

El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar.

Abogado y Arquitecto Sergio O. Bertone

sergiobertone@live.com.ar

(Publicado por la ed. La Ley, Doctrina Judicial, año XXXI, Nº 03, 21/1/15, pags. 1 a 20)

El nuevo Código Civil y Comercial plantea difíciles interrogantes acerca de la responsabilidad de los distintos agentes del proceso constructivo: disposiciones contradictorias dentro de su mismo texto, reenvíos continuos e imprecisos que dificultan su entendimiento y armonía, normas ratificadas por la misma ley que sanciona a aquel pero que disponen en sentido divergente con él, soluciones jurídicas que conculcan derechos constitucionales, etc.

A modo de introducción, diré que casi todas las soluciones normativas en la materia que me ocupa, contenidas en el Código sancionado por Ley 26.994 (al que en lo sucesivo llamaré “nuevo C.C. y Com.”) provienen de un proyecto enderezado a plasmar una iniciativa similar, creado por la Comisión designada por Decreto PEN 687/95 (en lo sucesivo, “Proyecto 1998”). Por lo cual mucho de lo sancionado no puede ser aprehendido sin cotejarlo con aquello que fue su antecedente inmediato. También por razones convencionales, llamaré al actualmente vigente, indistintamente, “Código Civil” o “Código de Vélez”.

I) El artículo 1251 del nuevo C.C. y Com., y más de una docena de razones para no igualar lo inigualable.

La precitada norma jurídica, interpretada literalmente, y combinada aisladamente con el resto del articulado del Capítulo 6 del Título IV del Código (esto es, “mirando el árbol”) conduce al intérprete a resultados disvaliosos.

En aras a demostrarlo, considero imprescindible enfatizar la extraordinariamente disímil naturaleza jurídica de la actividad de un contratista de obra material (es decir, un empresario constructor total o parcial), por un lado, y la de los agentes del proceso constructivo -ahora denominados contratistas o prestadores de servicios intelectuales- que involucran en su desempeño el ejercicio de profesiones reglamentadas por el Estado, por otro (por ejemplo, proyectistas,

directores de obra, representantes técnicos, etc.). 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 (artículo 14 de la Constitución Nacional, con relación a cualquier ley reglamentaria de las profesiones de Arquitecto e Ingeniero). **[2]** Por el contrario, solo una persona física, con suficientes incumbencias, y debidamente matriculada, puede ejercer profesión. **[3]**
- 2) Por ello mismo, un constructor no puede ser sujeto activo del delito de ejercicio ilegal de profesión (artículo 247-1er párrafo 2da cláusula- del Código Penal) pues no se requiere matrícula colegial para desarrollar esa actividad. **[4]** Mientras un trabajador intelectual, si (por ejemplo, ejerciendo sin encontrarse matriculado en el ente de la colegiación competente, aún cuando tenga el título pertinente, y se encuentre matriculado en otro (C.S.J.N. en autos “Cadopi, Humberto c/ Pcia. de Bs. As. s/ acción declarativa de certeza”). Por análogas razones, adjudicarse falsamente la condición de constructor no constituye delito de usurpación de título (La Ley Tomo 19 página 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 (artículo 247 -segundo párrafo- del Código Penal, fallos Tomo 5 página 567).
- 3) Tanto puede construir cualquier persona, que la obligación contraída al hacerlo no es inherente a ella, y hasta los sucesores del constructor pueden continuar la obra ante la muerte de aquel (Código de Vélez, artículos 503, 1195 –primera parte-, 1496 y 1641; nuevo C.C. y Com., artículo 1260). No sucede lo mismo, por ejemplo, con la realización de un proyecto arquitectónico (Código de Vélez, artículos 498, 1195 –segunda parte- y 1196; nuevo C.C. y Com., artículos 776, 1024, 1070 y 1254).
- 4) Sólo un constructor puede ser sujeto activo del delito tipificado en el artículo 174 inciso 4) del Código Penal. Un trabajador intelectual no, toda vez que jamás provee materiales de construcción.
- 5) El precio que cobra un constructor constituye una ganancia o beneficio de corte empresario, se regula por las leyes delegadas por las provincias en la nación, 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, [5] no está sujeta al éxito del emprendimiento (es decir, el riesgo, en principio, no debe afectar su percepción) y se regula por escalas arancelarias locales.

- 6) Un constructor es un proveedor, integra la relación de consumo, y responde objetiva y solidariamente por cualquier vicio de construcción con otros sujetos. Un trabajador intelectual también puede ser responsabilizado, pero no objetiva, ni solidariamente con ellos -en su momento, abordaré la insólita extensión de responsabilidad del artículo 1274 inciso c) del nuevo C.C. y Com.- ya que resulta expresamente excluido de la relación de consumo (artículos 2, 3 y 40 de la Ley 20.240, y artículos 1092, 1094, y 1768 del nuevo C.C. y Com.)
- 7) Un constructor es un empleador de la industria de la construcción. Por el contrario, un profesional no constructor (es decir, aquel que sólo 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 artículos 1 –incisos a) y b)-, 2 -inciso a)-, y 32 -2do párrafo- [6]
- 8) Un constructor está obligado a cumplir con la ley de seguridad e higiene en el trabajo y responde por su inobservancia, pasiva y solidariamente con el dueño de la obra (artículo 8 inciso a) de la Ley 19.587, y artículos 2 a 4 de su reglamentación sancionada por Decreto PEN 911/96). Por el contrario, un trabajador intelectual que sólo 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 (artículo 16 –párrafo final- del anexo I, Decreto 911/96, y Resolución SRT 1830/05 -5to y 6to considerandos-).
- 9) El trabajo de un constructor no goza de protección intelectual legal ni constitucional; el proyecto de una obra realizada por un arquitecto o ingeniero, sí (artículos 1 y 55 de la Ley 11.723; artículo 2 inciso a) del Convenio de Berna sobre propiedad intelectual, aprobado por Ley 25.140, y artículo 17 de la C.N.).
- 10) Un constructor no está sujeto al cumplimiento de leyes reglamentarias locales, ni normas éticas. Quien ejerce profesión, si.

- 11) Construir y dirigir una obra no solamente no son roles análogos (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 dueño de la obra- la actividad del constructor, verificando que este ejecute las prescripciones del proyecto (nuevo C.C. y Com., artículo 1269). Encontrándose prohibido, en consecuencia, asumir ambos roles dentro de un mismo proceso constructivo, por el mismo agente (es decir, no se puede actuar como director de obra y constructor, ni tampoco como director de obra y representante técnico del constructor).[7]
- 12) Un constructor responde por el riesgo creado, resulta un guardián jurídico, y garantiza el resultado de su actividad. Un profesional proyectista, director de obra, o representante técnico, no (nuevo C.C. y Com., artículos 1273, 1277, 1758 y 1768; Ley 24.240, artículo 2 –1er y 2do párrafos- y 40, y artículo 1 incisos b) y c) de su D.R. 1798/94). [8] Cabe aclarar que la locución “...la dirección y el control de la cosa...” contenida en el artículo 1758 del C.C. y Com. 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).
- 13) “Arquitecto” suele ser un vocablo que no nos dice, en sí, nada: lo importante es precisar qué rol cumple ese arquitecto en el proceso constructivo. Esa es la razón por la cual, en el Derecho comparado, y si se ha resuelto la cuestión correctamente, nadie confunde la responsabilidad de un arquitecto que ha decidido convertirse en un empresario constructor o desarrollador inmobiliario, con la de uno que sólo realiza obras intelectuales, o presta servicios del mismo tipo.

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 sólo es válida en igualdad de condiciones (artículos 16 y 75 inciso 23) de la Constitución Nacional), se requerirá que los Jueces apliquen los artículos 1251 a 1279 del nuevo C.C. y Com., 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 mismo Código recientemente sancionado manda (artículos 1 y 2, C.C. y Com.)

II) El nuevo Código vs la Ley 24.240

Dada la enorme importancia que asigno a la cuestión, puntualizaré que tanto los artículos 2 a 5, y 40, todos de la LDC 20.240, como el artículo 1 de su reglamentación decretada bajo el n° 1798/94, han sido ratificados por los artículos 2 y 5 de la misma Ley 26.994 que sanciona el nuevo Código unificado. Lo cual plantea una gran conflictividad, debiéndose tener en cuenta que la LDC no solamente tiene el enorme valor de reglamentar una cláusula constitucional, sino que también es especial, de igual jerarquía normativa que el Código, y ni siquiera puede considerarse de anterior sanción respecto a este. Ello así, toda vez que el Legislador, cuando quiso modificar algunas de sus disposiciones, lo hizo al mismo tiempo que alumbraba la nueva codificación. Y lo cierto es que las colisiones entre la ley de defensa del consumidor y aquel cuerpo normativo son en extremo relevantes, especialmente en lo atinente a la responsabilidad de los profesionales liberales.

La cuestión central se encuentra localizada en el artículo 2 –2do párrafo- de la Ley 24.240, mediante el cual se excluye categóricamente de su ámbito de aplicación personal a los profesionales liberales, en los siguientes términos: *“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente...”*.

Asimismo, y aunque podría considerarse innecesario dada la amplitud de sus disposiciones, la propia Ley 24.240 se encarga de aclarar que ella se aplica a los casos *“... de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda,...”*, en los que *“...se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados”* (es decir, un proyecto arquitectónico). Y también de definir que *“Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”* (artículo 1 -incisos b) y c)- de su D.R. 1798/94).

La LDC también define qué se entiende por proveedor, considerando tal a *“... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”* (artículo 2, Ley

24.240). Para establecer que es a ellos –los proveedores- a quienes corresponde cumplimentar los deberes de información y asumir la responsabilidad por la comercialización por cosas riesgosas, como por ejemplo una vivienda nueva (artículos 4 a 6, Ley 24.240, y artículo 1 de su DR 1798/94). Disponiendo, en concordancia con el artículo 1092 del C.C. y Com., que la relación de consumo se establece entre el proveedor y el consumidor o usuario, es decir, excluyendo de ella a los profesionales liberales (artículo 3, Ley 24.240).

