuicios», expte. 131.042, sentencia del 20/9/05). Conf., también, Bustamante Alsina, Jorge: LL, 1986 C 139. Muy recomendables, asimismo, resultan las interpretaciones realizadas por el Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, en sus Res. 41/15 y 24/17.

(8) Concordantemente, tiene dicho Lorenzetti -relacionando lo dispuesto por el art. 1252 del CCivCom con el art. 774, inc.b, del mismo cuerpo legal-, que cuando se procura al comitente un resultado 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. VI, 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 inmaculada 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 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 aun 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 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. Ver también, al respecto, las Resoluciones 41/15 y 24/17 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, que integran el plexo normativo al que alude el art. 1252 -párr. final- del CCivCom, por razones de raigambre constitucional. Ver al respecto op. cit. en la nota 15, especialmente, nota de pie de p. 24.

(9) Cfme. CNAT Sala VIII expte. N.º 33.621/96 sent. 26978 19/10/98 «Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ Ley 22.250» (M.- B.-); CNAT Sala I Expte N.º 18.583/00 sent. 81653 30/4/04 «González, Héctor c/ Cemkal soc. de hecho y otro s/ Ley 22.250» (Pirr.- V.-); Sala VIII, abril 14-998, 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. 21550-

17767-14-00, y Res. del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As. 75/16.

(10) Así lo disponen, por ejemplo, las Res. 41/15 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, la Res. 30/15 del Colegio de Arquitectos de Chubut, y la Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis.

(11) No puede tenerse en cuenta, al respecto, aquello que -con palmaria incompetencia- disponen muchas ordenanzas municipales, con una misma matriz. Ver, al respecto, op. cit. en la nota 1.

(12) Así es desde el señero precedente de la CSJN («Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José -suc», LL 100, 58). También por el criterio objetivo que impera en el derecho administrativo de más moderna sanción -como, por ejemplo, el Código Contencioso Administrativo de la pcia. de Bs. As., (arts. 1, 2, inc.3, 74 y 79). Y, por último, de acuerdo con la competencia legalmente estatuida a cada ente por el ordenamiento. Véanse, también, pcia. de Bs. As., arts. 1, 15 y 26, inc. 2, de la Ley 10.405 y cctes. de las Leyes 10.411 y 10.416; art. 3 del Decr. Ley 7647/70); arts. 1, 41 y 42 Const. Prov., art. 3 de la Ordenanza General 267/80, y Res. 67/15 del Colegio de Arquitectos de esa jurisdicción.

(13) Sin la intervención de los entes de la colegiación plasmada en el visado previo, ningún ente público ni privado, especialmente un municipio, puede saber si quien afirma ser arquitecto o ingeniero en verdad lo es, ni si, aún siéndolo, se encuentra legalmente habilitado para ejercer. Por eso, se lo ha legislado en la mayoría de las provincias (Buenos Aires, art. 26 inc. 23) de la Ley 10.405, art. 6 bis de la Ley 10.411, y art. 31 de la Ley 12.490; La Pampa, Leyes 2.878 y 2.880; San Luis, art. 72 de la Ley XIV-0378-2004 (5560), Chubut, Ley X N.º 2, etc.).

(14) Acerca de la omisión de responsabilizar a los comitentes en su debida extensión, como agentes del proceso constructivos que son, y sus nefastas consecuencias, remito a varios trabajos de mi autoría. Entre ellos, mi artículo 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», en Diario La Ley del 30-12-16, año LXXX, N.º 247. Ídem, Microjuris - MJ-DOC-10659-AR | MJD10659- (ver, especialmente, la nota de pie de p. 29). También puede verse «Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina, en el Código Civil y Comercial», LLDJ, año XXXI, N.º 31, pp. 1 a 14, Cita On line:AR/DOC/1386/2015; ídem Microjuris - MJ-DOC-9980-AR.

(15) Op. cit en la nota 1 precedente. Ver, especialmente, acápites VIII y IX. Asimismo, ver nota de pie de página N.º 24 y 27 de la op. cit. en nota 17 posterior.

(16) A esta cuestión la he abordado extensamente en otro trabajo. Puede consultarse, especialmente, el acápite VI del siguiente texto BERTONE, S.: «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, 21/1/15, pp. 1 a 20. Ídem, Microjuris - MJ-DOC-10001-AR-. Puede verse también, al respecto, Res. 94/16 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires.

(17) De esta cuestión -sosteniendo, además, que en mi opinión no se trata meramente de un derecho- me he encargado en profundidad en mi artículo 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», en Diario La Ley del 30-12-16, año LXXX, N.º 247. Ídem, Microjuris -

MJ-DOC-10659-AR, MJD10659-. Ver, especialmente, la nota de pie de página n° 24. También, en la op. cit. en la nota 1 precedente. Asimismo, ello emana del Código de Ética para la Arquitectura, Ingeniería y Agrimensura, sancionado por Decreto P.E.N. 1099/84; Res. Consejo Profesional de la Ingeniería Pcia. Bs. As. del 28/X/60; Res. Colegio de Arquitectos P.B.A. 41/15; Res. Colegio de Arquitectos de Chubut 30/15; Código de Ética del Colegio de Arquitectos de Río Negro sancionado por Dcto. 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 Dcto. 2340/63, Ley I N.º 11 de Misiones, entre otros que lo establecen expresamente.

(18) Interpretación emanada de los entes de la colegiación citados en la nota 10 precedente, en las resoluciones allí citadas.

(*) Abogado y arquitecto.