Y, fundamentalmente, la LDC dispone en su artículo 40 lo siguiente: *“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”*.

Entonces, y más allá de que resulta absolutamente lógico que el artículo 1273 del nuevo C.C. y Com. legitime a quien encargó la obra, y también al adquirente, para reclamar contra el constructor tanto por “obra impropia para su destino” como por ruina (porque es uno de los proveedores a los cuales alude expresamente la LDC), surgen, a mi juicio, algunas contradicciones formidables en el nuevo sistema normativo:

- 1) ¿Cómo podría reputarse razonable que la responsabilidad de un empresario como es el constructor, se extienda concurrentemente (es decir, con similares efectos a los de la solidaridad, salvo que la obligación reconoce distinta causa) e incluso frente a terceros adquirentes, a los profesionales liberales, cuando la LDC excluye expresamente a estos últimos de la relación de consumo, y, consecuentemente, de la responsabilidad objetiva y solidaria que ella establece por los daños causados por los vicios del inmueble comercializado? Ni siquiera en otras formaciones políticas, donde los profesionales liberales tienen un poder enorme sobre el constructor, expresamente dado por la ley (lo cual entre nosotros no ocurre, y no sería posible que ocurriera, dada nuestra estructura de Estado Federal) se ha plasmado semejante solución: por ejemplo, en España, la Ley de ordenación de la edificación 38/99, en su artículo 17 numerales 2) y 3), ha dispuesto, tanto para la ruina, como para los vicios que vuelven a la obra impropia para su destino, que *“La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley,*

se deba responder". Estableciéndose, en forma meramente subsidiaria, que: *"No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente"*.

- 2) ¿Cómo superaría un test de razonabilidad esa extensión de responsabilidad frente a los adquirentes, si los profesionales liberales no lucran con la compraventa del objeto edilicio, que es el presupuesto que hace nacer la obligación de saneamiento, la que incluye la responsabilidad del vendedor por los vicios, incluso los gravísimos que hacen a la obra "impropia para su destino"? (Artículos 1033, 1042 y 1051 inciso b), todos del nuevo C.C. y Com.)
- 3) ¿Cómo se justificaría la extensión de la responsabilidad causada por una actividad riesgosa –como lo es la construcción de edificios- a los profesionales liberales, si el propio Código establece que el riesgo es un factor ajeno al ejercicio de aquellos, y, por ende, que no se les aplican las normas sobre actividades riesgosas? (Artículo 1767 con relación al 1757, nuevo C.C. y Com.).
- 4) ¿Cómo se justificaría responsabilizar a terceros ajenos a los contratos posteriores a su intervención en el proceso constructivo, por los actos jurídicos que puedan haber celebrado entre sí dueños, desarrolladores inmobiliarios, constructores y adquirentes, incluso ampliando graciosamente las garantías legalmente dispuestas? (artículos 1052 y 1055 - 3er párrafo- del nuevo C.C. y Com.).
- 5) ¿Cómo se juzgaría razonable, justo y equitativo que quienes –como es por todos sabido- conservan para sí la casi totalidad de la rentabilidad proveniente del inmenso negocio generado en derredor de la construcción y venta de emprendimientos urbanístico-edilicios (a saber, constructores y desarrolladores inmobiliarios) cuenten con un virtual reaseguro para la actividad riesgosa que ellos crearon y de la que apropian los beneficios, enjugando sus eventuales pérdidas trayendo a la palestra a los profesionales liberales para que respondan como si fuesen sus iguales, cuando de esa actividad estos sólo obtienen un honorario de naturaleza alimentaria? Qué decir, además, cuando aquellos pueden limitar su responsabilidad mediante fideicomisos inmobiliarios y sociedades comerciales, y estos no, ya que sólo una persona física puede ejercer profesión.

No sé al lector, pero a mí me parece una muy lograda aplicación de aquel axioma que hablaba acerca de "privatizar las ganancias y socializar las pérdidas", y una

limitación irrazonable de los derechos de propiedad y de ser tratado como igual ante la ley en igualdad de condiciones –lo cual incluye el derecho a ser tratado como desigual cuando no se es igual-, de manera fulminada por el artículo 28 de la Constitución Nacional.

Por ende, opino que el artículo 1274 inciso c) del nuevo C.C. y Com., en cuanto me ocupa, debe ser interpretado con el siguiente alcance: los profesionales liberales sólo deben responder ante su comitente, y en la medida en que este acredite que ha sido dañado a causa de sus hechos, actos u omisiones (es decir, no por una extensión concurrente de la responsabilidad del constructor: por su propia responsabilidad). Todo ello, por imperio de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 1093, 1094, 774 incisos a) y b), 1252, 1278, 1767 y cddtes. del nuevo C.C. y Com., que tanto mandan al Juez a integrar las disposiciones de la codificación con las contenidas en leyes especiales, como a interpretar la ley en consonancia con la Constitución del Estado y con las demás leyes que integran nuestro orden jurídico.

III) Responsabilidad de los profesionales liberales y de los sujetos empresarios que intervienen en un proceso constructivo.

Como lo he sostenido reiteradamente, el nuevo Código, con sus reenvíos y normas contradictorias, y las simultáneas ratificaciones de otras normas del mismo rango normativo, parece afirmar aquello que, en verdad, no dice.

Por lo expuesto en el apartado anterior, y reiterando que la adquisición de un inmueble nuevo constituye sin duda objeto de una relación de consumo, no puede ser soslayada la circunstancia ínsita en que la ley especial que regula la materia excluye expresamente de la responsabilidad objetiva y solidaria que ella establece por vicios de los inmuebles comercializados, incluso por la prestación de servicios, a los profesionales liberales. Por lo cual, en términos de lógica jurídica, con solo ello ya no parece acertado predicar una responsabilidad objetiva para los mismos.

No obstante, algunas disposiciones del nuevo sistema normativo sancionado por Ley 26.994 podrían llamar a engaño si se cae en el error de aprehenderlas literalmente y en forma aislada. Por ejemplo, la norma contenida en el artículo 1277 del nuevo C.C. y Com., donde se establece lo siguiente: *“Responsabilidades complementarias. El constructor, los subcontratistas y los profesionales que*

intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones”. Las cuestiones que una disposición tan amplia plantea son, básicamente dos: de qué normas administrativas se trata en uno u otro caso (constructor y subcontratistas de obra material, por un lado, y profesionales liberales, por el otro) y cuál es el factor de atribución de responsabilidad en cada caso.

Ya he manifestado que, en la materia que abordo en el presente, la nueva codificación es tributaria del Proyecto de 1998. Por ello, no resulta extraño que aquel proyecto contuviera, en su artículo 1201, una norma que se corresponde exactamente con el recién transcrito artículo 1277 del nuevo C.C. y Com. Y ello no fue óbice para que el Proyecto de 1998, no obstante, llegara a establecer lo siguiente, en su artículo 1681: *“Normas aplicables. Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inciso a) del artículo 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión”*.

Además, puede agregarse el artículo 726 del Proyecto de 1998 –a donde reenviaba el transcrito artículo 1681 del mismo– es replicado casi exactamente por el artículo 774 del nuevo C.C. y Com. Y, por último, que el Proyecto de 1998 no contenía (no obstante haberse previsto, al igual que en el recientemente sancionado, “Disposiciones especiales para los servicios”) una norma como la del artículo 1278 del nuevo C.C. y Com.

En mi opinión, de la sumatoria de esos factores se concluye en que la solución adoptada es la misma, con solamente algunas adecuaciones metodológicas. Es decir, que no es la violación de cualquier norma administrativa durante el proceso constructivo aquello que causa la responsabilidad de un proyectista, director de obra, o representante técnico, sino solamente, en principio, las contenidas en las leyes reglamentarias y códigos de ética que regulan su profesión. Y, de las normas de policía edilicia, sólo aquellas que estén directamente relacionadas con su ejercicio (es decir, las que reglamentan la materialidad, dimensiones de las escaleras, distancia de los tanques de reserva y bombeo a los ejes divisorios, lados y alturas mínimas de los distintos ambientes, superficie de patios y aventanamientos, etc.). Nunca porque en el sitio de obra faltan un cerco reglamentario o una bandeja protectora contra la caída de objetos, un contenedor quedó sin señalizar, o lo propio sucedió con un pozo realizado en la calzada, porque ello es responsabilidad del constructor y/o de sus

subcontratistas, a reglar su actividad están dirigidos tales reglamentos. Y, asimismo, no ha de perderse de vista que el dueño de la obra –raramente olvidado en el dispositivo sub examen- también responde por la falta de esos elementos de protección, precisamente porque es el dueño (artículos 1710, 1716, 1757 y 1758 del C.C. y Com., y artículo 4 del anexo I del Dcto. P.E.N. 911/96, reglamentario de la Ley 19.587). Lo cual resulta lógico pues obviamente es él quien da el puntapié inicial a la actividad riesgosa (¿o acaso no es quien quiere construir?); es él quien selecciona y contrata al constructor, evalúa su solvencia, y puede removerlo, es él quien lo faculta o no a subcontratar, y es él quien solicita el permiso de construcción a la administración -por ello, resulta sujeto pasivo de la obligación tributaria de pagar los derechos de construcción- y se obliga a cumplir con sus reglamentos. Al director de obra le bastaría poner los incumplimientos en conocimiento de este para salvar su responsabilidad, pero en tal supuesto es el dueño quien debe interpelar al constructor (arg. artículo 1269, C.C. y Com.). Y si el dueño desea desentenderse de esas responsabilidades cuanto menos parcialmente, debe apoderar al director de obra para que actúe en su nombre y representación, y costear los suplementos en materia de honorarios que establecen las escalas arancelarias locales (artículos 362, 374, 1320 y 1322, C.C. y Com.)

Cabe preguntarse si existe alguna otra norma de rango legal que sustente esa interpretación. Y la respuesta es afirmativa, pues el artículo 2 -2do párrafo- de la LDC 24.240 no solamente excluye a los profesionales liberales de su ámbito de aplicación personal, sino que también estatuye lo siguiente: *“Ante la presentación de denuncias,..., presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”*. O sea, la ley reenvía, como corresponde, a los órganos colegiales encargados de juzgar a sus matriculados por el incumplimiento de las leyes reglamentarias y de los códigos de ética. Y los Colegios son entes de derecho público cuya actuación es reputada materialmente administrativa, conforme al nuevo criterio objetivo que campea en la materia (v.gr., Constitución de la Pcia. de Bs. As., artículos 41 y 42 in fine, y leyes del mismo Estado 10.405 -arts. 15, 25 y cddtes-, 10.411, 10.416, y 12.008 –arts. 1, 2 inc. 3), 5 inc. 2) ap. b, 74 y 79-, entre otras).

¿Qué más contiene la nueva codificación, que permita interpretarla en el sentido que propugno? Como elemento de primera magnitud, cito la disposición contenida en el artículo 1767 del C.C. y Com.: *“La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida*

en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”. La cual concuerda con lo reglado en el artículo 1721 del mismo cuerpo legal: *“Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”*.

Entonces... ¿Cuándo la ley establece la responsabilidad objetiva de los profesionales liberales? Nunca. Ya he citado reiteradamente el ejemplo de la LDC (artículo 2 con relación al 40); ahora, debo mencionar la categórica exclusión de los mismos de la responsabilidad prevista para las actividades riesgosas (y la construcción de obras evidentemente lo es) donde se establece expresamente la responsabilidad objetiva de quienes la desarrollan (artículo 1767 del nuevo C.C. y Com., con relación a sus artículos 1757/1758, especialmente). Pudiendo agregarse que los arquitectos e ingenieros ni siquiera ejercen profesión con cosas (como, v. gr., un cirujano).

Incluso la responsabilidad por ruina se extiende a los profesionales liberales *“Según la causa del daño...”*, lo cual conduce inexorablemente a un supuesto de responsabilidad subjetiva (artículos 1274 inciso c), y 1736, ambos del nuevo C.C. y Com.)

¿Podrá agregarse algo más? Sí: la ley debe establecer expresamente la responsabilidad objetiva, por imperio de lo dispuesto en el artículo 727 del nuevo C.C. y Com.: *“La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva”*. A falta de ello, la responsabilidad es subjetiva (artículo 1736 C.C. y Com.)

Me apuro a agregar que todas esas normas concilian sólo si se entiende que ni un director de obra, ni un representante técnico, pueden ser guardianes jurídicos de un sitio de obra; que el provecho a que alude el artículo 1758 es la ganancia empresaria (porque otra interpretación sería írrita: provecho, etimológicamente tomado el vocablo, obtienen desde el municipio que percibe derechos de construcción, hasta la provincia y la nación que la gravan con otros impuestos, el lindero que ve como un lote baldío ya no es un frente abierto para acceder clandestinamente a su vivienda, ni un receptáculo de desperdicios y hábitat de roedores y alimañas, el barrio que se beneficia en estética y seguridad, el corralón que vende los materiales, y, en fin, una cadena infinita de sujetos y colectivos) y que la *“dirección y el control de la cosa...”* no alude a la llamada dirección de obra

(que de dirección sólo tiene el nombre, ya que el profesional a cargo del rol sólo inspecciona la obra por encargo de su comitente, como correctamente lo dispone el artículo 1269 del nuevo C.C. y Com.) sino al poder de dirección que ejerce el empresario constructor tanto sobre sus dependientes, como, en general, sobre la empresa que se despliega sobre el establecimiento llamado “obra” (artículos 4 a 6 y 64 a 66 de la L.C.T. 20.744). Lo cual –concordantemente- configura otro supuesto de responsabilidad objetiva (nuevo C.C. y Com., artículo 1753). Además, el párrafo final del mismo artículo 1758 del C.C. y Com. contiene una excepción, en los siguientes términos: *“En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”*. Y esa legislación especial no es otra que el plexo normativo integrado por las disposiciones contenidas en los artículos 774 incisos a) y b), 1252, 1278 y 1767 del mismo cuerpo legal, y todas aquellas citadas en el apartado I del presente, especialmente las leyes reglamentarias de las profesiones y los códigos de ética.

Pero, además, enfatizo que el artículo 1767 del C.C. y Com. remite expresamente a la regulación de las obligaciones de hacer. Al igual que su artículo 1278 (especial para las obras y servicios) reenvía también a ellas, junto a las normas de los artículos 1251 a 1261.

Ya he criticado la regulación normativa contenida en dichos artículos 1251 a 1261, que parecen igualar lo inigualable. Pero, no obstante, diré que hasta ellas apuntalan la interpretación que propugno. En tal sentido, cabe citar el párrafo final del artículo 1252: *“Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados”*. ¿A qué se alude allí? Pues, concordantemente, al párrafo final del artículo 1758 y al párrafo final del artículo 1767 del mismo C.C. y Com., y a la regulación de las obras intelectuales y los servicios prestados por profesionales sujetos a Leyes reglamentarias emanadas de las Legislaturas locales, única manera de conciliar lo dispuesto en un Código de fondo con las Constituciones federal y provinciales, y otras leyes del mismo rango normativo que aquel.^[9] Una interpretación contraria conduciría al absurdo de predicar que una ley nacional, por conducto de lo dispuesto por el artículo 1253 del nuevo C.C. y Com., podría facultar, v.gr., a las partes de un contrato a esterilizar tanto la ley local reglamentaria de una profesión –obviamente, de orden público- como a un código de ética sancionado en su consecuencia. Y, así, volver letra muerta al poder de policía sobre las profesiones que permanece en la órbita provincial, y, bien mirado, también a la estructura federal de Estado (artículos 75 inciso 30) y 121 de la Constitución Nacional, artículo 42 de la Ley 24.521, y artículos 41 y 42 in

fine de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, entre otras) Ese es, entonces, el “ajuste” a que alude la disposición contenida en el precitado artículo 1253 del C.C. y Com., que deviene, de tal suerte, aplicable únicamente a los constructores y sus subcontratistas de obra material.

¿Algo más? Si. El artículo 1252 del C.C. y Com. establece expresamente lo siguiente: *“Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”*. La disposición conduce al intérprete a reflexionar acerca de cuándo puede realizarse, en ejercicio de la Arquitectura o la Ingeniería, una actividad independiente de su eficacia (se entiende que diligentemente), así como a tratar de desentrañar cuándo puede prometerse un resultado eficaz, cuando uno reproducible, y cuando uno susceptible de entrega. Y es allí cuando se hallará la norma que da sentido a todo lo antedicho, la cual se encuentra en el artículo 774 del nuevo C.C. y Com., inserto en la sección relativa a las obligaciones de hacer, y de donde emana lo siguiente: *“Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso”*.

Comenzando por decir que la disposición se aplica no solo a los servicios, sino también a las obras (por eso se encuentra inserta entre la regulación de las obligaciones de hacer) reflexionaré acerca de la disposición sub examen:

- 1) ¿Quién presta un servicio independientemente de su eficacia? Pues un director de obra, por ejemplo, inspeccionándola en representación exclusiva de quien lo ha contratado -el dueño- para verificar la coincidencia entre la obra realizada y el proyecto aprobado por el municipio competente y/o sus variaciones, necesarias o convenidas (conf. artículos 1264 y 1269, nuevo C.C. y Com.) **[10]** ¿Y por qué su obligación es independiente de su eficacia? Porque ni la más estricta, concienzuda y diligente de las inspecciones podrá asegurar el resultado de la actividad de un tercero a su respecto -el constructor- sobre el cual ninguna ley ni reglamento le otorgan poder coercitivo alguno (si por tal se entiende la capacidad de

ordenar algo, y que, en caso de incumplimiento, haya consecuencias jurídicas, como sí ocurre, v.gr., con un inspector de obras públicas en virtud del carácter exorbitante del Derecho Administrativo); **[11]** cuya actividad, además, no organiza ni conduce (porque esa es función reservada por la ley a otro agente del proceso constructivo: el representante técnico del constructor) así como no controla ningún otro elemento del continente “empresa”. Y, finalmente, sobre las bondades de materiales que no fabrica ni provee. ¿Cómo se califica, entonces, el contrato de dirección de obra? Como uno de servicios intelectuales, toda vez que, obviamente, a lo antedicho se adiciona que tampoco es el fruto de su desempeño es reproducible, ni susceptible de entrega (artículos 1251, 1252 y 1278 del nuevo C.C. y Com.). O, dicho de otro modo, en una evidente obligación de medios. **[12]**

- 2) ¿Quién “procura al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia”? Pues el proyectista arquitectónico, por ejemplo. ¿Por qué “cierto resultado concreto”? Porque el proyecto debe ser apto para obtener un permiso de construcción, es decir, cumplir con todas las regulaciones de policía edilicia y urbanística. De nada serviría si así no fuese. ¿Por qué “independiente de su eficacia”? Porque el profesional a cargo del rol no puede prometerle al dueño ni que la obra proyectada le agradará cuando finalmente esta salga del papel y la vea erigida, ni que se construirá igual a como se proyectó, ni por determinado precio, ni en determinado plazo, ni que los materiales que se previó utilizar se hallarán oportunamente en el mercado, ni que la empresa que los manufactura seguirá haciéndolo, ni que serán fabricados de acuerdo a los controles de calidad que les resulten aplicables, ni ninguna otra cuestión análoga. Sencillamente, porque nada de eso depende de él. ¿Cómo se califica, entonces, el contrato de proyecto arquitectónico o ingenieril? Como un contrato de obra intelectual, ya que el resultado obtenido es, obviamente, reproducible (artículos 1, 55 y cddtes. de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723, y artículo 2 del Convenio de Berna sobre la misma materia, internalizado por Ley de la Nación 25.140). Y, como toda obra, es susceptible de entrega, lo cual ocurre, como regla, en el preciso instante en que quien la encargó la recibe, estampando su firma en los planos, siempre y cuando el proyecto allí contenido sea apto para resultar aprobado por el municipio competente, y con prescindencia de cuándo lo sea por dicho ente (artículos 284, 288, 747, 974, 1015, 1251, 1252 y 1270 del nuevo C.C. y Com.). Ya que –de no mediar otro acto de apoderamiento– no ha de olvidarse que es el dueño quien debe tramitar su aprobación por derecho propio ante el municipio. **[13]**

3) ¿Y cuando se procura al acreedor el resultado eficaz prometido? Pues cuando alguien se obliga, total o parcialmente, y con o sin la provisión de materiales, a construir una obra tal como fue proyectada. Es decir, cuando se es un constructor, instalador, ejecutor, o como quiera llamársele. El dispositivo aclara, además, que *“La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso”*, lo cual obviamente solo puede ser fruto de la actividad de uno de los sujetos empresarios nombrados, ya que tal concepto importa obligarse a construir una obra proveyendo la totalidad de los materiales, la mano de obra, y, a veces, hasta el proyecto. [27] Nunca la dirección de obra, lo cual en nuestro Derecho usualmente se encuentra prohibido explícita o implícitamente, sencillamente porque no es de esperar que nadie vaya a inspeccionarse a sí mismo (art. 1269 C.C. y Com). [7] Esta, junto con la de los demás sujetos a los que alude el artículo 40 de la LDC 24.240, es la única obligación de resultado en sentido estricto que se prevé en todo el proceso constructivo, con la extensión que habitualmente se le asigna en doctrina y jurisprudencia (es decir, aquella que requiere la fractura del nexo de causalidad para exonerarse de responder objetivamente).

IV) Responsabilidad del dueño de la obra

Tal vez este apartado sorprenda a más de un lector, pero ocurre que el dueño es un agente más del proceso constructivo. Y las más de las veces, uno no menor, sino quien lo determina y verdaderamente lo dirige.

Sólo ficcionalmente ciertos autores y decisorios judiciales siguen imaginando un “poder de dirección” en cabeza del director de obra (lo cual conduciría a preguntarse si la suya es la naturaleza jurídica de... ¿Un funcionario público, tal vez?), el que no existe en los hechos, no existe en nuestro Derecho (nunca una ley estableció tal cosa, arg. artículo 910 del Código de Vélez) ni es posible que exista en el Derecho privado (porque el director de obra sólo representa los intereses del dueño: él lo contrata, él abona sus honorarios, por ende es inconcebible que este sea una suerte de árbitro del proceso constructivo). Salvo que, en lugar de predicarse la igualdad de las partes de la relación de obra sustancial dueño – constructor, y la autoridad de los Jueces sobre esa relación jurídica como sobre cualquier otra, se importara del Derecho Administrativo su carácter exorbitante, donde el inspector de obra si tiene esos poderes frente al contratista, precisamente porque la ley se los otorga por la sencilla razón

consistente en que las partes del contrato administrativo no se encuentran en un pie de igualdad. [14]

En tal sentido, tal vez una de las más lúcidas de las disposiciones que he examinado en el presente se encuentre en el artículo 1269 del C.C. y Com.: es que si el dueño puede inspeccionar el trabajo del constructor; si para hacerlo debe valerse del director de obra -porque se trata de una actividad reservada exclusivamente a él-, y si, no obstante, ello sólo es posible a condición de que al hacerlo “...no perjudique el desarrollo de los trabajos...”, pues...¿De qué “poder” de dirección se hablaría?

Nunca será suficiente reiterar que no es bueno el prejuicio, ni tampoco extrapolar soluciones jurídicas desde otras formaciones estatales sin compatibilizarlas con nuestra forma de gobierno, nuestras leyes, y nuestras tradiciones. Por ejemplo, en Chile, quien inspecciona las obras, según su tipo, es un I.T.O. -inspector técnico de obra-, o un revisor independiente, que tienen poderes enormes (de los que sus similares argentinos carecen absolutamente) otorgados por una legislación que sólo es posible en un Estado unitario. Donde, además, una importantísima cantidad de actos jurídicos que tienen lugar durante el proceso constructivo –también a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho- son formales (cfme. Ley General de Construcciones y Urbanismo de Chile, sancionada por DFL 458/75, texto s/ Ley 20.599, y Ley 20.703). Mientras que en España, el rol de director de obra con funciones en principio compatibles a las que prevé el artículo 1269 del nuevo C.C. y Com. (aquel que inspecciona periódicamente la obra) también se denomina así, pero con una diferencia gigantesca: que por aquellos lares actúa simultáneamente con él otro agente, que se denomina “director de la ejecución de la obra”, quien regularmente debe permanecer en el sitio de obra. Es decir que hay un desdoblamiento del rol de dirección de obra que no existe en Argentina (lo cual no quiere decir que el director de obra argentino deba ocuparse de ello, toda vez que las funciones asignadas al “director de la ejecución...” español integran mayormente aquello que, entre nosotros, corresponde realizar al representante técnico). Además, aquel rol inexistente en nuestro país está, en España, generalmente a cargo de un arquitecto técnico, que no es el equivalente del arquitecto argentino (sus estudios son muy inferiores a los de este último) sino que más bien se corresponden con los del maestro mayor de obra de nuestro país (técnico auxiliar precisamente nacido a imagen y semejanza tanto de los aparejadores ibéricos a los que alude el decreto del 16 de julio de 1935 del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes -publicado en La Gaceta de Madrid de esa fecha-, como de los géometras italianos, y para cumplir funciones similares). Siendo, además, que en España también existe un

sinnúmero de actos jurídicos formales dentro del proceso constructivo, y hasta un “libro del edificio”. Todo lo cual nos es ajeno, tal vez porque España no es una república federal sino una monarquía parlamentaria, y una ley así, en Argentina, sería manifiestamente inconstitucional (artículos 12 y 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación de España 38/99).

Las precitadas constituyen, a mi juicio, muestras cabales acerca del riesgo que se corre al importar soluciones normativas desde otros órdenes jurídicos, y ni qué decir cuando, además, se deforma la fuente, como ocurriera, v.gr., con los artículos 1646 y 1647 bis de nuestro Código Civil durante la dictadura de 1968, disponiendo una extensión de responsabilidad “indistinta” que el artículo 1669 del Código Italiano de las Obligaciones de 1942 no contiene, por una sencilla razón: ese sistema normativo diferencia, correctamente, los contratos de obra material (Codice, artículos 2228 a 2228) y los de obra o servicios intelectuales (Código, artículos 2239 a 2238) **[14]**

Y, por lo tanto, fue, es y será un verdadero sinsentido extender la responsabilidad de un empresario a quien no lo es. Lo cual –como pretenderé demostrarlo en el apartado siguiente- sigue estallándonos en las manos aún hoy.

Puesto sobre la mesa el factor ínsito en la capacidad de determinar el curso del proceso constructivo que siempre conlleva encontrarse en posición de encomendar la realización de algo tan costoso como un objeto edilicio, aún en obras relativamente pequeñas, parece obvio agregar que la misma se eleva a la enésima potencia ante la actuación de un poderoso desarrollador inmobiliario, en el contexto de esos mágicos fideicomisos que permiten quedarse con la parte del león sin comprometer los bienes personales. Llegándose a la sublimación si, además, se forma una sociedad comercial al efecto.

Tales soluciones normativas son, por supuesto, nocivas para toda la sociedad. Y las pruebas al canto: a no ser que la física, la estática, la matemática y demás ciencias conexas; la capacitación de los arquitectos e ingenieros, el dominio de las técnicas constructivas, la calidad de la mano de obra y de los materiales, y un sinnúmero de factores más que intervienen en los procesos constructivos, cambien radicalmente conforme uno se acerca a los grandes centros urbanos (especialmente, dentro de la CABA, con su enorme, pública y notoria siniestralidad) convendría pensar en la posibilidad ínsita en que tal vez a las obras, en la realidad, las dirija y determine el poder económico, construyéndolas en cualesquiera condiciones, a cualquier velocidad, y pasando por encima de toda ley o reglamento, con tal de obtener la mayor renta en el menor tiempo posible. En ese contexto, agregar a los virtuales blindajes que ya proveen las regulaciones

preexistentes a la sanción de la Ley 26.994 los reaseguros que proporciona la nueva codificación, y comprometer hasta su potencial exterminio el patrimonio de los profesionales liberales (a la sazón, los únicos que no pueden limitar su responsabilidad) no parece la mejor manera de obligar a quienes verdaderamente toman las decisiones a adecuar su conducta para no dañar a otros y así prevenir los siniestros, no para ir tras ellos.

En el sentido que propugno, y si bien no me agrada comparar derecho creado para otras formaciones estatales, otros pueblos, y otra historia, no puedo dejar de mencionar que aquel sujeto de derecho al que en España se denomina “promotor” (que es aquel que encarga la obra, no importa si la encarga para sí, o para lucrar con ella) se lo obliga a contar con seguros de caución para responder ante los adquirentes no solamente durante el proceso constructivo sino también por ruina, es decir, durante diez (10) años posteriores a la finalización de aquel. Y a las constructoras, otro tanto (artículos 9 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación Española 38/99). Lo cual es muy distinto al débil y programático aseguramiento exigido por el artículo 1685 del nuevo C.C. y Com. a los fideicomisos inmobiliarios, bajo la responsabilidad del fiduciario (el blindaje se mantiene respecto a los inversores). Y ello, sin mencionar que parece a todas luces impropio del mismo concepto de Código deferir sus soluciones a un reglamento a dictarse, y sin perjuicio de que no queda claro que el objeto del seguro allí mencionado cubra la responsabilidad decenal por ruina y vicios redhibitorios frente a los adquirentes (que es aquello que corresponde porque, a no olvidarlo, a este encuadre fáctico se extiende concurrentemente la responsabilidad decenal del constructor frente al adquirente, por imperio de lo dispuesto en el artículo 1274 inciso a) del nuevo C.C. y Com.)

Nada hay para agregar respecto a la –hasta donde sé- inexistente obligación en tal sentido, impuesta a una constructora. Lo cual agrede el sentido común todas y cada una de las veces que se admite que se encargue una costosísima obra a una S.A. o S.R.L. con un capital irrisorio, lo cual no advierto cómo el Estado puede permitir, si es que verdaderamente se propone tutelar los derechos de los consumidores y demás terceros afectados por un proceso constructivo.

Por las razones brindadas en este apartado, sumadas a otras que surgen del contexto del presente, estimo que los Jueces deberán hacer un uso muy prolífico de la disposición contenida en el artículo 1257 inciso b) del nuevo C.C. y Com., que establece la obligación del dueño de *“proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio”*, en su juego armónico con lo dispuesto por el artículo 1710 del mismo cuerpo legal, por imperio del cual *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa,*

a) evitar causar un daño no justificado;
b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; ...”. Disposición reglamentaria del artículo 19 de la Constitución Nacional, que, ante su violación, autoriza a los Jueces a perforar esos blindajes aplicando lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la codificación sub examen, incluso llegando a responsabilizar ilimitadamente a los fiduciantes y fiduciarios y a los integrantes de las personas jurídicas si se verificase fraude a la ley y/o un supuesto de inoponibilidad de la personalidad jurídica fulminados por los artículos 12, 144 y concordantes del nuevo C.C. y Com., en su juego armónico con los artículos 1716, 1274 inciso b) y 1757 del mismo cuerpo legal.

Es que no se es diligente -en un negocio jurídico que importa la disposición de elevadísimas sumas de dinero, y conlleva un enorme riesgo para personas y cosas- meramente pagando el precio y recibiendo oportunamente la obra (arg. art. 1257 incisos a) y c) del nuevo C.C. y Com.): se es diligente cuando se obliga contractualmente al constructor –y se actúa veloz y concretamente contra él, en su caso- a cumplir con las severas regulaciones de orden público, insertas en leyes y disposiciones reglamentarias que conforman un plexo normativo gigantesco que es algo más que un Código Civil y Comercial. O sea, se es diligente cuando se hace todo lo contrario a inducir a que la obra se construya a como dé lugar, con la mira puesta únicamente en reducir los plazos de producción de ella, y lograr así la obtención del máximo de rentabilidad en el más breve lapso.

V) Un muestrario de soluciones desafortunadas

No puedo dejar de mencionar algunas soluciones puntuales que no pasan inadvertidas. Es que tanta es la protección de la que se ha dotado en la nueva codificación a los dueños de los inmuebles (trátense de obras en construcción o construidas) que se han sancionado algunas normas jurídicas insólitas, y otras que requieren ser integradas.

- 1) Enfatizando que en el nuevo sistema normativo, “contratista” no es solamente un empresario constructor, sino también un trabajador intelectual (artículo 1251 del nuevo C.C. y Com.) reflexiono acerca de lo siguiente: ¿Resulta razonable, equitativo y justo que, v.gr., un arquitecto que recibe una encomienda para proyectar una obra a 1000 km de su domicilio, deba correr con la carga de acreditar él, incluso ante un

comitente extremadamente poderoso (de esos que imponen las estipulaciones contractuales) que nunca fue su voluntad hacerse cargo de los traslados, estadías, consultas a especialistas, estudios de suelos, etc., necesarios para realizar la tarea encomendada, desvirtuando una presunción en su contra? (nuevo C.C. y Com., artículo 1256: *“Obligaciones del contratista y del prestador. El contratista o prestador de servicios está obligado a: c) proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos”*; artículo 1262: *“Si nada se convino ni surge de los usos, se presume, excepto prueba en contrario, que la obra fue contratada por ajuste alzado y que es el contratista quien provee los materiales”*). ¿Y acaso Don José, el electricista (recordemos que en esta rama del Derecho se es constructor por el solo hecho de obligarse a ejecutar obra a cambio de un precio, sin ninguna, reitero, ninguna, formalidad, necesidad de inscripción en ningún registro, ni de contar con título alguno) deberá correr con la carga de acreditar que él sólo pactó oralmente proveer su mano de obra, o será condenado a afrontar el pago del cableado, las luminarias, las llaves, tomacorrientes, etc.? Me pregunto qué tradición argentina, plasmada en sus usos y costumbres, justifica semejante presunción en favor de los dueños de las obras.

- 2) Todo contratista de obra material o intelectual, o proveedor de servicios materiales o intelectuales, está obligado a informar al dueño sobre los vicios de los materiales que aquél provee, por imperio de lo dispuesto en el artículo 1256 -incisos b) y d)- del nuevo C.C. y Com. Ahora bien, supóngase que aquellos cumplen, informándole por escrito y detalladamente que determinados materiales no son los adecuados, o son defectuosos, y el dueño impone que se los utilice igual, desoyéndolos. ¿Quién soportará las consecuencias? Pues bien, contrariando la añeja y sabia norma contenida en el artículo 1630 del Código de Vélez; también la solución del artículo 1192 inciso d) del Proyecto de 1998, y, en el Derecho comparado, por ejemplo lo dispuesto por los artículos 2000 y 2003 del Código Civil de Chile, el nuevo C.C. y Com., en su artículo 1268 inciso c), libera al comitente de abonarles su remuneración a todos los contratistas mencionados en su artículo 1251, incluso en el contexto del caso fortuito, y aún cuando estos le hubieran formulado oportunamente toda clase de advertencias. Pero espere el lector: es que, más allá del título y el proemio del artículo citado, lo cierto es que la disposición del citado artículo 1268 no contempla en modo alguno una hipótesis de caso fortuito, sino la de una destrucción por causas que pudieron preverse y evitarse si el obligado hacía aquello que debía, en los siguientes términos: *“si la causa de la destrucción o del*

deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente”. Con esa disposición, ya sea a fortiori o analógicamente, ¿cómo se juzgará no ya si el comitente debe o no la remuneración –lo cual podría verse hasta como una cuestión de segundo grado-, sino la responsabilidad por los daños que cause, digamos, un colapso estructural durante el transcurso del proceso constructivo? ¿Y qué cambia si se ha cumplido o no con lo dispuesto por el artículo 1256 -incisos b) y d)-, cuál vendría a ser el sentido de esas obligaciones, si de nada exoneran? Recuérdese que, antes de la recepción, no existe ruina edilicia ni obra viciosa, por falta de ese presupuesto fáctico. Tan desafortunada es la solución normativa que aquí critico, que incluso es abiertamente contrariada por numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal (artículos 1254, 1710, 1720, 1729, 1730, 1733 inciso d), todos del nuevo C. C. y Com.). En su virtud, opino que –como mínimo- los Jueces no pueden dispensar de responsabilidad al dueño, porque ello importa una protección irrazonable de su derecho de propiedad, y un trato desigualitario ante la ley.

- 3) En estrecha relación con lo antedicho, aparece un “derecho” -no una obligación- del dueño, a inspeccionar la obra (artículo 1269 del nuevo C.C. y Com.). El dispositivo refulege por su acierto en cuanto al concepto de “inspección”, pero falla gravemente porque el dueño no “puede”, sino que “debe” inspeccionar la obra, ya que ninguna obra puede ser construida sin un director de obra, y en eso finca, precisamente, la misión de este: en inspeccionarla por encargo de aquel, para verificar que se erija conforme lo prevé el proyecto. En efecto, respecto al rol de director de obra, y si bien no se trata de normas deontológicas, 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 ratificado por Decreto Ley 6763/67, todos de la provincia de Santa Fe; ccde. artículo 37 inciso G) del Decreto 1052/52, ratificado por el artículo 82 de la Ley 5.350, ambas de la provincia de Mendoza). O que *“Dirección de obra: es la tarea de inspección de la misma, a efectos que la construcción se lleve a cabo interpretando fielmente los planos y documentación técnica que integran el proyecto, a fin de que se realice tal cual fue concebida y especificada”* (artículo 57 inciso s) del Decreto Ley 1.004/77 de la provincia de Neuquén). Debiéndose agregar que dirigir una obra (en nuestro Derecho, léase inspeccionarla, un director de obra no “dirige” nada) es una actividad exclusivamente reservada a arquitectos e ingenieros -y limitadamente posibilitada a ciertos técnicos-, por imperio de lo dispuesto en el artículo

43 de la Ley 24.521, que en lo pertinente transcribo: *“Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes,... 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”*. [15] Y, consecuentemente, que la realización de actos a ellos reservados por quienes no reúnen tales condiciones constituye delito –artículo 247 1er párrafo del Código Penal-. Así como debe decirse que el Congreso de la Nación es, en todo caso, incompetente para disponer la obligatoriedad o no del desempeño de roles cuya delimitación y deontología corresponde a las provincias. [16] Entonces, en mi opinión, la interpretación correcta de la disposición contenida en el artículo 1269 del nuevo C.C. y Com., armonizada con otras normas de igual o superior jerarquía normativa como manda el artículo 2 del mismo cuerpo legal, es la siguiente: el dueño está obligado a inspeccionar la obra, y a hacerlo por medio de aquellos profesionales liberales a quienes la ley ha reservado ejercer ese rol frente al constructor. Y la cuestión dista de ser baladí, pues los efectos jurídicos son relevantes, ya que si el dueño omite hacerlo, debe cargar él con las consecuencias de su propia negligencia (nuevo C.C. y Com., artículos 1257 inciso b) y 1724). Por ejemplo, si el dueño recibe la obra sin convocar al director de obra al acto jurídico de recepción para que la inspeccione en el acto de la entrega (artículo 747, nuevo C.C. y Com.) la obra debe tenerse igualmente por recibida, ya que, salvo pacto en contrario estipulando una forma determinada para ello, la recepción de una obra sigue siendo un acto jurídico no formal (nuevo C.C. y Com., artículos 284, 971, 1015 y 1072).[17] Y la recepción sin reservas por el dueño purga los vicios aparentes (entendiendo por tales aquellos que un experto hubiese podido detectar con una inspección diligente) por imperio de lo dispuesto en los artículos 747, 1054, 1270, 1271, 1272 inciso b) y 2566 del mismo.

- 4) A análogas conclusiones cabe arribar respecto a la toma de posesión de cualquier inmueble por un adquirente. Ello así, pues encomendar la realización previa de aquello que se conoce como informe técnico o asistencia técnica (según sea el objeto del dictamen) [18] es la conducta esperable de un adquirente diligente. Y realizarlos también involucra una actividad reservada a arquitectos e ingenieros por las mismas normas jurídicas precitadas [15]. Es que... ¿Cómo se podría considerar diligente a un sujeto que, sin la capacitación profesional que legalmente se requiere,

toma posesión de algo tan complejo y costoso como un objeto edilicio, sin dar intervención a los especialistas que el Estado ha formado para ello, y a quienes el Legislador ha reservado exclusivamente la realización de tales actos, cuando es público y notorio que, v.gr., nadie adquiere siquiera un automóvil usado sin antes hacerlo revisar? Además, siempre, sin excepción alguna, un inmueble edificado reviste las “características especiales de complejidad”, y la posibilidad de conocer el defecto “requiere cierta preparación científica o técnica”, como lo prevé el artículo 1053 del nuevo C.C. y Com. Por ende, la omisión de designación oportuna de tales expertos por el adquirente, previa a la adquisición, y la realización por estos de los estudios adecuados, conduce fatalmente a la negligencia del adquirente, y purga los defectos que un especialista –no un lego- hubiese podido detectar con una minuciosa inspección. Finalmente, corresponde acotar que la cuestión no se rige por los usos del lugar de entrega, pues la ley la ha reglado expresamente (artículos 1, 264, 1053 inciso a) y 1724, C.C. y Com.).

- 5) Por la extensión que ello conllevaría, no penetraré a fondo en el presente trabajo en la problemática relativa a la ruina y los vicios aparentes y ocultos, quién debe la garantía, quién está legitimado para reclamarla, etc. Pero adelantaré que dudo severamente acerca que la denominada “obra impropia para su destino” sea un supuesto equivalente a la ruina, como a primera vista parece surgir del artículo 1273 del nuevo C.C. y Com. Así como que el plazo de garantía para reclamar por aquella sea el decenal del artículo 1275. Las razones son las siguientes: a) porque las normas sobre vicios se aplican a las obras (artículos 1270 a 1272) estableciéndose como regla que la recepción sigue siendo un acto jurídico no formal. Por lo cual la inteligencia del artículo 1272 parece circumscripta (sin perjuicio de su pésima factura, como mínimo contradictoria de lo dispuesto en los artículos 1054 y 1051 -a donde ese mismo dispositivo expresamente reenvía-, y también en el artículo 747) a los supuestos en que se haya pactado la recepción de obra mediante una determinada forma jurídica, por ejemplo un acta; **[19]** b) la garantía por vicios ocultos legislada comprende claramente el encuadre fáctico de una obra “impropia para su destino” (incluso por razones estructurales y funcionales, nada menos) disponiéndose que ese supuesto comprende a *“los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor”*. Y el plazo de garantía establecido para este encuadre fáctico es, como regla, trienal, no

decenal (artículos 1051 inciso b) y 1055 inciso a) del nuevo C.C. y Com.); c) se han previsto plazos de prescripción diferenciados para la responsabilidad del constructor por ruina -sin mención alguna en el dispositivo a la “obra impropia para su destino”- y para los vicios redhibitorios –es decir, los supuestos de “obra impropia para su destino”- (artículo 2564 incisos a) y c). Por lo cual, en caso de “obra impropia para su destino” el plazo de garantía es, a mi juicio, trienal, no decenal.

VI) La extensión de responsabilidad por ruina edilicia: crítica del artículo 1274 del nuevo Código

El dispositivo del título extiende concurrentemente a otros sujetos la responsabilidad del constructor por obra en ruina o impropia para su destino, reproduciendo un texto exactamente igual que contenía el Proyecto de 1998, en los siguientes términos: *“La responsabilidad prevista en el artículo 1273 se extiende concurrentemente:*

a) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual;
b) a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumple una misión semejante a la de un contratista;
c) según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes”.

La transcripta norma del artículo 1274 C.C. y Com. merece, a mi entender, numerosas observaciones, sin perjuicio de las ya formuladas respecto a la insólita extensión a los profesionales liberales, respecto a lo cual pido al lector que tenga por reproducido aquí cuanto llevo dicho.

Como primer abordaje, debe decirse que la fuente mediata de la norma es el artículo 1792-1 del Código Civil de Francia, texto s/Ley 78-12 de ese Estado. Del cual (esperando que la traducción con la que cuento sea fiel a su texto original) surge lo siguiente: *“Se considera constructor de la obra:*

1° A cualquier arquitecto, empresario, técnico u otra persona ligada al propietario por un contrato de obras;

2° A toda persona que vende, una vez terminada, una obra que ha construido o ha hecho construir;

3° A toda persona que, aun actuando en calidad de mandatario del propietario de la obra, realiza una misión asimilable a la de un contratista de obras”.

De allí pueden extraerse varias conclusiones:

- ✚ En primer lugar, que en la disposición de la ley francesa no se extiende a nadie concurrentemente la responsabilidad de otro sujeto, como en el artículo 1274 de nuestro nuevo C.C. y Com.: se los responsabiliza pues se los considera a ellos mismos constructores en distintos encuadres fácticos. Es decir, se los responsabiliza por sus propios hechos, actos u omisiones.
- ✚ Y debe puntualizarse -adicionalmente- que el claro, diáfano distingo entre una obra material y una inmaterial constituye un escalón al que -cuanto menos, al tiempo de la sanción de la norma examinada, esto es, el año 1978- aún no había llegado al Código Civil Francés, pero sí ha llegado el nuestro con la sanción de la Ley 26.994 (artículos 1251 y 1767 del nuevo C.C. y Com. Por lo cual, si ni siquiera se ha legislado así en la fuente francesa, la extensión concurrente de responsabilidad que aquí analizo no cuaja ni siquiera a machaca martillo con muchas de las disposiciones de la codificación argentina (v.gr., nuevo C.C. y Com., artículos 774, 1251, 1252, 1269, 1767, entre otras). Lo cual conduce inexorablemente a la siguiente conclusión: la disposición del Code, cuando responsabiliza “*A cualquier arquitecto, empresario, técnico u otra persona ligada al propietario por un contrato de obras*” se refiere a sujetos empresarios, no a trabajadores intelectuales (artículos 1779 numeral 3), y 1793, del Código Civil de Francia). En otras palabras, alguna vez ha de caerse en la cuenta de que existen profesiones que, a la vez, permiten actuar como empresarios, y también a no hacerlo. Y que la locución “arquitecto”, sin establecer qué rol cumple ese arquitecto, no nos dice nada: si construye, es una la solución normativa que corresponde; si sólo proyecta o dirige una obra, es cuestión bien distinta. Por ello, también, el Code jamás menciona en su texto a un proyectista o director de obra.

Expuestas las fuentes inmediata y mediata del artículo 1274 de nuestro nuevo C.C. y Com., pasaré a analizar sus disposiciones.

- 1) Respecto al inciso a), ¿por qué se requiere la habitualidad, si –más allá de que ello no ocurre ni siquiera en su fuente francesa arriba transcrita-, el artículo 2 de la LDC 24.240 dispone lo contrario, en concordancia con el artículo 1093 del nuevo C.C. y Com.? En mi opinión, incluso por aplicación de los artículos 2 y 1094 del mismo cuerpo legal, debe responder cualquier persona que ha construido, o hecho construir, la obra vendida. Piénsese en una persona que construya por primera, y quizá única vez, un edificio en torre para ser subdividido en unidades funcionales. Además, los artículos

747, 1033 y 1042 del nuevo C. C. y Com. disponen en ese sentido. Y, por si faltara más, también la fuente (Código Civil de Francia, artículo 1646-1)

- 2) Respecto al inciso b), la disposición confunde en principio, porque tiene, claro, un sentido, pero lo tiene en Francia, donde el artículo 1831-1 de su Código dispone lo siguiente: *“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 concurran 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”*. Concordantemente, los artículos a los cuales reenvía la norma francesa establecen la responsabilidad decenal por ruina u obra impropia para su destino, entre otras. Ese era, y es, su sentido: responsabilizar a un sujeto que actúa como un empresario constructor. Claro que, en tal caso, los Jueces deberán resolver algunas cuestiones, ya que no parece muy ajustado al resto del sistema normativo que los mandantes puedan desentenderse de lo actuado por el mandatario.
- 3) Por el contrario, la disposición del inciso b) del artículo 1274 inciso b) nunca podría ser aplicada a un director de obra (cuesta acostumbrarse a que, conforme al artículo 1251 del nuevo C.C. y Com., “constructor” y “contratista” no siempre son sinónimos). Profesional a quién suele apoderar el dueño de la obra para que actúe en su nombre, tratándose de su representante natural en el proceso constructivo. Por ejemplo, con el objeto de que (excediendo aquello que es esencial al desempeño de su rol - esto es, inspeccionar que la obra se construya de acuerdo al proyecto) proceda, además, y en nombre de aquel, v.gr., a penalizar al constructor, rescindir, resolver, o dar por finalizado de cualquier manera el vínculo, exigir su cumplimiento, encomendar adicionales, adquirir materiales, pagar, etc. Lo cual deberá analizarse en cada caso concreto, pues, reitero, estaríamos ante el contrato de un director de obra con el que, además, ha tenido lugar un acto de apoderamiento. Ahora bien, lo cierto es que sus

actos, al menos si son realizados dentro de las facultades otorgadas, se imputan al mandante. Entonces, ¿por qué se liberaría el dueño por los actos jurídicos realizados por un mandatario en su nombre, y por qué se le extendería al director de obra la responsabilidad del constructor, si sus actos deben ser reputados como si el mandante mismo hubiese actuado personalmente, lo cual conduciría necesariamente a extenderle tal responsabilidad a este, no a su mandatario? (Artículos 359 y 360 del nuevo C.C. y Com.). Además, claramente –como lo demuestra el recurso a la exploración del sistema normativo que fuera su fuente, esto es, la codificación francesa- la disposición sub examen requiere como condición sine qua non un mandato otorgado en interés común del mandante y del mandatario, el que no es el caso. Y recuérdese, además, que la responsabilidad que compete al director de obra que actúa frente a uno o varios empresarios constructores distintos del dueño ha sido legislada en el inciso siguiente de este artículo. No en este.

- 4) No obstante, cabe imaginar otras hipótesis de encuadre fáctico en ese mismo dispositivo que puedan haber llevado al Legislador a adoptarlo, ya que no parece accidental el distingo entre la locución “dueño de la obra” contenido en el inciso b) del artículo 1274, y la de “comitente”, que es predominante en el resto de las disposiciones que van desde el artículo 1251 al 1279 del nuevo C.C. y Com. En esa inteligencia, podría tratarse del sistema de obra ejecutada por administración incluso cuando no hubiera mandato alguno, como la misma norma lo admite. Sistema donde el dueño de ella asume él mismo la condición de empresario constructor [20] persiguiendo una ganancia, la que estriba en construir la misma obra que pudo haber encargado a terceros empresarios, pero apropiándose él de la ganancia empresaria que, en tal caso, hubiera quedado en manos de aquellos. Y sucede que actúa en ese especial proceso constructivo un director de obra remunerado con suplementos de honorarios que triplican, o aún más, los de la clásica encomienda (llamado, en algunas jurisdicciones, “Director Ejecutivo” y en otras “Director de Obras por Administración”) que posee como característica inmanente al rol la de unificar en un mismo profesional la suma de las tareas que normalmente hubiesen correspondido a los roles de director de obra y representante técnico desempeñados por profesionales diferentes (único supuesto en que esto es posible, ya que no se ejerce la representación de dos sujetos de derecho distintos, al haberse reunido, también, los roles de dueño y constructor en la misma persona). Y a la administración de la obra puede reservársela el dueño, delegarla en un tercero –usualmente, en un estudio jurídico o contable-, o encomendarla al propio director de obra de

actuación en ese encuadre, no siendo ese factor esencial al rol de este último.[21] Claro que, en tal caso, hay que tener en cuenta que el empresario constructor es el dueño, y, por ende, es la suya, la prevista en el artículo 1273 del C.C. y Com., la responsabilidad que se extendería al director de obra que actúa en este muy particular sistema de ejecución de obra. Bien que aquella es objetiva, y esta última no, por las razones brindadas en otros apartados del presente.

- 5) El inciso c) muestra una nota fundamental, y es que, respecto a los sujetos a quienes allí se nombra, la responsabilidad sólo se extiende *“Según la causa del daño...”*. Lo cual tiene una enorme importancia en materia de factores de atribución de responsabilidad, ya que por imperio de lo dispuesto en los artículos 727 -2do párrafo- y 1736 del mismo cuerpo legal, la causa debe ser probada por quien la alega, lo cual torna imposible que nos encontremos ante una obligación de las llamadas “de resultado”. Ahora bien, ¿por qué, aparentemente, figuraría un empresario entre profesionales liberales, si los subcontratos se encuentran regulados en otra parte del Código, y –con las disposiciones de los artículos 1072, 1254 y concordantes del mismo cuerpo legal- la mención sería superflua? Pues porque, al parecer, la ley, en este inciso, se refiere no a la subcontratación de un contratista de obra material (es decir, otro empresario constructor) sino a la subcontratación de un trabajador intelectual por otro trabajador intelectual: por ejemplo, proyectista arquitectónico que subcontrata a un ingeniero civil para que este realice un estudio de suelos, lo cual es perfectamente posible. [22] La parte final del inciso b) contempla el supuesto en que sea directamente el comitente quien contrate al ingeniero del ejemplo, o a un calculista estructural diferente del proyectista general, y, en fin, un sinnúmero de agentes más.
- 1) He sostenido en otro de mis trabajos [23] que el esquema táctico-estratégico mínimo, básico, de toda obra, hasta la más simple de ellas (con la única excepción de las ejecutadas por administración) se estructura con base en una relación jurídica sustancial (celebrada entre el dueño y el constructor) [24] y una relación jurídica de representación de los intereses de cada una de las partes de ese contrato, en una suerte de “patrocinio técnico” (la del dueño, por el director de obra, y la del constructor, por el representante técnico). La falta de mención expresa de este último agente esencial del proceso constructivo, nada menos que el encargado de conducirlo, podría hacer pensar que se lo ha omitido, pero no es así: es que ha de caerse en la cuenta de que “comitente” y “dueño” no son, en todo el articulado del nuevo C.C. y Com., sinónimos. Y, por ende, queda incluido en

el artículo 1274 inciso c) del mismo, también el representante técnico: su comitente es el constructor, no el dueño. Ahora bien, si se aceptara –no es mi caso- extenderle la responsabilidad del constructor al profesional a cargo del rol, al menos debe hacérselo no olvidando ponderar, tal vez como nunca, “...*la causa del daño...*” ya que si bien el representante técnico tiene en el proceso constructivo una misión bastante más compleja e intensa que la del director de obra (pues conducir un proceso es mucho más que meramente inspeccionarlo) no ha de perderse de vista que este profesional sólo puede tener, a lo sumo, responsabilidad concurrente con su representada en los aspectos exclusivamente científicos de la actividad relacionados con la especialidad que él tiene, como el nombre del rol lo indica. Nunca por el haz de factores que integran el continente “empresa” (económico, financiero, legal, laboral, administrativo, etc.). Lo cual a su vez evidencia, como en ningún otro supuesto, el desacierto de este dispositivo contenido en el artículo 1274 inciso c) del C.C. y Com., al extender mediante una obligación concurrente (y no por un hecho, acto u omisión del representante técnico) la responsabilidad de un sujeto empresario a un profesional liberal que, para peor, usualmente se encuentra en relación de dependencia con el constructor. Siendo, de todos los existentes, el rol arquitectónico-ingenieril que más se presta para el fraude a la ley laboral (artículos 14 y 21 de la Ley 20.744).

- 2) El inciso d) del artículo 1274 es el más sorprendente, tal vez porque no existe. Aquí debieron estar los organismos y laboratorios que certifican la calidad de los materiales y productos [26]; y, sin duda, todos los sujetos a los que alude el artículo 40 de la LDC 24.240: el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, los subcontratistas de obra material, y hasta el transportista, en su caso. En mi opinión, nada obsta para que los Jueces admitan un reclamo por ruina contra los nombrados, integrando ambos grupos de disposiciones –las de la ley general, y la especial- por imperio de lo dispuesto en los artículos 2 y 1094 del nuevo C.C. y Com. Por lo demás, es del caso que así sucede en donde la fuente del artículo 1274 del nuevo C.C. y Com. halla su verdadero sentido: esa es la solución del Código Civil de Francia, artículo 1792-4, texto s/ Ley 78-12.

VII) Conclusión

Como espero haberlo demostrado, tal vez una de las normas más importantes de toda la nueva codificación se halle en el artículo 2 del C.C. y Com.:

“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.”

Notas:

[1] Aunque un profesional o técnico bien puede desarrollar esa actividad empresarial, ya que puede representarla él mismo, tal como ocurre con el abogado que litiga en causa propia. Pero 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 (cfme. Res. 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As.; Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis; Bertone, S. *“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).

[2] Entre otras leyes en sentido material y formal que establecen expresamente la obligatoriedad de la representación técnica tanto en obras públicas como privadas, pueden citarse las siguientes: C.A.B.A (Dcto. Ley 6070/58 y Dcto. Ley 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 4.048, 10.405, 10.411 y 10.416, y Decretos 6964/65 y 1726/09); Córdoba (D.L. 1332-C-56 ratificado por Ley 4.538); Río Negro (Ley 2.176); Misiones (Ley 2.573); Neuquén (Ley 1.670); San Luis (Leyes 5.560 y 5.755, y Decreto 1519-H-1959); Santa Cruz (Ley 1.738); La Pampa (Leyes 1.163 y 1.011); Salta (Ley 4.505); San Juan (Decreto 207-OP-60); Corrientes (Decreto 1734/70), Chubut (Ley 532 –actualmente ley X n°2-, y Ley X n° 53), y La Rioja (Ley 4.816).

Ello sin contar los reglamentos municipales, y también las leyes que disponen en forma implícita dicha obligatoriedad (Tierra del Fuego, Ley 596; Catamarca, Ley 3945; Entre Ríos, Ley 8.317; Tucumán, Ley 5.594, entre otras). Por su importancia y claridad, se transcribe lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley bonaerense 10.405, que reconoce antecedente en su similar 4.048 del año 1929: *“Toda empresa que se dedique a la ejecución de trabajos, ya sean éstos públicos o privados, atinentes a lo determinado en la presente ley, contará con un representante técnico de profesión Arquitecto que deberá reunir los requisitos exigidos en el artículo 2º, u otros profesionales y/o técnicos habilitados por otras normas legales vigentes para la cumplimentación de la función”*. 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 (Bertone, S., *“El misterio de la Conducción Técnica”*, L.L. (Litoral) año 14 n° 11 dic. 2010 pags. 1181 / 1193).

[3] Todas las leyes reglamentarias de la Arquitectura, la Ingeniería y las Tecnicaturas auxiliares citadas en [2] anterior establecen ese requisito. Por ejemplo, el artículo 18 de la Ley de Santa Fe 10.653 dispone que *“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 (artículo 143 –primer párrafo- del nuevo C.C. y Com.).

[4] Por ejemplo, provincia de Buenos Aires, artículos 1, 3 y 6 de las Leyes 10.405, 10.411 y 10.416, interpretadas por las Resoluciones del Colegio de Arquitectos de la misma jurisdicción 46/87 y 67/10, y la Resolución del Colegio de Ingenieros 413/95.

[5] Los honorarios de arquitectos, ingenieros y técnicos auxiliares de todas las jurisdicciones del país son, de acuerdo a 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 otros, artículo 50 del Decreto 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 artículo 772 del nuevo C.C. y Com. (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., 1ª ed., agosto de 2013, pags. 73 y 97/98, y Res. CAPBA 101/09).

[6] Cfme. C.N.A.T. Sala I Expte n° 18583/00 sent. 81653 30/4/04 *“González, Héctor c/ Cemkal soc. de hecho y otro s/ ley 22.250”* (Pirr.- V.-). En igual sentido, C.N.A.T. Sala VIII Expte n° 33.621/96 sent. 26978 19/10/98 *“Figueredo, Andrés y otros c/ Novaro, Carlos y otros s/ ley 22.250”* (M.- B.-).

[7] Conf. Decreto P.E.N. 1099/84; Ordenanza de Rosario 8.214/07; Decreto de Río Negro 267/00; Código de Ética del Colegio de Arquitectos de Salta; Res. 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, Res. S/N del Consejo Profesional de la Ingeniería de la misma provincia del 28/X/60; Código de Ética del Colegio Público de Arquitectos de Formosa; Ley 1.737 de Santa Cruz; Res. 17/54/86-A del Colegio de Arquitectos de Córdoba, entre otras.

[8] Conf. C.N.CIV, Sala J, *“Quispe Quecaño, Fausto c/ Páez, Juan C. y otros”*, L.L. 2-3-05, 12-108621). En el mismo sentido, *“Ferro de Raimondi, María Cristina c/ Tuero, Alberto y otros s/ Daños y perjuicios”*, sentencia definitiva – C.N.CIV. - Sala K - Nro. de Recurso: K192034 - Fecha: 16-3-1997 - Vocal preopinante: O. Hueyo, El Dial - AE516). En igual sentido, C.N.Civ., sala H, *“Benítez, María c.Giordanelli, Alejandro y otros”*, L.L. 2001-A-21). Ídem anterior, C.N.Civ., Sala “J”, *“Arias, Samuel Porfidio y otro c/ Empresa de Construcciones S.R.L. G.K. y otros s/Daños y perjuicios”*, expte. 131.042, sentencia del 20-9-05). Conf., también, Bustamante Alsina, Jorge, L.L. 1986-C-139.

[9] Cfme. artículos 75 inciso 30) y 121 de la Constitución Nacional, artículo 42 de la Ley 24.521, artículos 1 y 42 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., y artículos 80. 2. d) y disposición transitoria 18va de la Constitución de la C.A.B.A., entre otras.

[10][11][12] Cfme. Bertone, S. *“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). Ídem, *“¿Quién manda en un proceso constructivo?”* L.L. (RCyS2012-VI, 30);

[13] Pcia. de Bs. As., Ord. Gral. 267/80 -artículos 10, 13 y 14-, y Dcto. 6964/65,-artículo 3 inciso h) del Título VIII-; Dcto. Ley de la Nación 7887/55, artículo 58; pcia. de Neuquén, Dcto. Ley 1004/77, artículos 57 inciso r), y 66. No ha de olvidarse, tampoco, que el comitente del proyectista puede no ser el dueño, ya que nada obsta para que el constructor realice una oferta

de contrato obligándose a construir un proyecto que él mismo gestó, y para erigir el cual solicitó el pertinente permiso. Lo que no puede ofrecer es, además, dirigir la obra, pues el dueño no tendría chance alguna de saber si le están proporcionando lo mismo que le ofrecieron (arg. artículos 747 y 1269, C.C. y Com.), a no ser que fuese él mismo arquitecto o ingeniero civil. Ver, además, [7]

[14] Cfme. Bertone, S., “¿Quién manda en un proceso constructivo?” L.L. (RCyS2012-VI, 30).

[15] Y el Ministerio efectivamente lo hizo, en acuerdo con el Consejo de Universidades. Reservando esos actos a los arquitectos (Res. M.E.C. y T. 245/03 y 498/06) e ingenieros civiles (Res. M.E.C. y T. 1232/01), entre otros. Cumpliendo así con la manda contenida en el artículo 75 inciso 19) párrafo 3ro de la C.N., los artículos 42, 43 y 85 de la Ley 24.521, y el artículo 10 del Decreto 499/95.

[16] Es frecuente encontrar disposiciones de naturaleza deontológica y que, además, establecen responsabilidades, en los reglamentos de construcciones municipales. Lo cual es manifiestamente inconstitucional por una doble razón: una, que el poder de policía sobre las profesiones es provincial, no municipal. En su virtud, a los municipios corresponde reglar cómo deben construirse los edificios (v.gr., pcia. de Bs. As., Decreto Ley 6769/58, artículo 27 inciso 24), no cómo deben ejercerse las profesiones liberales, materia delegada en los Colegios (artículo 1 de las Leyes 10.405, 10.411 y 10.416 del mismo Estado miembro, y artículos 41, 42 y 57 de la Constitución bonaerense). La otra, que es ajeno a la competencia municipal, y aún provincial, establecer responsabilidades de naturaleza civil y penal (C.N., artículos 31, 75 inciso 12), y 126).

[17] 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”)

[18] En la especie, tratase de verdaderos dictámenes periciales extrajudiciales, denominados informes técnicos y asistencias técnicas, como lo han establecido, entre tantas otras disposiciones vigentes, los artículos 2 inciso b) del Decreto Ley 6070/58 y los artículos 86, 88 y 90 del Decreto Ley 7887/55, ambos ratificados por Ley de la Nación 14.467.

[19] En una obra regida por el Derecho Civil jamás existe una recepción provisional y una definitiva de obra, a no ser que ello se estipule en un contrato. No hecho, rige el principio de libertad de formas, y la recepción es un acto jurídico no formal. Incorrectamente algunos autores y decisorios han pretendido crear pretorianamente esas formas jurídicas que sólo existen –por imperio legal- en los regímenes de obras públicas.

[20] “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” (Spota, Tratado de locación de obra, tomo 1, 3ra edición). Conf, también, C.C.Com. de San Isidro, sala 1, 24-5-99, “*Aluminio Almeco Sacic c/M. I. Q. SA s/Cobro de pesos*”; (C.C. Com. de Trenque Lauquen, 27-11-90, “*Verdier, Raúl y otro c/Lamelo, Rubén y otro s/ Resolución de contrato. Daños y perjuicios*”, sum. Juba B2201052). Cfme. Código de Edificación de la Plata, arts. 73 inciso c) y 74 inciso c); Código de Edificación de Salta, artículo 18; Reglamento de Construcciones de Rosario, texto s/ Ord. 8214/07 y Decreto 159/08; Ley 22.250, artículo 32 –segundo párrafo-; Res. 413/95 del Colegio de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires, Res. 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Buenos Aires, Res. 27/12 del Colegio de Arquitectos de San Luis; Reglamento de Construcciones de Cipolletti, artículo 40.

[21] Pcia. de Bs. As., Decreto 6964/65, artículo 9 inciso d) del Título VIII, y Res. CAPBA 67/10, artículo 3; Neuquén, Dcto. Ley 1004/77, artículo 82 inciso d); San Luis, Decreto 1519-H-59, ratificado por Ley 5.560, artículo 84, y Res. CASL 27/12, artículo 3.

[22] Conf. Res. 67/10 del Colegio de Arquitectos de la Pcia. de Bs. As.; Res. 27/12 del Colegio de Arqs. de San Luis. Cfme., también, Bertone, S. “*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).

[23] Pcia. deBs. As., artículo 7 del Título I del Decreto 6964/65, rat. por Ley 10.405 –artículo 79- y ccdtes. de las Leyes 10.411 y 10.416, y por Dctos. 4961/89 y 1726/09. Cfme., también, “*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., 1ª ed., agosto de 2013, pags. 24 a 29.

[24] “*¿Quién manda en un proceso constructivo?*” L.L. (RCyS2012-VI, 30).

[25] Me atrevo a asegurar que, contravenciones mediante, podrá haber obra sin arquitectos, ingenieros ni técnicos, pero nunca sin el acuerdo de voluntades de un dueño y un constructor. De lo contrario, ¿en qué supuestos nos encontraríamos ante la falta de “plano, medida e instrucciones”, sino cuando se carece de un proyecto, dirección de obra y representación técnica? (Arg. artículo 1632 del Código de Vélez).

[26] Ley de Ordenación de la Edificación de España 38/99, artículo 14.

[27] En realidad, si bien se verifica cotidianamente el uso del neologismo “llave en mano” en los contratos celebrados incluso para la realización de viviendas individuales pequeñas o medianas, en tales casos habrá que estar a los términos del contrato sin tanta rigidez ni caer en preconceptos. Ello así, ya que aquella es una noción esencialmente acuñada para la exportación de enormes obras de ingeniería. En efecto, reglaba el Decreto PEN 525/85 que “*A los fines del presente Decreto se entiende por exportación “llave en mano”: la construcción de la obra, la provisión e instalación de los elementos o bienes respectivos, el manejo y supervisión del montaje, la provisión del método operativo, la asistencia en la puesta en marcha y el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento, cuando correspondiere y todo otro servicio que resulte necesario para la concreción del bien objeto del contrato. Las plantas industriales pueden no incluir su construcción pero sí los demás elementos antes indicados*”

(artículos 3 y 6). Algo similar dispone el Decreto PEN 870/03, que lo abrogó. Cabe enfatizar que, en ambos casos, se trata de reglamentos cuya tésis es la exportación de obras, y, por ello, se faculta a realizar algunos actos que se encuentran prohibidos en nuestro país. Por ejemplo, en EEUU la dirección de obra no es obligatoria –y es muy infrecuente que un arquitecto la desempeñe-, y no existen, por ende, algunas incompatibilidades funcionales que en nuestro Derecho, si. Al ejemplo chileno se lo ha descrito en el texto del presente. En mi opinión, para una obra pequeña o mediana, que se haya pactado realizar “llave en mano” sin más aclaraciones, debe razonablemente entenderse que se encuentran incluidos en el pacto a-la provisión del proyecto y las tramitaciones necesarias –esto último, siempre que el comitente otorgara los poderes requeridos, a no ser que adquiriera un lote con un proyecto ya aprobado en sede municipal al tiempo de la celebración del contrato-; b- la de la totalidad de los materiales; y c-la de la totalidad de la mano de obra. Nunca la dirección de obra, la cual obligatoriamente debe recaer en un profesional distinto del Contratista, a fin de posibilitar al Comitente verificar que aquel entregue aquello a lo cual se obligó en el proyecto ofrecido y aceptado (artículos 747 y 1269, nuevo C.C. y Com.).